



CURSO DE DIREITO

**O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO NA FALÊNCIA E NA
CONCORDATA**

FERNANDO FIOREZZI DE LUIZI

RA N° 430.570-4

TURMA 315-D1 / 319D

FONE: (11) 3258-0611

Professor Orientador: Doutor Paulo Sérgio Jacinto G. Rezende



CURSO DE DIREITO

**O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO NA FALÊNCIA E NA
CONCORDATA**

FERNANDO FIOREZZI DE LUIZI

RA N° 430.570-4

ORIENTADOR: PAULO SÉRGIO JACINTO G. REZENDE

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Sérgio Jacinto G. Rezende.

**SÃO PAULO
2003**

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador: _____
Paulo Sérgio Jacinto G. Rezende

Professor Argüidor: _____

Professor Argüidor: _____

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Sergio Jacinto G. Rezende, o qual possui vasto conhecimento na área de direito, e que me auxiliou a concluir este trabalho, foi uma honra tê-lo como mestre.

Ao corpo docente da UniFMU – Faculdade de Direito, pela dedicação e constante incentivo.

DEDICATÓRIA

A Fernanda Morelli Rosa pela compreensão e colaboração durante a realização deste trabalho, o qual exigiu tempo e dedicação.

Aos meus colegas de trabalho pela colaboração e principalmente pela compreensão da minha ausência durante a realização deste trabalho.

SINOPSE

Originalmente o instituto da restituição surtia efeitos somente na falência. Todavia, foi estendido ao instituto da concordata, em face da prática de alguns concordatários, que vislumbravam aumentar seus estoques com o intuito de figurar patrimônio irreal ao atendimento normativo facilitando a concessão do favor legal.

Assim, o trabalho realizado em quatro capítulos, primeiramente busca as origens do instituto da restituição falimentar, enfocando a falência e a concordata. São examinados também procedimentos de restituição em relação a alguns contratos empresariais e às contribuições previdenciárias.

Apresenta ainda a análise processual do pedido de restituição enfocando a contestação e principalmente os efeitos da sua ausência, bem como a sentença, seu alcance e seu conteúdo. Por fim, ainda cita-se os embargos de terceiro elaborando um estudo comparado entre este e o pedido de restituição.

Este tema apresenta lacunas no ordenamento jurídico vigente, onde a discordância entre a realidade comercial e o texto normativo demonstra a necessidade de uma reforma do diploma legal.

O problema se agrava quando nos deparamos, atualmente, com a existência de três súmulas do STF tratando exatamente do problema, de uma forma a impor a restituição em pecúnia como regra de todos os casos nos quais a mercadoria não é encontrada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
NOÇÕES INICIAIS	10
CAPÍTULO I – A RESTITUIÇÃO DE COUSA	16
1.1 Noções gerais.....	16
1.2 O que pode ser restituído.....	19
1.3 O pedido de restituição suspende a disponibilidade da coisa.....	21
1.4 Restituição de coisa vendida a crédito.....	21
1.5 Restituição de dinheiro arrecadado pelo síndico.....	24
1.6 Pressupostos legais do pedido de restituição.....	25
1.7 A ação restituitória.....	26
1.8 Embargos de terceiro.....	29
CAPÍTULO II – OS CONTRATOS E OUTROS ASPECTOS DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO	33
2.1 O contrato de alienação fiduciária em garantia.....	33
2.2 Procedimento de restituição das contribuições previdenciárias.....	37
2.3 O pedido de restituição e o contrato de câmbio.....	41
2.4 Contrato de arrendamento mercantil.....	45
CAPÍTULO III – O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO E A CONCORDATA	50
3.1 Pedido de restituição de bens na concordata.....	50

3.2 Pressupostos legais do pedido restituitório.....	52
3.3 O significado da tradição e o alcance da entrega da coisa.....	56
3.4 Consumação, transformação, não localização e inexistência das mercadorias.....	59
CAPÍTULO IV – ASPECTOS PROCESSUAIS DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.....	63
4.1 O fundamento e a natureza do pedido de restituição.....	63
4.2 O processamento do pedido de restituição.....	64
4.3 Conseqüências jurídicas da falta de impugnação e do recebimento do pedido.....	68
4.4 A contestação e a realização da audiência de instrução e julgamento.....	70
4.5 Cabimento de recurso.....	74
4.6 Os embargos de terceiro.....	76
CONCLUSÃO.....	82
BIBLIOGRAFIA.....	85

INTRODUÇÃO

No primeiro capítulo, busca-se esclarecer a restituição de coisa, fornecendo noções fundamentais sobre o instituto e analisando o que pode ser objeto de restituição.

No segundo capítulo trataremos dos contratos e outros aspectos do pedido restituidório, como o procedimento de restituição das contribuições previdenciárias.

No terceiro capítulo, abordaremos o pedido em questão e a concordata, analisando seus pressupostos legais, seu significado e a consumação, transformação, não localização e inexistência das mercadorias.

Por fim, no quarto capítulo, encontra-se os aspectos processuais do pedido de restituição, inclusive o cabimento de recurso os embargos de terceiro.

NOÇÕES INICIAS

Do latim "*restitutio*", de "*restituere*" (restituir, restabelecer, devolver) é originalmente tomado na mesma significação de restabelecimento, reparação, reintegração, reposição ou recolocação.

Desse modo, restituir é devolver, dar de volta, ou recolocar a coisa em mãos de seu legítimo proprietário ou em poder de quem licitamente deve estar. Neste aspecto, a restituição funda um direito e gera uma obrigação.

O direito é assegurado ao dono da coisa ou à pessoa, em poder de quem legitimamente deve estar, para que exija ou peça a devolução dela.

A restituição da coisa pode ser motivada por obrigação estipulada convencionalmente ou por determinação legal, as quais regularão o modo de sua efetividade ou a forma porque deve ser cumprida.

A restituição é espécie do gênero decorrente da ação reivindicatória, que tem no berço do Direito Romano, a proteção àquele que, na fase de falência, tem seu patrimônio atingido. A experimentação do sistema falimentar, no início do Direito Romano, adota um procedimento tendente à desconstituição do ato praticado em fraude aos credores, fazendo com que o bem seja reintegrado ao patrimônio comum da massa falida.

O pedido de restituição calcado em relação de direito real ou contratual se dirige a expungir da massa falida determinado bem arrecadado,

causando embaraços ao terceiro reivindicante. A restituição das coisas em poder da massa falida pode ser feita "*in natura* ou *in pecúnia*".

Na concepção do legislador de 1850, na parte destinada a quebra, foram delineados os credores, na seguinte catalogação: credores de domínio¹, credores privilegiados, credores hipotecários e, por fim, os credores simples ou quirografários. Esta primitiva elaboração foi mantida pela Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902, ao estruturar as classes dos credores reivindicantes, tendo o artigo 76 estatuído o compasso da ação real ou reipersecutória, vislumbrando-se a propriedade plena ou "*jus in re*".

Com a introdução da Lei 2.204, de 17 de dezembro de 1938, surgem modificações no sistema, porquanto o artigo 138 da supramencionada lei positivou cinco casos de reivindicação na falência. Suprime-se a condição do credor do terceiro, o qual passa a ser tratado como mero reivindicante. Os casos disciplinados encerram um certo subjetivismo, que tratam de situações que encontram guarida na reivindicação "*in genere*".

Ao reformar a Lei 2024/1938, Carvalho de Mendonça² buscou nas regulamentações anteriores, o fundamento central da reivindicação.

¹ O artigo 874 do vestuto Código Comercial se reportou aos credores de domínio, na seguinte especificação: a) os credores de bens, que o falido possuísse por título de depósito, penhor, administração, arrendamento, aluguel, comodato ou usufruto; b) os credores de mercadorias em emissão de compra e venda, trânsito ou entrega; c) os credores de letra de câmbio, ou quaisquer outros títulos comerciais endossados sem transferência da propriedade; d) os credores de remessas feitas ao falido para fim determinado; e) o filho-família, pelos bens castrenses e adventícios; o herdeiro, o legatário pelos bens da herança, ou legado; e o tutelado pelos bens da tutoria ou Curadoria; f) a mulher casada; g) o dono da coisa furtada existente em espécie; h) o vendedor antes da entrega da coisa vendida, se a venda tivesse sido a crédito.

² J. X. Carvalho de Mendonça. *Tratado de direito comercial brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1947.

Seguindo sua idéia, uma vez declarada a falência, os bens que se encontram em posse ou mera detenção, de propriedade alheia, devem ser separados e restituídos aos seus donos. Assim o propalado caráter reivindicatório que alicerçava a pretensão do terceiro mantinha estreito laço com o fenômeno da separação patrimonial, subordinando-se a massa falida a manter íntegra a coisa que não estivesse compondo o acervo do devedor.

Com o advento do Decreto 5.746, de 9 de dezembro de 1929, passou a instituição da reivindicação a estender os seus efeitos sob a concordata preventiva. Basicamente, desde as origens, o modelo projetado englobava a natureza reivindicatória no aspecto exclusivo e restrito da falência. Em síntese, os casos de restituição, envolviam as relações negociais iniciadas com o concordatário, ou com o falido, entremostrando-se o direito real e a natureza obrigacional da reclamação. Assim, podiam ser objeto do pedido de restituição:

I - As coisas em poder do concordatário ou do falido a título de mandato, depósito regular, penhor, anticrese, administração, arrendamento, comodato, usufruto, uso e habitação;

II - As mercadorias em poder do concordatário ou do falido a título de emissão de compra e venda, trânsito ou entrega;

III - Os títulos de crédito à ordem, transferidos ao concordatário ou ao falido, para efetuar a cobrança e guardar o valor por conta do dono ou mesmo a aplicar a pagamentos, ainda que em poder de terceiro, em

nome do concordatário ou do falido, na época da propositura da concordata ou da falência;

IV - As coisas não pagas integralmente, expedidas pelo vendedor ao concordatário ou comprador, enquanto não chegadas ao poder do falido, de seu agente ou comissário;

V - As coisas vendidas a crédito nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata preventiva ou decreto de falência, que ainda se encontrassem em poder do devedor;

VI - As coisas vendidas a crédito nos quarenta dias anteriores ao requerimento da concordata preventiva ou da sentença da falência, que ainda se encontrassem em poder do devedor, tendo sido o vendedor induzido por dolo ou fraude do mesmo devedor.

Temos portanto, assim, os diversos momentos da adaptação do modelo normativo à realidade social que implicaram na transformação paulatina da intervenção do terceiro e, de uma certa maneira, passa-se para uma compreensão dilatada e ampla que revela a pretensão do interessado. Portanto, em breve perspectiva, basta assinalar que, se erige o credor do domínio, com supedâneo na reivindicação, para depois se mesclar o direito real com o caráter obrigacional do contrato, sendo que somente na legislação de 1929, em virtude da crise financeira, também na concordata preventiva começou a ser cogitada a interferência do terceiro, culminando com a laboração do atual Decreto 7.661, de 21 de junho de 1945, que num capítulo sintético cuidou do assunto.

O legislador de 1945 preferiu objetividade, deixando de lado os aspectos secundários que polemizam o assunto. O título V esboçou o pedido de restituição e, também, o cabimento dos embargos de terceiro. Segundo Trajano de Miranda Valverde³ a lei atual empregou terminologia própria reduzindo os casos de reivindicação falimentar. Categórica e incisivamente o pedido de restituição da coisa arrecadada em poder do falido se coadunará com o exercício de um direito real, fortemente marcado pelo domínio, ou qualquer de suas nuances, bem como na situação de vínculo obrigacional anterior à falência ou dela proveniente. Adequando-se às situações que mais condizem com a malícia do devedor empresário, a terminologia legal distingue a ação real reivindicatória daquela de supedâneo contratual, intitulada pessoal restituitória.

Devemos considerar que, além do poder de síntese contido na disciplina legal, inovou-se o assunto dando amplitude à restituição mesmo no caso de já ter sido alienada a coisa pela massa, a teor do § 1º, do artigo 76, da lei de quebra. Houve, também, uma fixação quase preponderante na apreciação da compra e venda mercantil como suporte do pedido restituitório.

Nesta mesma linha de raciocínio, de maneira clara, o legislador pátrio assinalou ser possível a restituição em virtude da existência de um vínculo contratual. Sustenta esta tese, o artigo 66 do Decreto-lei 7.661/45, que contempla o instituto da restituição nos casos de concordata preventiva.

³ Trajano de Miranda Valverde. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

O pedido de restituição objetiva expulsar do patrimônio do devedor aqueles bens que foram arrecadados de maneira devida, indevida, ou evidenciam, antes de tudo, a intenção do empresário de não assumir a sua obrigação, eis que patente o seu estado de vicissitude econômica.

Temos portanto, que o fundamento do pedido de restituição encontra-se no artigo 76 da Lei de Falências, que poderá ser: em virtude de direito real⁴ (propriedade, propriedade fiduciária em garantia, usufruto, enfiteuse, habilitação); em virtude de direito de contrato⁵: a) se a coisa foi entregue pelo vendedor (falido) simbolicamente (constituto possessório); b) restituição ao comitente das mercadorias arrecadadas em poder do comissário falido; c) restituição ao comodante de coisa arrecadada em poder do comodatário falido; d) restituição ao mandante de coisas (inclusive dinheiro) destinadas a um fim, na falência do mandatário; e) coisas vendidas a crédito, entregues ao falido até 15 dias antes do requerimento da falência, se não tiverem sido alienadas pela massa.

⁴ Rubens Requião. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁵ Trajano de Miranda Valverde. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

CAPÍTULO I

A RESTITUIÇÃO DE COUSA

1.1. Noções Gerais

Quando tratamos de um processo falimentar, o síndico tão logo assine seu termo de compromisso, deve tomar atitudes ligeiras como efetuar a arrecadação dos bens do falido, pois depende da agilidade da arrecadação para sua efetivação vitoriosa e evitar o desvio de bens.

Desta forma, não cabe ao síndico, pelo menos neste momento, julgar e opinar o que deve ser arrecadado, ou mesmo o que deve ser entregues a terceiros, ele tem que arrecadar tudo que estiver em poder do falido, de forma rápida e incontinenti.

Assim, mesmo que injusta tal arrecadação, o legislador criou mecanismos para sanar tais problemas que são constantes nos processos falimentares, sendo este o pedido de restituição ou os embargos de terceiro. O que é importante é que tenha o reivindicante qualquer direito pessoal ou real.

A Lei de Falências, ao determinar a arrecadação, fala em bens, direitos e ações do falido, mas ao tratar da restituição, fala em coisa. A doutrina

não é pacífica, pois entendem alguns que a arrecadação comporta bens corpóreos e incorpóreos, mas a restituição, apenas corpóreos⁶.

Conforme Jorge Pereira Andrade⁷ o legislador propositalmente usou a palavra “coisa” ao redigir o artigo 76, para significar o bem material quantificável e medível.

Contudo, existindo bens incorpóreos, apreendidos pela arrecadação e sobre eles tenha alguém qualquer vínculo real ou obrigacional capaz de justificar o pedido de restituição, não se pode deixar este como viável e procedente. Desde que haja bens arrecadados - corpóreos ou incorpóreos, materiais ou imateriais - sobre os quais tenha o falido ou a massa qualquer direito ou titularidade, e esta seja demonstrada por terceiro, é cabível o pedido de restituição.

Dá-se maior observância a estes princípios quando se trata de reivindicar patente ou marca que esteja em poder do falido por força de contrato de licença, onde não tenha ocorrido a transmissão da propriedade como na cessão de patente. Desta forma o licenciado pode apenas usar e explorar comercialmente o uso da patente, remetendo o cedente a propriedade do privilégio.

⁶ Neste sentido: Teixeira Freitas, *Doutrina da ações*; Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, v. 6; Carvalho Santos, *Código Civil interpretado*, vol. 7; Miranda Valverde, *Comentários à lei de falências*, vol. 1. Em sentido contrário: Pontes de Miranda, *Tratado do direito privado*, vol. 4, § 3.389, p. 29.

⁷ Jorge Pereira Andrade. *Manual de falências e concordatas*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1996.

Conforme doutrina Allart⁸:

"Uma vez que a propriedade do privilégio permanece com o cedente, fica este obrigado a garantir ao licenciado o uso e gozo da patente. De igual forma, o direito de ação contra aqueles que atentam contra o direito de propriedade e uso exclusivo que a patente confere é exclusivo do titular da patente, eis que a contrafação não constitui delito senão ao proprietário da patente."

Ripert⁹, com sua forma concisa, ensina que:

"A ação de reivindicação permite ao proprietário de uma coisa que se encontre nas mãos do falido, recuperar a posse da mesma, provando seu direito de propriedade. Geralmente, é fácil fazê-lo, porque o falido não é senão um simples possuidor precário e a ação de reivindicação se confunde com a ação contratual. Porém, bem se vê que neste caso a ação reivindicatória é muito mais enérgica que a proveniente do contrato. Não há nada a dizer da reivindicação dos imóveis. Por outro lado, a dos móveis oferece dificuldades pelas seguintes razões: em matéria mobiliária, a posse vale título de propriedade. Quem prova seu direito de propriedade sobre os móveis em poder do falido, tem o direito de reivindicá-los contra a massa. Basta que os objetos sejam individualizados, que se encontrem em espécie e que tenham sido transformados até ao ponto de perder sua individualidade."

⁸ Apud Douglas Gabriel Domingues. *Direito industrial: patentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

⁹ Georges Ripert. *Tratado elemental de derecho comercial*. Buenos Aires: TEA, 1954.

O ensinamento se aplica às coisas fungíveis, que não podem ser reivindicadas, podendo ser, portanto, as que "*se não tenham confundido com coisas do mesmo gênero e sejam identificáveis*".¹⁰

1.2. O que Pode ser Restituído

Apesar de a restituição comportar no seu entendimento coisa (corpórea ou incorpórea) injustamente arrecadada pelo síndico, fazendo destarte parte integrante da massa, o legislador falimentar usa o verbo "poder", como se verifica no artigo 76, e §§ 1º e 2º do mesmo artigo, porquanto dependerá da iniciativa do interessado a sua recuperação.

Mas desde que atendida esta condição, podem ser restituídas coisas: a) em virtude de direito real; b) em virtude de contrato; c) coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos quinze dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não alienadas pela massa.¹¹

Quando se trata de direitos reais, determinados pelos dez incisos do artigo 1.225 do Código Civil, o art 1.227, da referida legislação, determina que os direitos reais sobre imóveis só são adquiridos com o registro no Cartório de Registro de Imóveis do título aquisitivo. Desta forma, na

¹⁰ Trajano de Miranda Valverde. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

¹¹ Nos casos das letras *a* e *b* acima, mesmo que já tenham sido alienadas pela massa.

restituição, o interessado tem que mover ação própria contra a massa e a certidão daquele registro mostrará o verdadeiro proprietário.

Quanto se trata de contratos, os mais comuns são os de *leasing*, onde o locador é proprietário da coisa, os com reserva de domínio e com alienação fiduciária, todavia existem diversos outros, entre eles o anteriormente citado contrato de licença de patente.

Se a coisa já foi alienada pela massa, mesmo que o reivindicante saiba, pode acioná-la, provando sua propriedade: a) como foi alienada, se a massa a tiver sub-rogada por outra entregará esta¹²; b) se nem a sub-rogada existir ao tempo da restituição, haverá o reclamante o valor estimado; c) no caso de venda da coisa reclamada ou da sub-rogada, o preço alcançado é que será devolvido ao reclamante.

Ainda, o artigo 76, § 1º, da lei de falências deve ser interpretado em consonância com a Súmula 495 do Excelso Pretório, advindo a possibilidade de ser feita a restituição em pecúnia.

¹² Trajano de Miranda Valverde. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

1.3. O Pedido de Restituição Suspende a Disponibilidade da Coisa

Em consonância ao previsto no artigo 78 da lei de falências, o pedido de restituição indisponibiliza o seu objeto, sendo assim, o síndico não pode alienar a coisa arrecadada, enquanto não for julgado o pedido de restituição, respondendo pelos prejuízos que causar à massa conforme disposto no artigo 68.

1.4. Restituição de Coisas Vendidas a crédito

Quanto às coisas vendidas a crédito e entregues ao devedor quinze dias antes de ser declarada sua falência, se as mesmas ainda não foram alienadas pela massa, podem ser reivindicadas. O prazo, no caso, é iniciado a partir da entrega da coisa e não da remessa, conforme Súmula 193 do STF¹³.

Para a viabilidade do pedido de restituição neste caso, devemos observar três requisitos:

- a) que a coisa tenha sido vendida a crédito;
- b) que tenha sido entregue ao falido nos quinze dias que antecedem o pedido de falência;

¹³ Súmula 193 do STF: "Para a restituição prevista no art 76, parágrafo 2, da lei de falências, conta-se o prazo de quinze dias da entrega da coisa e não da sua remessa."

c) que não tenha sido alienada pela massa.

Na prática nem sempre a restituição pode ser praticada, conforme nos aponta Jorge Pereira Andrade¹⁴:

“Se houver alienação, há de se examinar: a) se forem vendidas antes de falir, sem fraude, à vista de faturas e conhecimentos de transporte, entregues ou remetidos pelo devedor, não procede a restituição e o credor habilita-se como quirografário; b) se foram vendidas após a falência pela massa, não cabe restituição, conforme dispõe o parágrafo 2º do artigo 76, e o credor deve habilitar-se como quirografário.”

Além disso, a restituição também é impossível quando a coisa não existia na decretação da falência, restando ao reivindicante habilitar-se como credor quirografário. Ainda, quando a coisa foi substituída ou transformada por outra, estará em poder da massa o resultado da sub-rogação, isto é, aquilo em que a coisa reivindicada foi transformada.

"A restituição em dinheiro da coisa vendida a crédito, entregue nos quinze dias das anteriores ao pedido de falência ou de concordata, cabe, quando ainda que, consumida ou transformada, não faça o devedor prova de haver sido alienada a terceiro. ”¹⁵

Não interessa, segundo o texto legal, para a resolução do contrato de compra e venda a data do contrato. A restituição se dará, como já

¹⁴ Jorge Pereira Andrade. *Manual de falências e concordatas*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1996.

¹⁵ Súmula 495 do STF.

visto, desde que a entrega das mercadorias se haja verificado nos quinze dias anteriores ao requerimento da falência ou da concordata preventiva, bem como se as mercadorias ainda não tenham sido alienadas pela massa.

A questão é, como se observa, o tempo da entrega, não havendo necessidade de fazer a prova da má-fé do falido. Essa está implícita na lei, pois é raro haver comerciante que não saiba que se acha em estado de insolvência.

Rubens Ramalho¹⁶:

“A lei expressamente se refere à alienação pela massa da mercadoria adquirida á crédito. Mas, estamos que o mesmo preceito é válido também para a venda efetuada pelo falido, nas mesmas condições. Como se sabe, a mercadoria pode ser alienada, pelo comprador, à vista da simples fatura. Nessa hipótese, o vendedor não terá direito à restituição e sim a se habilitar na falência, como quirografário.”

Dúvidas surgiram quanto à data da contagem do prazo quinzenal; mas foi decidido contar o seu prazo da data da entrega da mercadoria e não da sua venda, pois o que a lei previu foi a data em que a posse e domínio da mesma mercadoria passam das mãos do vendedor para as do comprador, tanto assim que no caso da mercadoria não haver sido entregue, o vendedor não está obrigado a fazê-la.

¹⁶ Rubens Ramalho: *Curso teórico e prático de falências e concordatas*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

A restituição coloca o credor em posição privilegiada em relação aos demais credores do falido. Daí por que não se pode admiti-la, se não em caso especialíssimo. Por isso, esse direito não é presumível sendo necessário vir expresso na lei, sob pena de contrariar o princípio da *par condicio creditorum*.

1.5. Restituição de Dinheiro Arrecadado pelo Síndico

Conforme ensinamento de Miranda Valverde¹⁷, o dinheiro também pode ser reivindicado, vejamos:

“As coisas fungíveis, não tendo individualidade própria (espécie) não podem, em regra, ser reivindicadas. Mas, desde que se não tenham confundido com coisas do mesmo gênero e sejam identificáveis, já podem ser objeto de pedido de restituição. O próprio dinheiro corrente, se passa de gênero a espécie, e é assim, identificável, pode, como é sabido, ser objeto de reivindicação: se ‘quidem pecúnia extat, vindicare cam poitest’.”

Nesse sentido podemos apontar a Súmula nº 417 do STF:

"Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem ou, do qual por lei, no contrato não tivesse ele a disponibilidade."

¹⁷ Trajano de Miranda Valverde. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

1.6. Pressupostos legais do pedido de restituição

Conforme anteriormente exposto, existe uma necessidade de se separar os bens que são arrecadados injustamente, particulariza-se então o pedido de restituição, que pode estar lastreado numa relação de direito real ou contratual.

Se a arrecadação atingir bens que não englobam o patrimônio do devedor, abre-se o caminho do pedido de restituição. É comum a confusão e a falta de individualização nesta fase, abrangendo, sob o mesmo patrimônio, bens do casal, dos filhos etc.. Por este motivo, preconiza o artigo 42 da legislação falimentar, que a quebra não abarca administração dos bens dotais, dos particulares da mulher e dos filhos do devedor.

No que se concerne à relação de direito contratual, o terceiro vindica baseado num verdadeiro direito pessoal, estando abrangidos o depósito, a comissão, o arrendamento mercantil e, outrossim, a compra e venda mercantil, verificando-se basicamente a relação essencial que pontifica a relação e possibilita sua permanência ao patrimônio comum.

Todavia, no instituto da falência, se for interessante para a massa falida, diante dos efeitos que se espraiam pela decretação da quebra, o síndico poderá dar continuidade aos contratos bilaterais, diante de norma específica a este respeito, isto é, artigo 43 do Decreto 7.661/45. Assim, de

fundamental importância é a participação do síndico que será instado a se manifestar sobre eventual interesse no adimplemento obrigacional.

Cumpra-se ressaltar a importância da disposição sumular¹⁸ à interpretação do artigo 76, § 1º, da lei de falências, advindo a possibilidade de ser feita a restituição em pecúnia.

Vale acrescentar com a lição de Miranda Valverde¹⁹ no sentido de que se a restituição esta fundada na propriedade, o reclamante precisa comprovar o domínio da coisa e, outrossim, que o falido a possui de maneira injusta. Por outro lado, estando a restituição envolta numa relação de caráter obrigacional, a pretensão se amolda ao aspecto legal ou contratual, sendo localizado o bem no patrimônio do falido.

1.7. A Ação Restituitória

Para se conseguir a restituição de coisa arrecadada, só há uma possibilidade, via judicial.

Conforme preceituado no artigo 77, §§ 1º ao 7º, da lei de falências, o pedido de restituição deve ser feito através de petição fundamentada, descrevendo e individualizando a coisa.

¹⁸ Súmula 495 do STF.

¹⁹ Trajano de Miranda Valverde. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

Conforme ensinamento de Jorge Pereira Andrade²⁰:

“São pressupostos da ação: a) coisa arrecadada injustamente (de terceiro em poder do falido); b) em virtude de contrato; c) em virtude de direito real; d) de ambos (letras b e c).

Legitimidade ativa: a) credor que entregou coisa a crédito ao falido nos quinze dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não foi alienada pela massa; b) terceiro cujo bem foi arrecadado por estar em poder do falido.

Legitimidade passiva: a massa falida.”

Autuado em apartado, o juiz determina a que sejam ouvidos, primeiro o falido, depois o síndico, em três dias cada um. A manifestação de qualquer deles em sentido contrário à pretensão do requerente implica contestação. O escrivão informará pelo órgão oficial aos interessados que se acha em cartório o pedido, os quais têm cinco dias para contestar. *“O termo interessado deve aí ser entendido em sentido amplo.”*²¹

Não havendo contestação, nem do falido, nem do síndico, nem de qualquer interessado, o juiz, se nenhuma dúvida tiver sobre o pedido, determinará em 48 (quarenta e oito) horas a expedição de mandado para entrega da coisa reclamada. Neste caso as despesas correm por conta do reclamante.

Havendo contestação do falido, do síndico ou de qualquer interessado, o juiz designará dentro de vinte dias a audiência de instrução e

²⁰ Jorge Pereira Andrade. *Manual de falências e concordatas*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1996.

²¹ Nelson Abrão. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Leud, 1997.

juízo. Esta audiência realizar-se-á nos moldes da prescrita para a do julgamento da impugnação dos créditos, artigo 95 e seus parágrafos (Lei de Falências), que não obriga a presença do curador de massas falidas e também não impede o juiz de sentenciar, se não estiverem presentes, qualquer das partes ou seus procuradores, do falido ou testemunhas.

Da sentença que julga a pedido de restituição cabe apelação, interponível pelo reclamante da coisa, falido, o síndico e qualquer credor, ainda que não haja contestado o pedido, em quinze dias.

Nota-se a atribuição de legitimidade processual ao falido, o que, evidentemente, se dá em caráter excepcional, pois quem representa a massa em juízo é o síndico.

Negada a restituição, tendo o reclamante direito reconhecido pelo juiz, não pela coisa, mas pela devolução em dinheiro, será na sentença incluído como credor quirografário na classificação que por direito lhe caiba (§ 5º do artigo 77).

Vale acrescentar que quando não contestada a reitutória o juiz ouve o representante do Ministério Público e pode rejeitar ou acolher o pedido; dando pela procedência, determinará, em quarenta e oito horas, a expedição de mandado para a entrega da coisa reclamada.

No caso de contestação, as custas e despesas correm por conta do vencido.

1.8. Embargos de Terceiro

Ao terceiro molestado pela arrecadação procedida pelo síndico, a lei não só facultou o pedido de restituição, mas também a oposição de embargos de terceiro. Entretanto, não significa liberdade de escolha entre remédios processuais, embora há casos em que isso é perfeitamente cabível.

Os Embargos de terceiro tratam-se de procedimento idêntico ao do Direito Comum, tendo por finalidade proteger a posse, seja em caso de simples ameaça ou incômodo (turbação), seja na perda definitiva (esbulho); e também o direito de *“terceiro embargante não precisa ser proprietário; basta ser possuidor, ou titular de direito real ou pessoal, sobre o bem apreendido, É o caso do locatário, do credor pignoratício, por benfeitorias que assegurem retenção etc.”*²²

Considera-se terceiro o cônjuge na defesa dos seus direitos sobre os bens dotais, particulares, reservados e sobre a sua meação.

É bom salientar que o envolvimento indiscriminado dos bens do casal, a responder pelos atos do comerciante ou do sócio solidário, está condicionado a manifesto acordo do cônjuge já no ato constitutivo da firma, ou na sua inscrição na Junta Comercial. A falta desse acordo significa que apenas a meação do cônjuge comerciante responderá pelos seus atos mercantis.²³

²² Fadel, Sérgio S. *Código de Processo Civil Comentado*: T.3, Rio, 1974.

²³ Ruben Ramalho. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

A redação do artigo 79 da Lei de Falências deixa a entender que aquele que sofrer turbação ou esbulho na sua posse ou direito, por efeito da arrecadação ou do seqüestro, pode optar por um dos dois remédios apresentados: a ação de restituição ou embargos de terceiro.

Porém, Miranda Valverde,²⁴ ao comentar o artigo referido elucida a questão:

"O enunciado do dispositivo não corresponde à realidade. O pedido de restituição e os embargos de terceiro nem sempre se equivalem, isto é, o titular do direito turbado ou violado não pode, em certos casos, escolher a primeira via em lugar da segunda. Assim, na hipótese de mera turbação, em que o bem continua em poder do terceiro, a fórmula restitutória é, evidentemente, inadequada".

Além disso, Nelson Abrão²⁵ complementa o entendimento conforme infracitado:

"Os embargos de terceiro distingue-se do pedido de restituição: este só é cabível com a falência decretada e a arrecadação procedida; os embargos podem ser opostos por quem, não sendo parte no processo sofrer lesão em sua posse ou direito mesmo pelo seqüestro, medida cautela aplicável ainda mesmo que a falência não tenha sido decretada (artigo 12, §4º) ”.

²⁴ Trajano de Miranda Valverde. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

²⁵ Nelson Abrão. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Leud, 1997.

Ainda, conclui o autor, que para a proteção dos bens imateriais como marcas de indústria e comércio, e, patentes de invenção, por exemplo, cabem os embargos de terceiro.

O artigo admite como pressuposto aos embargos: a) turbação na sua posse (ameaça); b) esbulho na sua posse (perda definitiva); c) idem, quanto aos seus direitos, sempre por efeito da arrecadação ou do seqüestro.²⁶

Os embargos processam-se em autos apartados, sendo oponíveis a qualquer tempo na execução (também a concursal), até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes de assinada a respectiva carta. Quando o ato impugnado for a arrecadação, os embargos serão endereçados contra o síndico. Já se a medida constritiva decorrer de seqüestro, ainda que decretada de ofício, será o representante da falência o sujeito passivo. Cabe uma justificação prévia, após a qual o juiz poderá conceder a medida liminarmente, *“ordenando a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante que, entretanto só receberá os bens se prestar caução de os devolver com seus rendimentos, caso sejam afinal declarados improcedentes os embargos (CPC, 1.051)”*.²⁷

Desta forma, podemos concluir que, mesmo não sendo parte no processo, quem sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em caso como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro,

²⁶ Jorge Pereira Andrade. *Manual de falências e concordatas*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1996.

²⁷ Nelson Abrão. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Leud, 1997.

alienação judicial, arrematação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer sejam-lhes mantidos ou restituídos por meio de embargos (artigo 1046 do Código de Processo Civil).

O elenco registrado no artigo 1046 do Código de Processo Civil é meramente exemplificativo, por isso são perfeitamente cabíveis embargos contra outras espécies de apreensão judicial. São, por isso, cabíveis embargos de terceiro contra arrecadação (artigo 79 da Lei de Falências).

Cumprir informar que quanto ao seqüestro (artigo 79), pode não ter sido ainda declarada a falência, pois é medida cautelar prevista no § 4º do artigo 12, caso em que se pede a falência do devedor por indícios veementes de insolvência. Da sentença que julgar os embargos, cabe apelação, que pode ser interposta pelo embargante, pelo falido, pelo síndico ou por qualquer credor ainda que não contestante (§ 2º do artigo 79).

CAPÍTULO II

OS CONTRATOS E OUTROS ASPECTOS DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

2.1. O Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia

A falência apresenta um impacto na relação de caráter contratual, assim, torna-se importante à verificação de cada "*nomen iuris*" que descortina esta relação, de molde a impor os efeitos diretos sobre o negócio jurídico. Consabido que o artigo 43 da legislação falimentar dispõe que os contratos bilaterais não se encontram resolvidos pela quebra e, havendo interesse, pode o síndico no resguardo da massa lhe dar continuidade.²⁸

O contrato de alienação fiduciária em garantia é um contrato típico de adesão, com a supremacia da fixação de certas cláusulas, este contrato encontra tratamento normativo próprio, donde se conclui que em prol da salvaguarda dos demais credores envolvidos no procedimento, há a necessidade de harmonização dos preceitos.

Orlando Gomes²⁹ menciona e invoca a presença de um "*jus separationis*" em virtude da falência relacionando o negócio fiduciário. A

²⁸ Fran Martins. *Curso de direito comercial*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.

²⁹ Orlando Gomes. *Alienação fiduciária em garantia*. RT, 1971.

separação da massa falida representa a subtração da execução concursal, tirando a coisa do alcance dos credores, ou seja, ela não integra o patrimônio do falido. Para o referido autor, a falência acarreta o vencimento antecipado do contrato de financiamento, cabendo à financeira postular a devolução do bem em cuja posse se achava o falido, com a necessária comprovação do direito e individualização.

Fundamental é o estabelecimento de uma visão consensual do instituto da alienação fiduciária em garantia, de molde a descobrir na sua essência quais os efeitos advindos da falência do fiduciário.

Preconiza o artigo 66 da Lei 4.728/65, "in verbis":

"A rt. 66 - A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição, efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor um possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal."

A mora e o inadimplemento, consubstanciam as causas do vencimento antecipado da dívida com garantia derivada da alienação fiduciária, ficando a falência como um mecanismo que provoca idênticas conseqüências e altera a relação contratual.

O artigo 7º do Decreto-lei 911/69 demonstra a possibilidade que tem o credor ou proprietário fiduciário de pedir o bem na demanda de restituição, uma vez verificada a falência do devedor alienante.

Pontifica Paulo Restiffe Neto³⁰ que a falência não revela uma causa convencional de vencimento antecipado, restringindo-se a lei à preservação do interesse do credor. Em breve síntese, a falência não é por si só suficiente e necessária para a ruptura do negócio jurídico fiduciário, urge a mora contratual e prévia interpelação do síndico autorizadora do pedido de restituição.

Esta matéria ainda não tem um caráter homogêneo, o mesmo se explica pelo fato de inexistir o cotejo fundamental entre diversos diplomas legais, a fim de se buscar um denominador comum.

Analisando uma linha de raciocínio que visualiza o pedido de restituição como sendo um incidente a excepcionar alguns princípios da legislação falimentar, coerente seria que o bem fosse localizado e entregue ao reclamante. Esta colocação pretende introduzir a sistemática preocupada com o rumo que acabou norteando a restituição falimentar, ou seja, a válvula de escape posta à disposição do terceiro, consistente no recebimento do correspondente em pecúnia. Esta quebra de rigor passou a ser vivenciada a partir do momento em que se observava o real intuito do agente de impedir a atuação do comprador e, via de regra, direcioná-lo para a situação impostergável do concurso de credores.

Encontra-se assim grande problemática em torno da ausência da coisa quando do momento da restituição. Carlo Henrique Abrão³¹, entende ser incogitável a restituição em pecúnia, diante da disciplina específica que

³⁰ Paulo Restiffe Neto. *Garantia fiduciária*. 2ª ed., RT, 1976.

³¹ Carlos Henrique Abrão. *Pedido de Restituição na Concordata e na Falência*. São Paulo: Leud, 1991.

insurge da matéria, fortifica-se como ponto nodal a localização do bem, elemento de procedibilidade da demanda.

No entendimento de Paulo Restiffe³², quando a coisa efetivamente arrecadada não existir ao tempo em que deva ser executada contra a massa a decisão de restituição, assim, é consequência lógico-legal da responsabilidade processual a obrigação inserida no segundo parágrafo do artigo 78, correspondente ao direito assegurado ao postulante credor proprietário fiduciário, devendo haver a restituição do valor estimado, ou, no caso de venda, o respectivo preço. Ainda complementa o autor, no sentido de ser cabível a restituição em pecúnia, nestas hipóteses peculiares, porém, até o limite do seu crédito garantido, se menor; e até o esgotamento da força do bem, se superior a este for o crédito.

No magistério de Pontes de Miranda³³ é importante que não se confunda a falta de arrecadação com a falta de arrecadação do bem em natura. Havendo ilegítima inversão do valor do bem no patrimônio do falido, qualquer bem arrecadado exprime esta realidade. Decorre pois o engano de se pensar que uma vez não arrecadada a coisa é incabível a restituição, porquanto, pelo penhoramento abstrato, a medida de arrecadação pode ter recaído sobre o próprio valor.

³² Paulo Restiffe Neto. *Garantia fiduciária*. 2ª ed., RT, 1976.

³³ Francisco Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

2.2. Procedimento de Restituição das Contribuições Previdenciárias

A lei falimentar, com o intuito de favorecer o órgão arrecadador (Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social- IAPAS), buscou viabilizar a ocorrência da restituição das contribuições previdenciárias que o empregador deixou de fazer. O nosso sistema tripartite espalha o ônus do pagamento de modo a formar uma receita que possa, com fundamento na contribuição, suprir as necessidades daqueles que se socorrem deste mecanismo.

Sobre este assunto há controvérsias em relação ao prazo prescricional para a exigibilidade da obrigação, eis que alguns entendiam que a determinação era de trinta anos e outros de apenas cinco anos.

Pontes de Miranda³⁴ entende que a maior dificuldade reside em caracterizar a unidade monetária, pois dificilmente se consegue arrecadar dinheiro do falido. Utilizando-se de algumas especificações, o mencionado autor esposava a existência da mora do inadimplemento do contribuinte, ou então, se efetuado o desconto do empregado e não recolhido se trata da figura do constituto possessório.

Abordado no artigo 195, a Constituição Federal estabelece a

³⁴ Francisco Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

participação na formação de recursos dos empregadores, dos trabalhadores, dos concursos de prognósticos e dos poderes públicos. Penaliza-se o devedor impedindo-o de contratar com o poder público, ficando proibido de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, a teor do artigo 195, § 3º, da Lei Maior.

Preconizou o Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n.º 88.828.4, julgados aos 04.05.1979, sendo relator o Ministro Rafael Mayer, a saber:

“Nas contribuições devidas pelos empregados ao INPS, descontadas pelo empregador, este é verdadeiro depositário, cabendo na hipótese de sua falência o pedido de restituição pela Previdência Social, das quantias descontadas a este título.”³⁵

Conquanto esteja demonstrado o grau de validade da restituição incidir sobre as contribuições previdenciárias, observa-se que tal intervenção prende-se ao conteúdo da disposição sumular n.º 417, que assim dispõe:

"Súmula 417 - Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade."

Examinando a controvérsia, o Tribunal de Justiça de São

³⁵ www.stf.gov.br

Paulo, no aresto 281.052, assim se pronunciou:

*"Procede pedido de restituição de contribuições previdenciárias arrecadadas pelo falido dos vencimentos de seus empregados."*³⁶

Todavia, este ponto de vista cercado de reservas, foi cedendo ante a imperiosa necessidade de ser mantido o grau de hierarquia entre os credores e, outrossim, não excepcionar a regra do concurso, uma vez que a massa poderia ficar comprometida se houvesse outra possibilidade para obtenção do crédito.

Em vinte e um de julho de mil novecentos e sessenta e seis, com o advento do decreto-lei 66, outra passou a ser a definição dada ao artigo 157 da Lei 3.807/60, de modo que não há mais distinção entre o crédito previdenciário privilegiado e a quantia restituível, o que obriga o órgão autárquico a se valer do procedimento concursal para obtenção do seu crédito.

Outra vez a polêmica se estabelece e a solução natural deve ser alcançada, a fim de que não haja a invocação de diplomas legislativos impertinentes e que não guardam sintonia com a matéria.

Nesse passo o artigo 152 do decreto 89.312, de 23 de janeiro de 1984, de maneira sintética, determina que os credores relacionados com as contribuições estão sujeitos, nos processos de falência, concordata ou concurso

³⁶ www.stf.gov.br

de credores, às disposições atinentes aos créditos da união, equiparando-se a ele na ordem de prioridade. O seu parágrafo único, entretanto, contém uma exceção:

"Parágrafo único - O IAPAS é incluído como reivindicante em relação às importâncias descontadas pela empresa, de seus empregadores, para a previdência social urbana."

Dessa forma, outros créditos como FGTS, contribuições para fiscais, seriam enquadrados no âmbito de restituição, desnaturando e destipificando o procedimento, sem eventual prejuízo dos credores da mesma classe.

Analisando o perfil delineado pela demanda de restituição, especialmente subsumida às contribuições previdenciárias, ocorre o desconto dos valores sem o normal encaminhamento ao órgão autárquico, o qual, por sua vez, presume que este numerário tenha sido utilizado para objetivo diverso. Naturalmente, a arrecadação de dinheiro revela-se pouco comum e, portanto prioriza a autarquia a ocorrência de sub-rogação. Seria um despautério obrigar a massa falida a vender parte do patrimônio arrecadado e garantir a satisfação do interesse Da autarquia, uma vez que se desenvolveriam lides paralelas e, outrossim, estaria quebrando o princípio da igualdade entre credores. Nenhum dispositivo da lei de quebras ampara tal postulação, sendo válido apontar que a

fungibilidade da moeda serve como empecilho natural para a adoção do procedimento de restituição falimentar.³⁷

Tem sido o entendimento de nossos tribunais³⁸:

"FALÊNCIA - Crédito salarial - Contribuição do INSS - Encargos da massa - O crédito salarial do empregado é pago com prioridade aos encargos da massa (comissão do síndico, salários dos peritos, etc.) e à restituição de contribuições ao INSS, retidas pela empregadora. Artigo 102 da Lei de Falências. (STJ - 4ª T.; Rec. Esp. nº 23.642-7-SP; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; j. 14.02.1995; v.u.). BAASP, 1899/157-j, de 17.05.1995. (CREDOR PREFERENCIAL)".

2.3 O Pedido de Restituição e o Contrato de Câmbio

Em face da situação política-econômica do nosso país, cada vez mais é necessária a adoção de uma tecnologia sistematicamente preocupada na formação de um corredor de exportação que pudesse minimizar os problemas internos e permitir um melhor equilíbrio entre as despesas e as receitas. Com efeito, o adiantamento de importâncias na exata configuração do contrato de câmbio modela a prática eficaz de destinar recursos ao comprador, e assim, lhe possibilita facilidade de concorrência de seu produto e colocação em outro país.

³⁷ Carlos Henrique Abrão. *Pedido de Restituição na Concordata e na Falência*. São Paulo: Leud, 1991.

³⁸ Juis – Jurisprudência Informatizada Saraiva.

Em termos concretos, o contrato de câmbio traduz a própria compra e venda de uma mercadoria independentemente da moeda, com disposição específica na legislação comercial. Todavia a principal questão que se coloca, se localiza exatamente na possibilidade de ser operada a restituição em dinheiro atrelada ao negócio contratual, diante da falência do mutuário.

Nos termos do contrato padrão, as importâncias que traduzem os adiantamentos representam parcelas da prestação em dinheiro, pois, tem a pretensão de significar a aquisição a crédito de moeda estrangeira, quando então, o banco paga o preço antes de receber a coisa comprada.

No caso de descumprimento contratual, a forma procedimental a ser adotada está contemplada no artigo 75 e seus parágrafos, noções próximas do direito adjetivo. Desta forma a lei de mercado de capitais desdobra os lindes da relação de direito material e incursionada pelo campo formal, preceituando diretrizes atinentes ao pedido de restituição.

Tecendo considerações a respeito do assunto, Trajano de Miranda Valverde³⁹ ponderou que a Lei de Mercado de Capitais não modificou nem derogou a Lei de Falências. Esta sustentação se lastreia no artigo 2º, parágrafo 1º e 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, o que implica numa aparente contradição. Separar as disposições e não harmonizá-las parece

³⁹ Trajano de Miranda Valverde. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

oferecer probabilidade de maior realce e, com isso, amenizar o aspecto conflitual.

No contrato de câmbio, prioriza-se o credor que mantém relação jurídica direta com o devedor e condiciona-se o incidente a uma finalidade teleologicamente vedada.

A aparente antinomia foi posta de lado com o surgimento da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Neste momento, portanto, o dispositivo sumular 417 engendra o seguinte esquema:

"Súmula 417 - Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade."

Todavia, promulgada a constituição federal de 1988 um verdadeiro hiato foi criado, uma vez que ficou o Supremo Tribunal Federal competente para a apreciação de outras questões, o que levaria ao esfacelamento da regra sumular. Assim, o intérprete ficou mais receoso ainda, uma vez que se o texto falimentar era impreciso, sem as súmulas, obviamente, se cai na mesma vala comum das incertezas.

Rubens Requião⁴⁰, enfrentando a figura contratual, assinala que a instituição financeira trava com o exportador um contrato, no qual antecipa a compra de moeda estrangeira, propiciando a venda da mercadoria ao exterior.

⁴⁰ Rubens Requião. *Aspectos modernos de direito comercial*. 2º vol., Saraiva, 1980.

Este contrato traz em seu bojo uma forma condicionada, subordinando-se a concretização da entrega da moeda estrangeira.

Nesse passo, com a falência cria-se a impossibilidade de se efetivar a exportação da mercadoria, não tendo sentido o devedor com aquele numerário, cuja justificação não mais se encontra.

Conclui-se, que há a necessidade da elaboração de regras que dinamizam o sistema e findem os casos particulares, cujas determinações espalham alto grau de perplexidade. Coactar o causismo, encontrar um ponto de apoio e relegar as situações discrepantes, parece ser neste momento, os grandes ideais que devem analisar o legislador pátrio a descruzar os braços e iniciar um árduo trabalho.

Por fim, o mestre Carlos Henrique Abrão⁴¹, manifesta-se no seguinte sentido:

“A nossa idéia estritamente jungida ao procedimento concursal, censura o princípio da restituição decorrente do contrato de câmbio, exurgindo a necessidade de se coibir qualquer exceção, mesmo porque raramente se arrecada algum valor pecuniário, arrecadando indevido sacrifício do patrimônio universal.”

Todavia, não é este o entendimento de nossos tribunais:

“(E) CONTRATO DE CÂMBIO - ADIANTAMENTO - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - NÃO SUJEIÇÃO À

⁴¹ Carlos Henrique Abrão. *Pedido de Restituição na Concordata e na Falência*. São Paulo: Leud, 1991.

EXIGÊNCIA TEMPORAL PREVISTA NO § 2º DO ARTIGO 76 DO DL Nº 7.661/45 (ARTIGO 75, § 3º DA LEI Nº 4.728/85) - RECURSO PROVIDO - Segundo orientação da Segunda Seção desta Corte, o pedido de restituição de valor adiantado à conta de contrato de câmbio não se submete ao prazo quinzenal a que alude o § 2º do artigo 76 da Lei de Quebras, tendo incidência o disposto no artigo 75, § 3º da Lei nº 4.728/65. (STJ - 4ª T.; Rec. Esp. nº 56.998-2-RS; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; j. 21.03.1995; v.u.; DJU, Seção I, 17.04.1995, p. 9.583, ementa.) BAASP, 1899/50-e, de 17.05.1995.”⁴²

2.4. Contrato de Arrendamento Mercantil

Conforme ensina Fábio Comparato⁴³, o contrato de arrendamento mercantil nasceu nos Estados Unidos por volta de 1950, espalhando-se pela Europa e posteriormente ingressando nos países vizinhos, do terceiro mundo.

O ente empresarial exige que fluam normalmente bens necessários à modernização do funcionamento da atividade econômica. Esta operação financeira, corporificada no leasing representa evolução da técnica empresarial, surgindo como meio posto à disposição do empresário que nem

⁴² Juis – Jurisprudência Informatizada Saraiva.

⁴³ Fábio Konder Comparato. *Contrato de leasing*. Revista Forense, n. 250, 1975.

sempre dispõe de um capital de giro suficiente para a realização de investimentos. O sistema disposto pela concorrência induz o correto aparelhamento do parque industrial, de modo a oferecer ao público consumidor recursos definidos na utilização e formação dos bens.

A fim de atender a proposta formulada pelo empresário na aquisição de um bem de capital, há necessidade da participação imediata da instituição financeira. Cuida-se, assim, de uma locação com a opção de compra ao final do contrato, com tripla hipótese, ou seja, devolução de bens, compra destes bens, ou prosseguimento da locação. O contrato apresenta natureza complexa, pelo simples fato de abrigar uma série de relações entre as partes envolvidas no negócio, oferecendo grande vantagem ao arrendatário que não precisa alocar recursos para um investimento, cujo resultado ainda não conhece a fundo.

Arnoldo Wald⁴⁴ identifica no leasing uma fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação, assemelhando-se a venda com reserva de domínio e a alienação fiduciária. Possibilita o arrendamento mercantil que o empresário se capacite de maquinário moderno e de tecnologia, o que envolve um suporte fundamental que em países subdesenvolvidos garante a administração da atividade econômica. Com efeito, numa economia pautada por desacertos e imprevistos, não seria de todo satisfatório que o empresário se

⁴⁴ Arnoldo Wald. *Noções básicas do leasing*. RF 250, 1975.

descapitalizasse numa conjuntura de incertezas, onde o preço da moeda é altíssimo e desestimula qualquer investimento.

A teor do artigo 43 da lei falimentar, a decretação da quebra não traria como causa imediata o rompimento do pacto contratual. Entretanto, demonstrada e fixada a culpa do locatário, é possível a ação de restituição, colimando a devolução dos bens que se acham arrecadados pelo síndico.

É inequívoco que cada contrato comporta uma análise profunda e uma digressão sobre o "*vinculum iuris*", que permeia a situação entre o terceiro e o devedor falido. Dúvida alguma remanesce sobre a viabilidade da restituição amparada no contrato de arrendamento mercantil. Todavia, a inexistência do bem corretamente identificado, e fazendo parte do acervo patrimonial da massa falida, proveniente da realização da arrecadação, inviabiliza o pedido de restituição pelo terceiro interessado.

Vale dizer que o legislador não consagrou nenhum tipo de procedimento que possa ser exercido contra o síndico, no sentido de forçá-lo a realizar a arrecadação, para posterior interposição da medida de restituição.

Procedente a sentença, ao terceiro é restituído bem arrecadado. Entretanto, se não for localizada a coisa, nada impede que o terceiro receba o preço, em pecúnia, sob pena de estar caracterizado um enriquecimento sem causa pela massa falida.

Observando o pacto contratual, não se justifica que o terceiro somente receba o preço da locação e, ao depois, habilite a importância que

exprime a diferença, uma vez que estaria sofrendo real prejuízo. Com efeito, se não houve intenção do síndico em dar continuidade ao negócio e, via de regra, adquirir o bem por um preço residual, com o abatimento das prestações pagas a título de aluguel, torna-se incogitável que pretenda disfarçar o seu intento e forçar o terceiro à sujeição ao concurso de credores. Esta situação criaria uma posição anômala e inaceitável, favorecendo a massa e talvez alguns credores e causando embaraços ao titular da coisa.

Importante observar, que não se pode confundir a relação primeira que embasa o pedido, centrada no contrato de arrendamento mercantil e a executoriedade do decisório, diante de circunstâncias distintas que culminaram com realidade diferente. Destarte, o terceiro poderá pleitear a restituição integral do bem cedido ao falido, com os respectivos consectários legais, porquanto obrigá-lo a habilitar o seu crédito como simples credor quirografário se afigura prejudicial e desnaturaria a própria essência e finalidade do instituto jurídico.

O novo Código traz disposições do direito comercial, como por exemplo, sobre Títulos de Crédito, sobre Direito de Empresa, Nome Empresarial, Estabelecimento etc. Além disso revoga os artigos 1º até 456 - Parte Primeira do Código Comercial em vigor desde 25 de junho de 1.850 -, e a legislação mercantil que ele passa a abranger ou com ele incompatível, e incorpora as disposições das sociedades comerciais, menos a sociedade anônima que continua regida por lei especial. Observa-se que o Novo Código englobou,

numa única codificação, normas do direito comercial, caminhando assim para a definitiva unificação do direito privado.

CAPÍTULO III

O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO E A CONCORDATA

3.1 Pedido de Restituição de Bens na Concordata

Em breve síntese sobre o instituto da concordata preventiva e o seu elo com o pedido de restituição, coloca a essência da questão sob o plano entre os sujeitos das relações decorrentes da moratória e o nexó contratual de cunho obrigacional. A matéria vem disposta no Decreto-lei 7661, de 21.6.1945, com as modificações encetadas pela Lei 7274, de 10 de dezembro de 1948.

Na primeira etapa da concordata preventiva, iniciada pelo despacho de seu processamento, ocorre o vencimento antecipado dos créditos. É cediço que somente os credores quirografários se acham aptos ao fórum legal da concordata preventiva, de modo que têm interesse real na habilitação dos seus créditos, aguardando o pagamento na moeda da concordata, consoante proposta do concordatário. Neste diapasão, a concordata preventiva subdivide-se em três categorias: a remissória, a dilatória e a mista. Cada uma delas, na verdade, consubstancia a forma pela qual deverá o favorecido obedecer o pacto feito com os credores, sob pena de incorrer em mora ensejadora da quebra.

Conforme artigo 165 da lei falimentar, os contratos bilaterais não se resolvem com a concordata preventiva, subordinando-se às normas de direito comum. Assim esclarece Trajano de Miranda Valverde⁴⁵:

“não se resolvendo com a concordata preventiva os contratos bilaterais (artigo 165), nem se vencendo os unilaterais e prazos, não sujeitos aos efeitos dela, o pedido de restituição há de se justificar-se segundo as normas que disciplinam relação jurídica em que ele se fundar. Mesmo no caso de verificar-se a única exceção prevista na lei— coisas vendidas a créditos e entregues ao concordatário nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata— fica, em princípio, o concordatário com o direito de exequir o contrato imediatamente, ou no vencimento, prestando as necessárias garantias.”

A ação de restituição de coisa no instituto da concordata preventiva, prevista no artigo 166, tem o mesmo fundamento da ação restitutória da falência. Aliás o citado dispositivo legal faz direta remissão ao art 76, o qual enfoca o pedido na falência. Conforme ensina Rubens Requião, a diferença entre o pedido de restituição na falência e na concordata funda-se na primeira se a coisa estiver em poder do falido por força de condição contratual, sendo extinta a relação contratual por opção do síndico, só então ocorrerá o direito à restituição; na segunda, não sendo por ela afetado o contrato, a

⁴⁵ Trajano de Miranda Valverde. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948. Vol. II.

restituição só se dará se a relação contratual não estiver em curso; daí a necessária ressalva legal do artigo 166.⁴⁶

Quando da remissão expressa ao artigo 76, entende-se que pode ser pedida a restituição de coisa em poder do concordatário, quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato. Raramente, pode ocorrer essa hipótese, pois estando a coisa em mãos do concordatário e não se resolvendo o contrato unilateral a prazo ou contrato bilateral, a coisa continuará em função da execução do contrato legitimamente em poder do concordatário; tornando-se mais viável quando do término do contrato.

3.2 Pressupostos Legais do Pedido Restituitório

Com efeito, na esteira da previsão legal, ou seja, o artigo 166 do Decreto 7661/45, delinea-se o cabimento da restituição subsumida à hipótese da concordata preventiva, da seguinte maneira:

"Artigo 166. - Ressalvadas as relações jurídicas decorrentes de contrato com o vendedor, cabe na concordata preventiva pedido de restituição, com fundamento no artigo 76, prevalecendo, para o caso do § 2º, a data do requerimento da concordata."

⁴⁶ Rubens Requião. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995. Vol II.

Todavia, incursionar pelo campo normativo do pedido de restituição nos casos de concordata preventiva e encontrar o seu efetivo alcance parece ser um problema espinhoso, gravado pelo acentuado casuísmo que envolve a matéria.

O legislador, na hipótese do instituto da concordata preventiva, não previu a restituição lastreada no direito real, embora seja muito difícil o surgimento do caso concreto, pela própria perspectiva da continuação do negócio realizado, com autonomia, pelo concordatário.

Com amparo na lição de Sylvio Marcondes⁴⁷, na visualização do esquema elaborado, a restituição deve obedecer, diretamente, a três princípios:

- a) coisas vendidas a crédito e entregues ao falido;
- b) nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata;
- c) se ainda não alienadas pela massa.

Todavia, o legislador transparece, quando disciplina a expressão copulativa da venda e respectiva entrega, desde que efetuada na quinzena anterior ao favor legal, a impossibilidade da restituição ser pedida na concordata preventiva se o bem não estivesse mais com o concordatário ou tivesse ocorrido sua alteração na composição do seu estado. O mecanismo

⁴⁷ Sylvio Marcondes. *Problemas de direito mercantil*. Max Limonad, 1970.

cumulativo exige que a compra e venda sejam a crédito e que o bem entregue não tenha sido alienado.

Neste diapasão, apareceria o consumo material quanto à coisa experimentasse destruição na sua substância em razão do uso normal, ou então consumo jurídico se evidenciada a alienação. Nesta linha de raciocínio, o fim colimado era o de impedir que a sub-rogação ingressasse na modalidade comum de pedido de restituição na órbita da concordata preventiva, porquanto a disposição se voltava para as próprias características do bem transferido, no mesmo estado em que se encontrava.

Desnaturado, destipificado e desenraizado de suas origens, o pedido de restituição encontra nas disposições sumulares caminho distinto daquele perfilhado pela legislação de 1945. Observa-se, antes de tudo, o divórcio patente que se estrutura na base da pretensão, surtindo efeitos concretos na sua elaboração. Excepcionalmente criado e adaptado à concordata preventiva, o instituto da ação de restituição mostra uma faceta completamente diversificada e alargada com o delineamento circunscrito às Súmulas estabelecidas pelo Excelso Pretório.⁴⁸

Nesse passo, vale apontar o dimensionamento criado com a Súmula 495, do Supremo Tribunal Federal:

"Súmula 495 - A restituição em dinheiro da coisa vendida a crédito, entregue nos quinze dias anteriores ao

⁴⁸ Carlos Henrique Abrão. *Pedido de Restituição na Concordata e na Falência*. São Paulo: Leud, 1991.

pedido de falência ou de concordata, cabe, quando, ainda que consumida ou transformada, não faça o devedor prova de haver sido alienada a terceiro".

Assim, acontecendo o desfazimento do bem ou transformação, abre-se a via do pedido de restituição escorado na perspectiva da devolução do correspondente em dinheiro.

Neste leque que condiciona os pressupostos legais, nota-se uma diferença entre o estado do bem e sua destinação, quando da propositura da demanda. Catalogando as hipóteses, no seu contexto geral, pode-se falar em coisas consumidas, compreendendo o consumo material e o jurídico, isto é, a própria alienação, ou então haverá a transformação da coisa, aflorando, outrossim, casos de inexistência e não localização do bem alvo do negócio jurídico.⁴⁹

Vale esclarecer que o pedido de restituição deverá ser analisado detalhadamente, no intuito da verificação dos pressupostos legais, não obstante se erija a concordata a estado temporário.

É importante assinalar que não existe uma disciplina homogênea em relação ao cabimento do pedido de restituição nos demais tipos de contratos, sendo os mais presentes na vida do foro, o contrato de câmbio e a alienação fiduciária em garantia.

⁴⁹ Carlos Henrique Abrão. *Pedido de Restituição na Concordata e na Falência*. São Paulo: Leud, 1991.

Pressupostos diretos e encadeados à restituição na concordata preventiva são o vínculo contratual, a entrega da mercadoria nos quinze dias anteriores ao favor legal e a constatação do bem, de modo a saber se houve qualquer alteração no seu estado original.

Diante de toda esta problemática é de vital importância dissecar os tópicos e sentir a natureza de âmbito contratual ensejadora da pretensão, observando a necessidade de elencar de forma consistente os matizes definidores estruturados pelo legislador. A abordagem específica de cada palavra chave da norma legal e sua respectiva integração com as Súmulas permite uma visão global do sistema e delimita o campo de extensão da restituição na concordata preventiva. A interpretação isolada do artigo 166 da Lei de Quebra, o qual faz remissão aos artigos 76 e 76, § 2º do mesmo diploma normativo é insuficiente e inócua para a perfeita localização e eficácia da restituição na concordata preventiva.

3.3 O Significado da Tradição e o Alcance da Entrega da Coisa

É permitido pela legislação nacional o aperfeiçoamento da compra e venda, ocorre, em relação a transferência da coisa com a tradição, oportunidade na qual se consolida o negócio jurídico de maneira definitiva. Resulta cristalino, portanto, que a expressão entrega, utilizada na delimitação do

procedimento restituitório significa, naturalmente, a forma pelo qual o devedor transfere a coisa alienada e se opera a tradição de forma direta.

No magistério de Luiz da Cunha Gonçalves⁵⁰ a tradição pode ser real ou efetiva, virtual ou simbólica e consensual, consoante o quadro configurado nos artigos 199⁵¹ e 200⁵² do Código Comercial.

É denominada tradição virtual ou simbólica, quando a coisa alienada não se acha presente, estando em viagem ou em poder de terceiro, armazém ou ao alcance do comprador, a transferência se efetiva por meio de documento⁵³. Existe a tradição simbólica de coisas incorpóreas, sendo insuscetíveis de posse. Nas raízes do Direito Romano destacavam-se espécies de *traditio ficta*, configurando a tradição simbólica, tradição tácita, entre outras.

Quando o comprador passa a ter disponibilidade física da coisa, ou seja, incorpora o bem objeto da alienação, nota-se a tradição real.

A tradição consensual conceitua-se em virtude da celebração do vendedor ao comprador, o qual tem mercadoria a sua disposição.⁵⁴

A noção que promana da norma legal se inclina para a existência da entrega da coisa, como *condicio sine qua non*, preenchendo o requisito formal tendente à propositura da demanda de restituição.⁵⁵

⁵⁰ Luiz da Cunha Gonçalves. *Da compra e venda no direito comercial Brasileiro*. 2ª edição Max Limonad, 1980.

⁵¹ Revogado pelo Novo Código Civil (Lei 10.406/2002), sendo aplicado o artigo 493 do novo código, que possui o texto no mesmo sentido.

⁵² Revogado pelo Novo Código Civil (Lei 10.406/2002), ficando sem dispositivo legal para tratar desta matéria.

⁵³ Prevista no Código Comercial, artigo 200, que contudo foi revogado pelo Novo Código Civil (Lei 10.406/2002), ficando atualmente sem diploma legal.

⁵⁴ De acordo com o artigo 206 do Antigo Código Comercial, que foi revogado pelo Novo Código Civil.

Pela tradição consuma-se alienação de coisa móvel, a qual caracteriza a consumação do negócio jurídico, determinando, efetivamente, o ingresso de um bem no patrimônio do comprador.

Por fim, evidenciando o marco divisório capaz de balizar o lapso temporal imprescindível a viabilidade do pedido restituitório, o diploma falimentar impõe que a entrega da mercadoria deve ser feita ao concordatário na quinzena anterior ao pedido do benefício legal. Nesse passo, a Súmula 193 do Supremo Tribunal Federal⁵⁶ estabeleceu a contagem do prazo fixado, eliminado o ponto controvertido.

O prazo de quinze dias é fixado de maneira retroativa, visando que às vésperas do benefício legal, seja o concordatário indevidamente privilegiado, aumentando seus estoques, de boa-fé ou de má-fé, e subordinando o devedor aos efeitos da moratória.

Neste ponto há uma controvérsia a cerca do início da contagem do prazo, algumas orientações entendem que deve ser contado retroativamente, desde o requerimento da concordata preventiva; outro entendimento, de menor escala, opina favoravelmente a data do respectivo processamento do pedido.

Cumpre consignar que deve ser relevado o fato de ter sido efetuada a entrega dias após o requerimento do benefício, sendo indubitoso que da publicidade pela imprensa é que terá o vendedor condições acerca do estado

⁵⁵ Carlos Henrique Abrão. *Pedido de Restituição na Concordata e na Falência*. São Paulo: Leud, 1991.

⁵⁶ “Súmula 193- Para a restituição prevista no artigo 76, § 2º da lei de falências, conta-se o prazo de quinze dias da entrega da coisa e não da sua remessa”.

econômico do adquirente, não se justificando, pois, o desacolhimento dos pedidos lastreados na tradição real ocorrida com diferença de dias da pretensão do concordatário.

3.4 Consumo, Transformação, não Localização e Inexistência das Mercadorias

Na restituição de coisa no instituto da concordata, o legislador não almejou somente a proteção ao direito de terceiro, mas também desejou coibir o empresário que aumenta seu estoque as vésperas do pedido do benefício legal. Há a presunção que o empresário nos quinze dias antes de requer a concordata tenha conhecimento de seu estado e da necessidade de requere-la, podendo aumentar seus estoques a fim de engrandecer seu patrimônio e somente quitar estes débitos com a moeda concordacional.

Corolário lógico relacionado com a procedência do pedido de restituição é simplesmente a devolução identificada do bem que se encontra com o concordatário, com o retorno das partes ao estado anterior, visando à proteção do terceiro prejudicado. Não obstante o delineamento procedimental assinalado, urge ponderar que determinadas circunstâncias colaboram para a alegação no estado da coisa, de modo que ela não mais exista conforme o seu modelo originário de entrega. Esta etapa que revela uma sub-rogação real mereceu

tratamento próprio, porquanto a ausência de um dispositivo específico levava, invariavelmente, o concordatário imbuído de propósito diverso a modificar a substância do bem, procurando assim encontrar óbice normativo em detrimento do vendedor. Se a restituição em espécie foi erigida pelo legislador como petição de princípio na concordata preventiva, o encontro de uma realidade diferente propiciou que viesse à baila disposição sumular, evidenciando a regra da devolução em dinheiro.⁵⁷

Neste passo a distinção não é puramente acadêmica, denotando relevância à medida que se classifica e interpreta determinada hipótese, minimizando qualquer confusão e proporcionando o alcance imediato da vertente contida na anteriormente citada Súmula 495, do Superior Tribunal Federal.⁵⁸

Quando, em função do consumo o bem desaparece, opera efeitos distintos, obrigando a concordatária a devolver a importância respectiva, a teor da referida súmula.

A utilização normal da coisa, obviamente, enseja a seu desaparecimento, com a conseqüente destruição e perda de sua singularidade. Esta conduta do concordatário espelhava sua intenção de causar transtorno à sua devolução, eis que na ausência do bem, objetivava a inclusão do alienante no rol

⁵⁷ Carlos Henrique Abrão. *Pedido de Restituição na Concordata e na Falência*. São Paulo: Leud, 1991.

⁵⁸ "Súmula 495 - A restituição em dinheiro da coisa vendida a crédito, entregue nos quinze dias anteriores ao pedido de falência ou de concordata, cabe, quando, ainda que consumida ou transformada, não faça o devedor prova de haver sido alienada a terceiro".

dos credores. No entanto, procurando por cobro a este expediente veio a disposição sumular a retratar a viabilidade de ser feita a restituição em dinheiro, independentemente da existência da mercadoria entregue ao concordatário.

Desde que não consiga o devedor fazer a respectiva prova, sinteticamente, a consumição material e a jurídica, ensejam a restituição em dinheiro, revelando a proteção conferida ao alienante de boa fé, às vésperas do favor legal.

Ainda, encontra-se catalogada a situação referente à transformação da coisa, passando para outro estado, desnaturando sua composição natural, sem contudo impossibilitar a demanda de restituição. As matérias-primas e demais produtos fornecidos, comumente submetem-se ao processo de transformação industrial, passando a integração de modelos complexos formadores de um produto acabado.

Portanto, concebe-se que a simples transformação não tem condão de romper o vínculo jurídico que serve de suporte entre as partes, considerando-se que o bem ainda se acha no patrimônio do concordatário conquanto a outra especificidade.

Segundo a lição do insigne professor Miguel Reale, vale a transcrição⁵⁹:

"Seja-me lícito ponderar que a estrutura do novo Código Civil não encontra símile em nenhuma outra nação,

⁵⁹ Miguel Reale. Matéria publicada no jornal O Estadão, de 19 de janeiro de 2002, na seção "Espaço Aberto".

constituindo uma ordenação original em consonância com a nossa própria experiência jurídica e legislativa, na qual se veio espontaneamente compondo a unidade do Direito das Obrigações, em razão da vetustez do Código Comercial de 1850.”

“É indispensável ponderar que o novo Código Civil não abrange todo o Direito Privado, mas tão-somente as questões que emergem da unidade do Direito das Obrigações, como é o caso das normas relativas à atividade empresarial, permanecendo, pois, intocável o Direito Comercial com a respectiva legislação especial.”

Como fecho desta parte tratada, é indiscutível que as diversas modificações, externando uma realidade que tinha na norma o seu maior descompasso recebeu o apoio do Supremo Tribunal Federal, vindo a preencher a verdadeira lacuna existente, alvo de inúmeros confrontos, caracterizando o redirecionamento do instituto. Deve ser ponderado o enorme leque de situações que espelham a tessitura da problemática, não sendo mero trabalho de ordem estrutural, mas fenomenologia que revela o lado espirituoso da questão em virtude da análise de cada caso concreto.

CAPÍTULO IV

ASPECTOS PROCESSUAIS DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

4.1. O Fundamento e a Natureza do Pedido de Restituição

A relação formada do conflito de interesses guarda sintonia com a pretensão deduzida pelo terceiro no incidente, procurando externar a legitimidade da sua postulação.

Como já vimos, é necessário que o pedido esteja devidamente fundamentado e que se individualize a coisa que deve ser restituída, surgindo uma causa remota e outra próxima, ou seja, uma vinculada ao negócio jurídico contratual ou firmando relação de direito real e o amparo proveniente da lei de quebras, o que evidencia característica de se obter uma tutela jurisdicional. Assim, o autor da demanda deve demonstrar a efetivação do negocio contratual e coligir argumentos comprobatórios da entrega da mercadoria na quinzena anterior à concordata ou falência.

A primazia fundamental ligada ao pedido de restituição mostra a importância da descrição do bem e a preocupação de se ater ao princípio da devolução "in natura" sem prejudicar outros interesses em disputa. Apesar do seu conteúdo ético e de efeito moralizador, certas situações comportam maior digressão, no sentido de perpassar a mera obrigatoriedade de cunho incidental.

A importância de um determinado bem no acervo da empresa é a capital figura que lhe dá condições de prosseguir na exploração da atividade econômica e pode repercutir negativamente na direção empresarial da organização. Acontecendo este fator condicionante, sopesados outros inconvenientes, plausível se torna a restituição em pecúnia, a fim de não criar óbices intransponíveis ao desenvolvimento encetado pela empresa em dificuldade econômica.⁶⁰

4.2. O Processamento do Pedido de Restituição

Tanto na concordata como na falência, cabe ao terceiro que postula demonstrar o vínculo jurídico que sustenta o seu pedido, de forma a não deixar qualquer dúvida a respeito de sua viabilidade.

A ação reitutória compete a quem tiver coisa em poder do falido em virtude de direito ou de contrato, sendo ela incidente ao processo de falência ou de concordata. O pedido será regularmente processado se atendidos os pressupostos legais apontados anteriormente. Nesta ação não se visa decidir sobre o reconhecimento do domínio ou propriedade de seu titular, mas sim,

⁶⁰ Alcides de Mendonça Lima. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

apenas, a restituição de coisa na posse, justa⁶¹ ou injusta, da massa falida, que a ela veio ter pela sua arrecadação em mãos do falido.

Conforme ensinamento de Carlos Henrique Abrão⁶², o procedimento encontra um certo rigor na sua forma e, portanto, não se trata de olvidar alguns princípios que permeiam o incidente, sendo correto afirmar que a preservação do patrimônio do devedor é almejada, porquanto qualquer falta de observação poderia traduzir uma alternativa que prejudicasse os interesses dos credores.

Neste diapasão, a reclamação restituitória insurge como um instituto de caráter excepcional, eis que pretende, numa fase incidental, examinar o fundamento jurídico de uma pretensão que se coloca. Nesta mesma esteira, pois, o terceiro precisa se cercar de todos os requisitos imprescindíveis ao oferecimento de uma demanda que vislumbre a possibilidade da tutela jurisdicional.⁶³

A competência para o processamento do pedido, obviamente, encontra-se jungida ao foro onde se processa a concordata, ou então, ao juízo universal da falência. Trata-se de competência absoluta e essencial para o conhecimento acerca da ação de restituição, diante das circunstâncias que envolvem a pretensão. A competência fora fixada desta forma no sentido de

⁶¹ Se a posse do falido era justa, embora reconhecendo o domínio do autor, o juiz julgará improcedente o pedido de restituição. Isso porque, pode ocorrer do síndico almeje prosseguir no contrato, e em consequência, dadas as circunstâncias, a coisa prosseguirá legitimamente na posse da massa falida.

⁶² Carlos Henrique Abrão. *Pedido de restituição de mercadorias*. RT 585/32.

⁶³ Carlos Henrique Abrão. *Pedido de restituição de mercadorias*. RT 585/32.

facilitar o exame da matéria e caso haja necessidade da dilação probatória, os subsídios e outros elementos poderão ser levantados, tornando-se indispensável a presença dos credores, os quais se acham legitimados para o ingresso na lide.

No pedido dirigido ao juiz, deve o autor fundamentar seu pedido à restituição da coisa, à qual individualizará e identificará claramente. O pedido não pode ser dubitativo, nem alternativo. É direto e claro. Não tem cabimento o pedido de restituição de coisa indeterminada.⁶⁴

A petição inicial deverá preencher os requisitos genéricos do artigo 282 do Código de Processo Civil e aqueles específicos da lei de Falências. Será distribuída por dependência, no juízo em que tramita a falência ou a concordata, e a autuação se fará em separado. Uma vez que se trata de ação incidente, cuja principal finalidade é fazer provar que o terceiro preenche os pressupostos formais e, conseqüentemente, permitir-lhe, a devolução da coisa entregue, ou a demonstração de relação de cunho obrigacional, justifica-se o atrelamento da demanda ao favor legal da falência.

A finalidade principal do processamento incidental é facilitar o exame da questão, uma vez que a demora volta-se contra o terceiro e a chance que ele tem de encontrar a coisa no patrimônio da massa falida ou em mãos do concordatário, torna-se mínima.

⁶⁴ Rubens Requião. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol I.

Ajuizado o pedido, conforme já abordado⁶⁵, incumbirá ao escrivão fazer publicar aviso aos interessados, os quais, no prazo legal, poderão contestar a ação de restituição. Existentes dois ou mais contestantes, indubitavelmente haverá a formação de uma relação litisconsorcial e os sujeitos do pólo passivo da lide, ainda que tenham argumentos distintos.

Vale consignar a imprescindibilidade da publicação do aviso, a teor do artigo 77, § 2º, da Lei de Falências, uma vez que se trata de matéria essencial para o prosseguimento da lide, cuja falta poderá provocar vício insanável.

Na seqüência, com prazo de três dias cada um, serão ouvidos o falido e o síndico, sendo que a informação ou parecer contrário de qualquer um deles vale como contestação. Interessante notar que de maneira pouco convincente, o legislador fez inserir simples informação ou parecer contrário como caracterizadores de uma autêntica contestação. O escopo de tal procedimento foi o de informalizar a sistemática da restituição e obrigar o autor ao objetivo último de demonstrar a sua relação jurídica. Ainda, pelo escrivão, será informado para todos interessados, principalmente para os credores, que fora distribuído o pedido de restituição, para querendo contestar no prazo de cinco dias.⁶⁶

⁶⁵ Vide Capítulo I, item 1.7 – A Ação Restituitória

⁶⁶ Vide Capítulo I, item 1.7 – A Ação Restituitória

4.3. Conseqüências Jurídicas da Falta de Impugnação e do Recebimento do Pedido

O sistema brasileiro em vigor, obriga o terceiro a recorrer às medidas judiciais para reaver seus bens arrecadados pelo síndico, o que demonstra a falta de legitimidade da massa falida para proceder à devolução da coisa. Fixa a regra jurídica prazo legal para manifestação dos interessados entendendo-se como contestação o desacordo frente à pretensão deduzida.

A regulamentação normativa, obviamente focaliza o estado de quebra do empresário, aplicando-se de maneira análoga os preceitos ao regime da concordata.

É relevante frisar que, a ausência da contestação não traduz a presunção do requerente como líquida e certa, aplicando-se a revelia, principalmente no instituto falência, onde estão em disputa direitos indisponíveis, devendo o julgador apreciar detidamente os argumentos expostos, a fim de que não haja preterição em relação aos credores sujeitos à regra do concurso.

A principal conseqüência da falta de contestação é desobrigar o pagamento das custas e dos honorários advocatícios, carreando as despesas em razão do pedido ao reclamante, a teor do artigo 77, § 7º, da Lei de Falências.

Conforme ensina Rubens Requião⁶⁷:

“Antes de abordar o tema, convém distinguir que o § 7º do artigo 77, determina que as despesas da reclamação, quando não contestada, são pagas pelo reclamante e, se contestada, pelo vencido.”

Mesmo que não haja contestação e julgada procedente a ação de restituição, sendo interposto recurso na seqüência, se acontecer a manutenção do decisório pela instância superior, há obrigatoriedade do vencido de pagar as despesas e os honorários advocatícios.⁶⁸

Preconiza o artigo 77, § 6º, que incorrendo contestação, o Juiz, ouvido o representante do Ministério Público e inexistentes quaisquer dúvidas, determinará, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), a expedição do mandado para entrega da coisa pleiteada. Nesta mesma linha de raciocínio, a falta de contestação acarreta o julgamento antecipado da lide e, neste lapso temporal, deverá o reclamante receber a coisa pretendida. Nem sempre os fatos presentes e a matéria exposta trazem um contorno claro e não se encontra o magistrado impedido de determinar a produção de prova que repute relevante, ou mesmo de designar audiência para nela colher informes que lhe direcionem no exato sentido da solução do conflito.⁶⁹

⁶⁷ Rubens Requião. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol I.

⁶⁸ Alfredo Buzaid et al. *Estudos de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1982.

⁶⁹ Lopes da Costa. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Konfino, 1987.

Caso o réu concorde com pedido formulado pelo reclamante, estará presente a figura do reconhecimento jurídico que pode ser parcial ou completo. Sendo total o reconhecimento jurídico do pedido, manifestando expressamente, desnecessário se torna a colheita de provas, sendo viável a extinção do processo com o julgamento do mérito, conforme dispõem o artigo 269, II, do Código de Processo Civil.

4.4. A Contestação e a Realização da Audiência de Instrução e Julgamento

Com caráter tipicamente litigioso, em face do disciplinado na própria legislação falimentar, o pedido de restituição poderá encontrar resistência por aqueles que estão legitimados a fazê-la.

A defesa apresentada, em sua essência, não deve ser genérica e apenas discordante, o que implicaria na necessidade do julgador de provocar as partes no sentido de trazerem à baila as informações indispensáveis à composição do conflito.

Apesar da legislação da quebra ter conotação estritamente especial, eventual dilação probatória e prosseguimento da lide se submetem às regras do Código de Processo Civil.

Na restituição falimentar, há uma questão que desperta grande interesse no que se refere a aplicabilidade ao instituto da oposição. Isso porque, quando localizado a coisa com o concordatário, ou mesmo arrecadada pela massa, a primeira vista não se percebe empecilhos ao pedido restituitório.

O que é relevante apontar é a existência de um substrato jurídico idôneo que fundamenta o pedido de restituição e, por corolário, ampara a tutela do autor. Por uma economia processual e adstrito ao postulado da celeridade, nada obsta a composição que deve ser feita na oposição, devendo o oponente comprovar que atende aos pressupostos legais necessários à sua reivindicação.⁷⁰

Processando em apartado, sendo ouvido, inicialmente, o falido e após o síndico, caberá ao escrivão publicar o aviso destinado a todos os interessados, os quais terão o prazo de cinco dias para a apresentação de contestação.⁷¹

Efeito direto da ação de restituição surgido em função da sua distribuição é a suspensão da disponibilidade da coisa, o que acarreta um estado de imutabilidade, não deixando que se altere o aspecto substancial que a peculiariza.⁷²

⁷⁰ José Carlos Barbosa Moreira. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

⁷¹ Vide Capítulo I, item 1.7, página 26 – A Ação Restituitória

⁷² Vide Capítulo I, item 1.3, página 21 – O pedido de restituição suspende a disponibilidade da coisa.

Havendo contestação e deferidas ou não provas porventura requeridas, o juiz designará, dentro dos vinte dias seguintes, audiência de instrução e julgamento, que se realizará com observância do disposto no artigo 95 e seus §§, isto é, audiência com o mesmo rito da destinada à instrução e julgamento da verificação de crédito.

Nem sempre é possível se dar atendimento ao prazo de vinte dias, evidentemente, se o conjunto probatório presente é dúbio e não repousa na evidência do vínculo jurídico, necessária se faz a dilação probatória, para que se possa aferir melhor sobre a situação em conflito, além do mais, premente alguma prova pericial é indispensável a entrega do laudo e posteriores considerações das partes litigantes, para que se tenha condições da designação da audiência.

A audiência constitui formalidade essencial do procedimento, não podendo ser dispensada pelo juiz, em julgamento de plano.⁷³ Sua feitura se dará na mesma linha relativa à impugnação de crédito, em consonância com o artigo 95 e seus parágrafos do diploma legal. A sistemática análoga parece estar destoando da realidade inerente ao pedido de restituição, uma vez que não há que se confundir situações díspares. Neste diapasão, num primeiro caso o que se cogita é a existência de um crédito concursal e sujeito ao rateio, ao passo que na

⁷³ Rubens Requião. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol I.

restituição se aprecia pedido de cunho extraconcursal e cujas relações jurídicas apresentam embasamento próprio.

Na audiência o magistrado terá uma visão harmônica do conflito de interesses, viabilizando a formação do seu convencimento, esclarecendo as dúvidas pendentes ou incertezas sobre a juridicidade do pedido, isso mediante as provas produzidas. A contestação poderá se restringir à discordância da devolução pleiteada, como também incursionar pelo negócio jurídico que lastreia o pedido. Destarte, não só os pressupostos objetivos devem ser preenchidos, mas é da essência do pedido a validade e eficácia do negócio jurídico encetado entre os litigantes.

Com o contraditório, configurado na litigiosidade decorrente da resistência, são estabelecidas as responsabilidades do sucumbimento, repousando no caráter subsidiário do Código de Processo Civil, o pedido de restituição, inserido na categoria de ação incidental, diante da existência de contestação, fica adstrito aos ditames de uma lide comum.

Havendo vários contestantes, se vencidos, as despesas serão repartidas proporcionalmente entre todos eles.

Aplicar-se-á o princípio da sucumbência que na concordata afeta diretamente o concordatário, enquanto na falência a condenação se opera, fundamentalmente, como encargo da própria massa falida, a teor do artigo 124, § 1º, inciso I, da Lei de Quebras.

4.5. Cabimento de Recurso

Da sentença proferida pelo magistrado cabe recurso de apelação, tenha ela cunho terminativo ou definitivo da lide. Deverá ser interposto no prazo de quinze dias contados da publicação da sentença, podendo ser oferecido pelo reclamante, pelo falido, pelo síndico e qualquer credor, ainda que não tenha contestado a ação.

Este recurso independe do desfecho favorável ou desfavorável da demanda, objetiva suspender a formação da coisa julgada e determina a competência do órgão superior para o seu conhecimento e julgamento.

A apelação poderá abranger todo o conteúdo decisório, ou então se restringir a determinado aspecto. Na primeira hipótese, teremos a apelação total e na outra a parcial. Comumente, pode o vencido discordar da categoria do pedido de restituição, entendendo se tratar de crédito sujeito ao concurso universal, ou então opinar sobre o não preenchimento dos requisitos legais necessários ao deferimento da medida. Muitas vezes o vencido se insurge contra a fungibilidade do decisório, ou seja, o caráter sucessivo que permite a condenação em pecúnia. De outro modo, no caso de apelo parcial o vencido poderá demonstrar o seu inconformismo com relação ao sucumbimento, ou

aplicação do princípio da correção monetária, enfim, limita-se a atacar apenas um determinado aspecto da sentença desfavorável.⁷⁴

A impetração do recurso se estende a todos os interessados invariavelmente, no prazo de quinze dias a fluir a partir da publicação da sentença, mesmo não tendo sido contestada a ação. Entretanto, qualquer interposição de recurso deve fornecer situação mais favorável do que aquela sentença recorrida, coincidindo ou não com o nível que se encontrava.

Uma vez não contestada a ação, obviamente, fica vedado ao recorrente alegar matéria cujo deslize depende de prova, bem como eventual alegação a respeito do cerceamento de defesa.

Em sede de recurso, caso haja algum vício no procedimento da ação restituitória que importe em prejuízo, a matéria deverá ser alegada na qualidade de preliminar, podendo o órgão colegiado declarar a nulidade da sentença proferida obrigando a prolatação de outra, em estrita obediência das regras da legislação em vigor.

⁷⁴ José Carlos Barbosa Moreira. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

4.6. Os Embargos de Terceiro⁷⁵

“O enunciado do dispositivo não corresponde à realidade. O pedido de restituição e embargos de terceiro nem sempre se equivalem, isto é, o titular do direito turbado ou violado não pode, em certos casos, escolher a primeira via em lugar da segunda. Assim, na hipótese de mera turbação, em que o bem continua em poder do terceiro, a fórmula testitória é, evidentemente, inadequada.”⁷⁶

Em complementação ao ensinamento de Trajando de Miranda Valverde, o pedido de restituição abarca situação tipificada de um vínculo obrigacional ou engloba direito real tutelado. De outro modo, os embargos de terceiro se destinam aos casos aonde se configura errada intromissão do síndico que passa a arrecadar bens de outras pessoas.

No primeiro caso poderá exprimir, por exemplo, momento específico relativo à aquela compra e venda mercantil e a entrega na quinzena anterior do favor legal ou decretação da quebra. Já no segundo caso, por exemplo, o próprio artigo 42 do decreto 7.661/45 prescreve que a quebra não afeta os bens dotais da mulher tão pouco interfere nos bens particulares dela e dos filhos.

⁷⁵ Observar também o item 1.8 – Os Embargos de Terceiro – do Capítulo I, página 29.

⁷⁶ Trajano de Miranda Valverde. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

Conceitua o artigo 1046 do Código de Processo Civil os embargos de terceiro, enunciando: “Quem, não sendo parte no processo sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos”.

Estes embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

Evidentemente, o conteúdo normativo dos embargos de terceiro é de amplo espectro, uma vez que se dirige às situações que não estão disciplinadas no pedido de restituição. Conforme anteriormente visto, bens imateriais como marcas e patentes estão subsumidos ao cabimento e oferecimento dos embargos de terceiro.⁷⁷

O rito dos embargos de terceiro é aplicável ao processo falimentar por força do § 1º do artigo 79 da Lei de falências, que determina que obedecerão eles a forma estabelecida na lei processual civil. Podem ser opostos em qualquer tempo no processo, até cinco dias depois da arrecadação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura respectiva carta, em consonância com o artigo 1048 do Código de Processo civil.

⁷⁷ Vide páginas 17,18 e 31

Poderá o juiz da falência mandar expedir mandado de manutenção ou de restituição a favor do embargante, se julgar suficientemente provada a posse. O embargante somente receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos, caso sejam afinal declarados improcedentes.

Distribuídos por dependência e autuados em apartados, via de regra os embargos se veiculam ao princípio da universalidade da falência, o que representa a competência para o ingresso do incidente. No entanto, acontecendo a execução por meio de carta precatória, os embargos deverão ser opostos no juízo deprecado, o qual será competente para julgá-los.

Na lição de Trajano de Miranda Valverde⁷⁸ os embargos de terceiro, quando contiverem matéria ligada à posse ou ao direito ao uso da coisa, não provocarão a indisponibilidade da coisa ou do direito.

Aspecto fundamental dos embargos de terceiro, diz respeito à possibilidade do recebimento, em sede de liminar, da restituição da coisa arrecadada, sendo esta uma vantagem sobre a via do pedido restituitório, o qual não comporta a concessão de restituição liminar.

Para obter a liminar é indispensável a justificação prévia, bem como a prestação de caução para que o embargante receba os bens

⁷⁸ Trajano de Miranda Valverde. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

Os embargos de terceiro tornam-se mais eficazes em virtude da agilidade conseguida através da liminar, evitando o perecimento, transformação ou consumição da coisa e impedindo também, que no momento da executoriedade da execução final, não disponha a massa falida de recursos suficientes a satisfação da sua obrigação. A caução prestada tem o objetivo de assegurar um equilíbrio entre as partes litigantes, uma vez que não importa o quanto seja desfavorável o veredicto, a massa estará resguardada pelos proveitos da garantia oferecida pelos terceiros.

A resposta aos embargos deve obedecer o artigo 1053 do Código de Processo Civil, o qual preconiza um prazo de dez dias. Cuida-se, na verdade, de prazo comum que se aplica a todos aqueles que estão legitimados passivamente e podem apresentar contestação. O síndico, o falido e os interessados isolados ou conjuntamente, estarão aptos à defesa da medida realizada, podendo se formar eventualmente, um litisconsórcio passivo entre os embargados. Não contestado o incidente, há a presunção relativa a possibilidade de prolatação no prazo de cinco dias.

No caso de haver contestação e a necessidade de dilação probatória, evidentemente deverá ser designada audiência a fim de solucionar a pendência e compor o conflito de interesses.

Assinala Cândido Rangel Dinamarco⁷⁹ que o incidente não traz pedido de declaração de uma situação dominial ou possessória, mas apenas visa uma sentença desconstitutiva da situação processual criada em virtude da constrição pendente.

O que se denota é a pouquíssima utilização do incidente, o que comprova a dificuldade de se saber realmente qual a sua finalidade. Normalmente, a experiência traz à baila propositura dos embargos de terceiro em casos onde a medida não se justifica e não se coaduna com a realidade delineada.

O advento do estatuto da mulher casada⁸⁰, aflora o cabimento da medida para a defesa da meação dos bens. Somente os bens particulares do falido e os comuns até a meação estarão compreendidos na responsabilidade derivada na quebra decretada.

A aplicação deste preceito à falência de um dos cônjuges constitui interessante questão de direito, que aos poucos a jurisprudência dos tribunais vai admitindo. O preceito visa primacialmente defender a meação da mulher, no patrimônio do casal, no regime de comunhão universal de bens. E ocorre sobretudo, na prática, quando as obrigações do marido são de favor, como na concessão de avais. A jurisprudência não admite a aplicação do

⁷⁹ Cândido Rangel Dinamarco. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 1986.

⁸⁰ Lei nº 4.121, de 1962.

preceito quando as dívidas do marido decorreram de atividade exercida em proveito do casal, tendo dela usufruído a mulher.⁸¹

No caso, portanto, em que as obrigações do cônjuge não revertam em benefício do casal, fato que ocorre geralmente da concessão de avais à nomeação do outro cônjuge não responde por essas dívidas. A sistemática moderna, neste aspecto, tem invertido o ônus da prova, competindo ao credor demonstrar que houve proveito em virtude do empréstimo contraído e, portanto, se justifica a responsabilidade da mulher do avalista.

Por fim, e colhidas as provas imprescindíveis ao feito, a fase seguinte cuminará com a prolatação da sentença. Da sentença, de maneira semelhante ao estudado no pedido de restituição, cabe recurso de apelação no prazo de quinze dias contados a partir de sua publicação. O recurso pode ser interposto pelo embargante, pelo falido, pelo síndico ou qualquer credor ainda que não contestante.

A improcedência atribuída ao incidente oposto por terceiro não causa óbice à consideração de verificação do crédito e, conseqüentemente, determina que o interessado habilite o seu importe como quirografário, na falência do devedor.

⁸¹ Rubens Requião. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol I.

CONCLUSÃO

Restituir é devolver, dar de volta, ou recolocar a coisa em mãos de seu legítimo proprietário ou em poder de quem licitamente deve estar. Neste aspecto, a restituição funda um direito e gera uma obrigação.

Quando é decretada a falência o síndico deve arrecadar tudo que estiver em poder do falido, não cabendo neste momento fazer distinção dos bens do falido e de terceiros. Desta forma, obviamente são arrecadados bens de terceiros, injustamente, sendo o pedido de restituição ou os embargos de terceiro as medidas judiciais cabíveis para solucionar tais injustiças.

Vale acrescentar que *“os embargos de terceiro distingue-se do pedido de restituição: este só é cabível com a falência decretada e a arrecadação procedida; os embargos podem ser opostos por quem, não sendo parte no processo sofrer lesão em sua posse ou direito mesmo pelo seqüestro, medida cautela aplicável ainda mesmo que a falência não tenha sido decretada (artigo 12, §4º)”*.⁸²

A Lei de Falências, ao determinar a arrecadação, fala em bens, direitos e ações do falido, mas ao tratar da restituição, fala em coisa. A doutrina não é pacífica, pois entendem alguns que a arrecadação comporta bens corpóreos e incorpóreos, mas a restituição, apenas corpóreos.

⁸² Nelson Abrão. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Leud, 1997.

Apesar da restituição comportar no seu entendimento coisa (corpórea ou incorpórea) injustamente arrecadada pelo síndico, fazendo destarte parte integrante da massa, o legislador falimentar usa o verbo "poder", como se verifica no artigo 76, e §§ 1º e 2º do mesmo artigo, porquanto dependerá da iniciativa do interessado a sua recuperação.

Mas desde que atendida esta condição, podem ser restituídas coisas: a) em virtude de direito real; b) em virtude de contrato; c) coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos quinze dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não alienadas pela massa (no ultimo caso).

A restituição foi inicialmente criada para ser invocada no instituto da falência, sendo ampliada sua atuação para o instituto da concordata com a evolução do tempo, conforme vimos nas “noções iniciais”⁸³ anteriormente apresentada.

Tratando-se de concordata, e analisando os artigos 165 e 166 da Lei de Falências, observa-se que os contratos bilaterais não se resolvem com a concordata preventiva e se subordinam ao direito comum. Ainda, a ação de restituição na concordata tem o mesmo fundamento da ação de restituição na falência.

Desta forma, existe uma diferença entre o pedido de restituição na falência e na concordata. No primeiro caso, a coisa está em poder do falido

⁸³ Páginas 10 à 15.

por força de contrato e no segundo, a restituição só ocorrerá se a relação contratual não estiver em curso.

Contudo, o instituto da restituição foi desnaturado, destipificado e desenraizado de suas origens, uma vez que encontra nas disposições sumulares caminho distinto daquele perfilhado pela legislação de 1945. Observa-se, antes de tudo, o divórcio patente que se estrutura na base da pretensão, surtindo efeitos concretos na sua elaboração. Excepcionalmente criado e adaptado à concordata preventiva, o instituto da ação de restituição mostra uma faceta completamente diversificada e alargada com o delineamento circunscrito às Súmulas estabelecidas pelo Excelso Pretório.

Diante de todo o trabalho, evidencia-se no instituto da restituição a inércia do legislador e as latentes lacunas legais criadas, agravando ainda mais a situação com a interpretação sumular em diversos sentidos, gerando a necessidade de criação de regras específicas para solucionar o emaranhado de circunstâncias típicas da restituição ora estudada.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 5ª ed. São Paulo: Leud, 1997.

ABRÃO, Carlos Henrique. *Pedido de restituição na concordata e na falência*. São Paulo: Leud, 1991.

ALMEIDA, Amador Paes. *Manual das sociedades comerciais*. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

ANDRADE, Jorge Pereira. *Manual de falências e concordatas*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1996.

BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1982.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1991, vol. II.

COSTA, Lopes da. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Konfino, 1987.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*.
- DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Direito industrial: patentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1966.
- GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- JUIS – Jurisprudência Informatizada Saraiva, 27^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1966, vol. II.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 6^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. 3ª ed.,
Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. 3ª
ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23ª ed., São Paulo:
Saraiva, 1999.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária*. 2ª ed., São Paulo: Revista
dos Tribunais, 1976.

RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho comercial*. Buenos
Aires: TEA, 1954.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei das falências*. Rio
de Janeiro: Forense, 1962.

WALD, Arnaldo. *Noções básicas do leasing*. RF 250, 1975.

Site: www.stf.gov.br

Site: www.stj.gov.br