

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 16

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2015

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 16 (janeiro/junho 2015)
. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2016.

PRINCIPAIS ASPECTOS DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO¹

KEY ASPECTS OF REQUEST FOR REFUND INSTITUTE IN BRAZILIAN LAW

Cláudio Luiz de Miranda

Resumo: Este trabalho tem como objetivo discorrer a respeito da evolução histórica do instituto do pedido de restituição, para que sejam apresentadas as bases de sua origem e desenvolvimento no direito brasileiro. Para tanto, analisam-se brevemente os institutos existentes na Legislação anterior, que ajudaram a compor os principais elementos atuais desse tema. Na sequência, passa-se a estudar a disciplina específica do pedido de restituição no âmbito da crise empresarial no Brasil, apontando-se as principais controvérsias e aplicações desse instituto nos dias atuais.

Palavras-chave: Falência. Pedido de Restituição. Direito Empresarial.

Abstract: The aim of this paper is to examine the historical evolution of request for refund, in order to present the foundations of its origin and development in the Brazilian law. For this purpose, this paper will briefly analyze the existing institutions in previous Legislation, which helped to write the current main elements of this theme.

¹ Artigo recebido em 20.07.2016 e aceito em 16.11.2016.

Finally, this paper will present the legal discipline of the request for refund in Brazil, pointing up the main controversies and applications of this institute today.

Keywords: Bankruptcy. Request for Refund. Business Law.

Sumário: Introdução. 1. Precedentes históricos. 1.1. O direito anterior ao Decreto-Lei 7.661/45. 1.2. Breves comentários sobre o Decreto-Lei 7.661/45. 1.3. O direito brasileiro admite o pedido de restituição “amigável”? 2. Legislação atualmente aplicável no Brasil. 2.1. Restituição ordinária. 2.1.1. Alienação fiduciária em garantia. 2.1.2. Cessão fiduciária de direitos creditórios. 2.1.3. Arrendamento mercantil. 2.1.4. Mandato e comissão. 2.1.5. Comodato. 2.1.6. Contrato estimatório. 2.1.7. Restituição de dinheiro. 2.1.8. O pedido de restituição ordinária e a continuidade contratual, com a sobrevivência da falência de uma das partes. 2.2. Restituição especial. 2.2.1. Restituição da coisa vendida a crédito. 2.2.2. Restituição decorrente de adiantamento de contrato de câmbio. 2.2.3. Valores recebidos pelo falido, em decorrência da boa-fé do outro contratante. 2.3. Procedimento do pedido de restituição. 2.4. Embargos de terceiro. Conclusão.

Introdução.

O escopo deste trabalho é traçar um panorama do desenvolvimento do pedido de restituição, instituto jurídico aplicável em situação de crise do empresário, de forma a contribuir para uma melhor compreensão do tema à luz do direito falimentar atual.

No âmbito do direito privado, tem-se como postulado importante o conceito de que o patrimônio do devedor deve responder por suas dívidas.

Tal postulado, como não poderia deixar de ser, constitui limite positivo e negativo relevante para a interpretação e aplicação prática dos institutos inerentes ao direito falimentar brasileiro.

Positivo, pois a maior parte do patrimônio de titularidade do

devedor deve se destinar ao atendimento de suas obrigações. Negativo, porque o que não integra esse conjunto de bens não deve responder por suas dívidas.

E no direito falimentar não é diferente.

Decretada a falência, caberá ao administrador judicial (anteriormente, ao síndico) arrecadar os bens do devedor, ressalvados aqueles que se enquadrem como absolutamente impenhoráveis, na forma da lei especial e dos que integram patrimônio de afetação (art. 119, IX, Lei nº 11.101/05).

A atribuição do administrador judicial de dar concretude prática ao princípio da universalidade, arrecadando todos os bens do devedor, com exceção daqueles que são absolutamente impenhoráveis, assume contornos de considerável complexidade.

Cabe ao administrador judicial (e, anteriormente, cabia ao síndico) arrecadar tudo, mesmo aquilo que pode não ser propriamente do devedor, sendo competência do Juízo Falimentar a distinção entre o que permanecerá na massa falida objetiva e o que deverá ser restituído ao seu legítimo titular.

Nesse contexto, é de inegável relevância a existência de mecanismos legais que permitam a definição precisa do que compõe o patrimônio do devedor, estabelecendo o que se sujeitará à satisfação do concurso de credores e o que não deverá ser arrecadado, por ultrapassar os limites acima estabelecidos.

Os titulares de bens arrecadados devem possuir meios para reaver os bens de sua titularidade, os quais, por se encontrarem sob a posse do devedor, devem ser destacados e retirados da massa arrecadada.

Tal tarefa não é simplória.

O ordenamento jurídico oferta meios para que o interessado possa pleitear a defesa de seu direito, de forma que, os bens que es-

tavam com o devedor, mas que sejam de titularidade de terceiro, sejam entregues a quem de direito.

O principal desses meios jurídicos corresponde ao pedido de restituição.

A depender do desenho a ele atribuído, tal pedido pode ser implementado com base no direito real de propriedade (regra geral) ou em outras causas (evitar o enriquecimento sem causa da massa falida ou preservar a boa-fé dos que contratam operações comerciais, por exemplo), todas elas previstas na Lei nº 11.101/05.

Todavia, para que se possa compreendê-lo em sua completude, se faz relevante examinar a origem do instituto, principalmente à luz da disciplina legislativa anterior, de forma a apontar o melhor tratamento para as controvérsias surgidas atualmente com relação à sua aplicação prática.

Em seguida, examinar-se-ão aspectos interessantes sobre o tema, de forma a apontar suas características básicas e apontar, ao leitor, eventuais controvérsias e a maneira mais adequada de enfrentá-las.

Por fim, realizar-se-á o exame acurado do procedimento para a implementação desse instituto, à luz da disciplina legal e do entendimento doutrinário e jurisprudencial mais recente, concluindo-se o traçado de um panorama detalhado do que vem a ser o instituto do pedido de restituição no Direito Brasileiro.

1. Precedentes históricos.

Cumpra traçar o panorama histórico do instituto sob análise, para fins de reconhecer as principais premissas e tendências existentes em nosso ordenamento jurídico, com vistas à melhor compreensão e aplicação do pedido de restituição.

1.1. O direito anterior ao Decreto-Lei nº 7.661/45.

O Professor Rubens Requião² relata, com a precisão que lhe é característica, os antecedentes legislativos do pedido de restituição, destacando a importância de se examinar o passado do instituto para se entender e aplicar adequadamente seus elementos mais relevantes ao presente.

Esclarece o referido Professor que a preocupação em se reaver da massa falida bens de terceiros arrecadados pelo síndico, em cumprimento ao que determina a Lei, já, há muito, era presente na doutrina e jurisprudência especializadas, que se apropriavam, para tanto, do instituto de Direito Civil relativo à “ação reivindicatória”.

Tal apropriação, todavia, apesar de permitir, na prática, que houvesse o destaque dos bens “não pertencentes” à massa, era, em teoria, objeto de constantes críticas por partidos operadores do direito falimentar, uma vez que não se tratam de elementos idênticos ou equivalentes.

Com efeito, o Código Comercial de 1850 (arts. 873 e 874) disciplinava tal situação a partir da definição dos interessados como “credores de domínio”, enquanto que o Decreto nº 917/90 se referia a “credores reivindicantes”. Ambas as expressões foram alvo de diversas críticas por parte dos especialistas no assunto, uma vez que “o dono da coisa não é credor de quem a possui”³.

Tais críticas surtiram efeito, de modo que a Lei nº 2.024/08 e o Decreto nº 5.746/29 já não se referiam a “credores”, permanecendo, contudo, a referência ao instituto reivindicatório.

O pedido de restituição, com contornos próximos ao do instituto atual de nossa legislação falimentar, surgiu apenas com a edição

2 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 1, p. 278-280.

3 *Ibidem* p. 278.

do Decreto-Lei nº 7.661/45, consagrador da expressão “pedido de restituição”.

1.2. Breves comentários sobre o Decreto-Lei nº 7.661/45.

O Decreto-Lei nº 7.661/45 disciplinava o direito à restituição nos artigos 76 a 79, destacando como pressupostos para a medida a existência de “coisa” arrecadada em poder do falido e o poder de terceiro sobre tal “coisa” em decorrência de direito real ou contratual.

Sobre o tema, cumpre registrar que a restituição de coisa já alienada pelo devedor, anteriormente à decretação da falência, não era possível, excepcionando-se a hipótese de ser alienada diretamente pela massa falida, em que era substituída por dinheiro ou sub-rogada em outra coisa.

Além disso, podia “ser reclamada a restituição das coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos quinze dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não alienados pela massa” (artigo 76, § 2º, Decreto-Lei nº 7.661/45).

Discussão interessante que se teve, à época, consistia no exame das razões pelas quais o legislador havia escolhido a expressão “coisa” e não “bens”.

Para alguns operadores do direito, “bens” constituiria gênero, englobando materiais e imateriais. Os materiais, por sua vez, se circunscreveriam às “coisas”.

Discutia-se, assim, se o legislador havia restringido, ou não, o pedido de restituição apenas aos bens materiais, havendo que se diferenciar o objeto do pedido, para apurar o seu cabimento.

Tal controvérsia, considerada “vencida” na legislação anterior, cujos doutrinadores estendiam o “pedido de restituição” a todas as espécies de bens, não mais permanece na legislação atual, eis que o

legislador se utiliza expressamente de “bens” para se referir ao objeto do pedido de restituição.

Além disso, cumpre destacar que, na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45, a arrecadação prévia dos bens consistia em requisito fundamental para o pedido de restituição, na forma do *caput* do artigo 76.

Portanto, não bastava a constatação da posse do bem pelo devedor e a comprovação, por exemplo, do direito real de propriedade de terceiros sobre esse bem, sendo imprescindível a sua arrecadação efetiva pelo síndico para a formulação do pedido.

Atualmente, tal situação também se encontra superada, uma vez que para formular o pedido de restituição basta que o bem esteja na posse do falido quando da sentença de decretação de falência.

Questão igualmente interessante diz respeito à restituição extraordinária prevista no Decreto-Lei nº 7.661/45, no âmbito da concordata preventiva.

O referido Decreto estabelecia no artigo 166 que “ressalvadas as relações jurídicas decorrentes de contrato com o devedor, cabe na concordata preventiva pedido de restituição, com fundamento no artigo 76, prevalecendo, para o caso do parágrafo 2º, a data do requerimento da concordata”.

Portanto, excepcionalmente, em caso de concordata preventiva, disciplinada nos artigos 156 e seguintes do Decreto-Lei nº 7.661/45, era permitida: (i) a restituição de coisa arrecadada em poder do falido, quando devida em virtude de direito real ou de contrato, ainda que a coisa já tenha sido alienada pela massa (não pelo devedor); e (ii) a restituição das coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata, se ainda não alienados pela massa.

Tal dispositivo não foi reproduzido para o âmbito da recuperação judicial, disciplinada na Lei nº 11.101/05, uma vez que: (i) de-

sestimularia a negociação do plano de recuperação judicial, interferindo negativamente em seu caráter negocial, na autonomia da vontade que o cerca e no efeito novativo atribuído, por lei, ao plano; e (ii) a regra, no âmbito da recuperação judicial, é a continuidade dos bens com o devedor.

1.3. O Direito Brasileiro admite o pedido de restituição “amigável”?

Antes de adentrar no exame detalhado da disciplina jurídica atual do pedido de restituição, convém tecer breves comentários acerca da interessante questão que envolve a possibilidade, ou não, do pedido de restituição amigável, ou administrativo, no âmbito do Direito Falimentar do Brasil.

A questão, intuitivamente simples, traz consequências práticas e jurídicas muito importantes.

Ao arrecadar os bens sob a posse, direta ou indireta, do devedor, o administrador judicial reconhece se tratar um dado bem de propriedade inequívoca de terceiro: seria lícito a esse administrador judicial devolver diretamente o bem ao terceiro? E se o terceiro o notificasse e, com base em provas robustas, lhe formulasse pedido nesse sentido, poderia ele devolver?

Em ambos os casos, a resposta é negativa.

Já sob a disciplina do Decreto-Lei nº 7.661/45 e, atualmente, sob a disciplina da Lei nº 11.101/05, entende-se ser de competência exclusiva e inderrogável do Juízo Falimentar dar a palavra final acerca da composição da massa falida objetiva.

Somente o Juiz pode, em procedimento próprio, reconhecer que determinado bem foi arrecadado indevidamente pelo administrador judicial e restituí-lo a quem de direito.

Ao administrador judicial cabe, tão somente, a atribuição de

arrecadar, em sua totalidade, os bens sob a posse, direta ou indireta, do devedor, com exceção exclusivamente aos bens absolutamente impenhoráveis e que integram patrimônio de afetação (art. 119, IX, Lei nº 11.101/05).

Ainda que receba provas robustas em sentido contrário, o administrador judicial, por si só, nada deve fazer em prol da devolução do bem.

É o que dispõe (e já dispunha) a Lei. Todavia, resguardada a devida vênia, talvez não seja o que ela deveria dispor.

Movimentar a já assoberbada máquina judiciária brasileira, transformando o Poder Judiciário em verdadeiro “homologador” de questões de fato e de direito indiscutíveis, não deveria ser a preocupação do legislador.

Assim como o procedimento de verificação de créditos, conforme disciplina do artigo 7º e seguintes da Lei nº 11.101/05, permite, salvo nas situações expressamente previstas na lei, a atuação administrativa e proativa do administrador judicial, sem a necessidade, em muitos casos, de se “judicializar” a questão, também na restituição poder-se-ia pensar e estruturar atuação semelhante.

Trata-se de evidente medida de composição de interesses disponíveis e, principalmente, de concretização prática dos princípios de economia e celeridade processuais, desonerando o nosso já combalido sistema judiciário.

O argumento no sentido de que a restituição de bens pode produzir efeitos irreversíveis, desde logo, de modo que equívocos ou fraudes produziriam resultados negativos para os envolvidos também não deve prosperar.

A fraude e má-fé não devem ser presumidos, mas sim a boa-fé e a menor burocratização de procedimentos para reaver o que é de direito daquele que pleiteia.

Ademais, os autores do pedido de restituição e, principalmem-

te, o administrador judicial estão sujeitos à rígidas regras de responsabilidade.

A posição deste Autor, contudo, não é majoritária.

A título ilustrativo do pensamento em sentido contrário, registre-se o posicionamento do Professor Alexandre Assumpção, ao defender que⁴:

Em se tratando de pedido de restituição todas as medidas de cautela devem ser empregadas, pois a restituição de um bem que intuitivamente pertença à massa falida desnaturaria a garantia do *par conditio creditorum*. Ademais, a necessidade de ratificação judicial demandaria ao juiz a mesma análise que hoje é feita quando oposto um pedido de restituição, sendo a demora na prestação jurisdicional um problema exclusivamente forense ao qual esse eventual pedido de autorização também seria submetido. O melhor é, como prevê a Lei nº 11.101/2005, a prestação de uma caução pelo terceiro que pretenda rever o bem de sua propriedade antes mesmo do trânsito em julgado da decisão do pedido de restituição. Evita-se assim o desvio injustificado de bens da massa falida objetiva, que consubstancia a garantia dos credores, e, ao mesmo tempo, a possível deterioração do bem do terceiro. Nota-se, então, pela evolução histórica, que o pedido de restituição, como a ação revocatória⁵, foi sendo amoldado pelo regramento falimentar a partir de um instrumento eminentemente civilista, mas que fora incorporado pelo legislador falimentar como meio de proteção dos interesses de terceiros que sejam prejudicados pela arrecadação de bens.

Sobre o tema, cumpre destacar, ainda, a seguinte opinião do Professor Rubens Requião, ao dispor que⁶:

4 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; BAPTISTA, Raul Gonçalves. O Pedido de Restituição Ordinária na Lei nº 11.101/05. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 9, julho/desembro de 2011. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 43-89.

5 A ação revocatória tem por origem histórica o instituto civilista da ação pauliana.

6 REQUIÃO, op. cit., vol. 1, p. 277.

A decisão relativa à situação dos bens, se integram ou não o patrimônio do falido, é de exclusiva competência do juiz da falência. Não é possível, pois, ao síndico, mesmo se considerar indiscutível o direito de propriedade do terceiro sobre a coisa arrecadada, restitui-la amigavelmente. Nesse particular, nossa lei é radical, ao enunciar que o pedido de restituição deve ser cumpridamente fundamentado (art. 77). O direito francês é mais liberal, pois como doutrinam os autores Argenson, Toujas e Dutheil, o pedido de restituição não supõe necessariamente a intervenção do tribunal e é primeiro apresentado ao síndico que, com a autorização do juiz, pode admiti-lo.

Tal entendimento encontra-se fundamentado, sobretudo, na teleologia do art. 110, Lei nº 11.101/05, que dispõe acerca do conteúdo do inventário e sustenta a responsabilidade penal do administrador judicial caso oculte, por qualquer razão, bens da massa.

Portanto, a Legislação atual não permite a composição amigável e a resolução administrativa de pedidos de restituição, devendo o tema obrigatoriamente sujeitar-se à apreciação e ao crivo do Poder Judiciário.

2. Legislação atualmente aplicável no Brasil.

Nos tópicos que se seguem pretende-se abordar, de forma sintética, os principais aspectos relacionados ao pedido de restituição, previsto, atualmente, na Lei nº 11.101/05 como ação judicial de conhecimento, incidente ao procedimento falimentar.

2.1. Restituição ordinária.

No que se refere à restituição ordinária, cumpre destacar o disposto no artigo 85, *caput*, Lei nº 11.101/05, ao dispor que “o proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre

em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição”.

Convém registrar que a parte final do mencionado dispositivo (“que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição”) inova com relação ao direito anterior, ampliando as hipóteses de cabimento do pedido de restituição.

Em decorrência da ampla discussão no Direito anterior acerca da restituição aplicada em caso de alienação fiduciária de direitos creditórios, disciplinada no art. 20, Lei nº 9.514/97 (em que o direito à restituição por parte do credor fiduciário independe da efetiva arrecadação, eis que recai sobre créditos lastrados em contratos) a Lei nº 11.101/05 pacificou o entendimento de que, estando sob a posse do devedor na data da decretação da falência, o proprietário tem o direito de exigir a restituição da coisa.

Trata-se, pois, da situação mais natural a justificar a formulação do pedido: o titular de direito real de propriedade sobre o bem arrecadado, juntando as provas do domínio e da posse injusta pela massa falida, após a arrecadação, pleiteia judicialmente a restituição de seus bens.

Em regra, a restituição ordinária será realizada mediante a entrega do próprio bem, na forma do artigo 88, Lei nº 11.101/05. Entretanto, caso o bem não mais exista, por qualquer motivo, a Lei expressa e excepcionalmente admite que a restituição ocorra em dinheiro, aplicando-se à espécie o disposto no artigo 86, I, Lei nº 11.101/05.

Nesse caso, o requerente do pedido de restituição deverá receber o valor atualizado de avaliação do bem ou, caso tenha ocorrido a sua venda, o respectivo preço pago pelo comprador.

Dentre as principais situações que podem ensejar o pedido de restituição ordinária destacam-se: (i) alienação fiduciária em garantia; (ii) cessão fiduciária de direitos creditórios; (iii) arrendamento mer-

cantil; (iv) mandato e comissão; (v) comodato; (vi) contrato estimatório; e (vii) restituição de dinheiro em poder do falido⁷.

Tais situações serão examinadas nos itens a seguir.

2.1.1. Alienação Fiduciária em Garantia.

A alienação fiduciária em garantia é, em linhas gerais, o instrumento jurídico de garantia por meio do qual o devedor (fiduciante) cede ao credor (fiduciário) a propriedade resolúvel sobre determinado bem, repartindo-se a posse sobre esse bem (a direta permanece com o devedor e a indireta passa para o credor) até que determinada relação creditícia seja adimplida.

Trata-se de instrumento eficiente de garantia, pois, caso a prestação não venha a ser quitada pelo devedor, o credor, já com a posse indireta do bem, possui meios para consolidar a posse plena sobre o bem, alienando-o extrajudicialmente para a satisfação de seu direito.

Em havendo o regular adimplemento do crédito, a propriedade resolúvel se extingue, retornando o domínio pleno do bem ao devedor.

Inicialmente disciplinada pelo artigo 66 da Lei nº 4.728/65, a alienação fiduciária em garantia fortaleceu-se como instituto jurídico efetivamente utilizado em nosso direito após a edição do Decreto-Lei nº 911/69, que alterou a redação original do mencionado dispositivo legal.

Tal Decreto-Lei possui relevância inegável para o presente trabalho, ao estabelecer, em seu artigo 7º, o direito do credor, em caso de falência do devedor, de requerer a restituição do bem (com uma vantagem comparativa relevante se comparada à situação dos credores com garantia real, que se submetem ao concurso de credores).

7 Sobre o tema, destaque-se: ALVES; BAPTISTA, op. cit., p. 43-89.

Nessa linha, destaque-se, também, o disposto nos artigos 20 c/c 32, Lei nº 9.514/97, que disciplinam a restituição de coisa objeto de alienação fiduciária e estabelecem que:

Art. 20. Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição, prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção.

Art. 32. Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente.

Vale mencionar, também, o disposto no art. 151, parágrafo 2º, Lei nº 7.565/86, a qual, ao disciplinar a alienação fiduciária de aeronave estabelece o seguinte: “Art. 151. (...) § 2º Na falência, liquidação ou insolvência do devedor, fica assegurado ao credor o direito de pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente.”

Em seguida, a Lei nº 10.931/2004 revogou o artigo 66, Lei nº 4.728/65, introduzindo em nosso ordenamento jurídico o artigo 66-B da Lei nº 4.728/65, a seguir reproduzido:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171,

§ 2º, I, do Código Penal.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

§ 5º Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 6º Não se aplica à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei o disposto no art. 644 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

No âmbito da alienação fiduciária em garantia, em caso de falência do devedor empresário, o credor pode requerer a restituição do bem, na forma dos artigos 7º do Decreto-Lei nº 911/69 e 32 da Lei nº 9.514/97, os quais simplesmente especificam a norma já extraída do próprio artigo 85, *caput*, Lei nº 11.101/05.

Concedido o pedido, o bem objeto da alienação fiduciária deverá ser destacado da massa falida objetiva e submetido ao procedimento de alienação extrajudicial, na forma do artigo 66-B, Lei nº 4.728/65. Na hipótese de restar saldo positivo, tal montante deverá ser entregue pelo credor à massa falida. Em sendo negativo, o credor deverá habilitar o saldo no processo de falência do devedor, em regra, na classe de credores quirografários.

Ponto interessante diz respeito ao fato de que o pedido de

restituição somente tomará corpo se o administrador judicial desejar não continuar com o contrato.

Com efeito, em se tratando de contrato bilateral na falência, o administrador judicial poderá decidir por continuar o contrato, julgando-o benéfico para a massa e desde que autorizado pelo comitê de credores, na forma do artigo 117, Lei nº 11.101/05, hipótese em será considerado crédito extraconcursal no âmbito do processo de falência.

Nessa hipótese, entende-se, porém, que o administrador judicial não será totalmente livre para dispor do bem, uma vez que se trata de bem de titularidade de terceiro, não podendo ser alienado pela massa, por exemplo.

Vale registrar posicionamento em sentido contrário por parte de operadores do direito, no sentido de que a falência resultaria necessariamente no vencimento antecipado do contrato, hipótese em que o pedido de restituição seria plenamente possível desde a decretação da falência, quando existente cláusula contratual dispondo sobre a resolução do contrato em caso de falência do devedor, o que será objeto de exame detalhado itens a frente.

2.1.2. Cessão fiduciária de direitos creditórios.

Na forma da Lei nº 9.514/97, as operações de financiamento imobiliário podem contar como garantia a cessão fiduciária de créditos decorrentes de contratos de compra e venda imobiliária (artigo 17, II, da referida lei).

Nessa linha, nas hipóteses em que é constituída a cessão fiduciária em garantia de créditos, em se verificando a falência do devedor empresário, anteriormente à tradição dos documentos representativos dos créditos em garantia, o credor tem o direito de pedir a respectiva restituição, na forma do artigo 20, Lei nº 9.514/97 e do artigo 85, *caput*, Lei nº 11.101/05.

2.1.3. Arrendamento mercantil.

Em linhas gerais, o arrendamento mercantil, também chamado de *leasing*, consiste em instituto jurídico por meio do qual o arrendador adquire um bem e faculta seu uso ao arrendatário, a quem é atribuído o pagamento de remuneração periódica e o direito de compra do bem, mediante o pagamento de certo preço residual.

Caso seja decretada a falência do devedor empresário, o credor terá o direito de requerer a restituição do bem objeto do arrendamento mercantil, devendo comprovar a titularidade do bem e a posse injusta por parte da massa falida (convém atentar para esses requisitos, uma vez que o bem pode, por qualquer motivo, não ter sido arrecadado).

Portanto, nessa hipótese, assim como disposto no item 2.1.1 acima, o contrato deverá ser previamente resolvido, de modo que, caso o administrador judicial opte por continuá-lo, não haverá prova da posse injusta e, por conseguinte, inexistirá direito de restituição por parte do arrendador.

Por fim, cumpre destacar que a restituição, quando de direito, se circunscreve ao bem objeto do arrendamento mercantil, não havendo que se falar em restituição de aluguéis ou remunerações não pagas em decorrência do contrato, com relação às quais o credor deverá se habilitar junto à falência do devedor.

2.1.4. Mandato e comissão.

Em caso de falência, o mandato conferido pelo falido para a realização de negócios, que verse sobre matéria empresarial, cessará seus efeitos, cabendo ao mandatário prestar contas de sua gestão, na forma do artigo 120, Lei nº 11.101/05.

Nesse cenário, cabe ao mandante ou comitente reaver, por meio do pedido de restituição, os bens de sua titularidade eventualmente arrecadados sob a posse do falido (mandatário ou comissário).

2.1.5. Comodato.

Na forma do artigo 579, Código Civil, o comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, que se perfaz com a tradição do objeto.

Nessa hipótese, verificada a falência do comodatário, os respectivos bens serão objeto de pedido de restituição por parte do comodante.

Cenário interessante consiste no exame de pedido de restituição de bem entregue em comodato de natureza essencial para a continuidade provisória de negócios pelo falido ou, por exemplo, para a melhor conservação de bens arrecadados no procedimento falimentar.

Em sentido inovador, se comparada ao Decreto-Lei nº 7.661/45, a Lei nº 11.101/05 disciplina, no artigo 118, a possibilidade do administrador judicial dar continuidade a contratos unilaterais, obtida a anuência do Comitê de Credores.

Para esse caso, entende-se que o administrador judicial poderá optar pela continuidade do contrato, obstando o direito do credor reaver o bem.

2.1.6. Contrato estimatório.

O contrato estimatório se caracteriza, em linhas gerais, pela consignação de uma pessoa à outra de coisa móvel para venda, previamente estimadas quantias e preço de estimação (paga o preço ou substitui a coisa).

Em caso de falência do consignatário, ressalvada a hipótese de continuidade do contrato pelo administrador judicial, o credor igualmente será legítimo titular do pedido de restituição.

2.1.7. Restituição de dinheiro.

Tema historicamente debatido pelos especialistas em direito falimentar consiste na possibilidade, ou não, de restituição de dinheiro arrecadado sob a posse do falido.

No passado, forte corrente doutrinária, dentre os quais se destaca Trajano Miranda Valverde, negava a viabilidade da restituição de dinheiro, como coisa arrecadada em mãos do falido, sob o argumento de que coisas fungíveis, sem individualidade própria (espécie), não poderiam ser reivindicadas.

Todavia, a jurisprudência decidiu por dar ampla aplicação à restituição de dinheiro de terceiro, arrecadado em poder do falido, sobretudo nas históricas decisões em favor da Previdência Social, quando o falido/empregador descontava as contribuições de seus funcionários mas não as transferia, como de direito, ao órgão previdenciário, culminando na Súmula 417, STF.

Assim, identificando-se, quando da falência do devedor, dinheiro de terceiros sob a posse do falido, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma da Súmula nº 417, STF, a qual estabelece que: “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”, a qual permanece em pleno vigor.

2.1.8. O pedido de restituição ordinária e a continuidade contratual, com a decretação da falência de uma das partes.

Aspecto de indiscutível consistência prática diz respeito ao exame dos interesses conflitantes quando da decretação da falência do devedor: de um lado, o credor deseja reaver, o mais célere possível, o bem, havendo atendido o seu pedido de restituição e, de outro,

em muitas ocasiões, o administrador judicial, representando o melhor interesse da massa falida, decide mantê-lo sob a posse do devedor.

Com efeito, com base no artigo 85, *caput*, Lei nº 11.101/05, “o proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição”.

Conforme descrito acima, para o exercício desse pedido de restituição, o autor deverá comprovar a propriedade do bem e a posse injusta por parte da massa falida, repousando nessa segunda hipótese o principal centro do tema dessa seção: o que configura a posse injusta? A mera titularidade de bem de propriedade de terceiro pela massa falida, após a decretação da falência, é suficiente? Parece que não.

A falência não é necessária causa de extinção dos contratos firmados pelo falido, de modo que: (i) os contratos bilaterais não se resolvem com a decretação falimentar, podendo ser cumpridos, a depender da vontade do administrador judicial e da autorização do Comitê de Credores, se existente, na forma do artigo 117, Lei nº 11.101/2005; e (ii) nos unilaterais, o administrador judicial pode determinar o cumprimento do contrato, com a autorização do Comitê de Credores, se existente, se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada, na forma do artigo 118, Lei nº 11.101/2005.

Portanto, a comprovação da posse injusta por parte do autor do pedido de restituição vai além da mera demonstração de que bem de sua titularidade foi arrecadado após a falência do devedor, havendo que comprovar o fim do contrato.

A esse respeito, destaque-se a profusão de cláusulas contratuais dispondo acerca da resolução do contrato, de pleno direito, em caso de falência do devedor, na tentativa de retirar do administrador judicial a atribuição de dar continuidade aos contratos com o falido.

Há, portanto, evidente conflito de princípios: (i) de um lado, os credores defendem o princípio da autonomia da vontade, de forma que o contrato deva ser cumprido; e (ii) de outro, entende-se que o afastamento dessa cláusula resolutória de pleno direito representaria a concretização da função social do contrato (prevista no artigo 421, Código Civil) e do interesse social, pois o administrador judicial toma a decisão conforme o melhor interesse da massa.

Defensores da primeira linha de raciocínio destacam-se os doutrinadores Rubens Requião⁸, Sérgio Campinho⁹ e Fábio Ulhoa Coelho¹⁰, dando plena validade e eficácia à cláusula de resolução de pleno direito.

Em sentido diverso, destaque-se o ensinamento do Professor Alexandre Assumpção, ao dispor que¹¹:

Entende-se aqui, no entanto, que o interesse da massa deve prevalecer, logo a cláusula resolutiva expressa deve ser tida como ineficaz em relação à massa. Isto porque, não cumpre a mencionada cláusula com a sua função social, não sendo assim merecedora de eficácia jurídica. [...] Trata-se aqui de um interesse metaindividual que extrapola a relação entre credor e devedor. A manutenção dos contratos que permitam a preservação e manutenção dos ativos é uma garantia da massa de credores e um dever do administrador judicial. [...] Dessa forma, tal qual no direito comparado, deve prevalecer o interesse da massa falida e a função social dos contratos sobre a cláusula resolutiva expressa.

8 Por todos, registre-se o seguinte trecho da obra de Rubens Requião, ao dispor que: “Em síntese, para que a falência resulte, só por si, na rescisão do contrato, é necessário que exista cláusula expressa nesse sentido (...)”. REQUIÃO, op. cit., vol. 1, p. 288.

9 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação judicial – o novo regime da insolvência empresarial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

10 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, Direito de Empresa. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

11 ALVES; BAPTISTA, op. cit., p. 43-89.

Vislumram-se, portanto, sólidos argumentos para ambos os lados, embasados em entendimentos e raciocínios de elevado grau técnico e precisão doutrinária, motivo pelo qual recomenda-se ao operador do direito que antecipe os efeitos positivos e negativos da inclusão de cláusula nesse sentido em seus respectivos instrumentos contratuais.

2.2. Restituição especial.

Além da restituição ordinária, a Lei nº 11.101/05 disciplina, ainda, outras hipóteses de pedido de restituição, com base em elementos que não o direito real de propriedade sobre o bem objeto de arrecadação pelo administrador judicial.

Trata-se das seguintes hipóteses: (i) restituição de coisa vendida a crédito, prevista no artigo 85, parágrafo único, Lei nº 11.101/05; (ii) restituição decorrente de adiantamento a contrato de câmbio; e (iii) valores recebidos pelo falido, em decorrência da boa-fé do outro contratante.

Convém destacar que as restituições em dinheiro somente serão efetuadas após o pagamento dos créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, conforme previsto nos artigos 86, parágrafo único e 151, Lei nº 11.101/05.

Tais situações serão examinadas nos itens a seguir.

2.2.1. Restituição de coisa vendida a crédito.

Nos termos do artigo 85, parágrafo único, Lei nº 11.101/05, pode ser objeto de pedido de restituição “coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada”.

Registre-se que tal dispositivo consolidou no ambiente legislativo o entendimento já existente, no direito anterior, com base na Súmula nº 193, STF, ao dispor que “Para a restituição prevista no art. 76, parágrafo 2º, da Lei de Falências, conta-se o prazo de quinze dias da entrega da coisa e não da sua remessa”.

Trata-se, assim, de modalidade especial de restituição, voltada à proteção da boa-fé do vendedor que, sem ter conhecimento da situação de crise em que se encontrava o devedor, aliena bem a crédito ao devedor, entregando-o nos de 15 (quinze) dias do requerimento de sua falência.

Portanto, para fins de sustentar esse pedido de restituição, devem estar cumulativamente presentes os seguintes requisitos: (i) venda do bem a crédito, não à vista; (ii) entrega do bem no prazo legal (tradição real, não apenas a simbólica do bem); e (iii) o bem não pode ter sido alienado pela massa.

Na ausência de qualquer desses requisitos, em regra, não haveria base para restituição.

Algumas controvérsias surgem desse tema.

A primeira delas consiste na hipótese em que a venda é celebrada à vista, todavia, o devedor não efetua o pagamento imediatamente (por exemplo, o pagamento ocorre com cheque sem fundos ou, simplesmente, o credor não cobrou na hora).

Nessa hipótese, Rubens Requião¹² entende excepcionalmente presente o direito à restituição, uma vez que, na prática, a venda teria “se transformado” a prazo, em benefício da boa-fé do vendedor.

Já para Trajano Miranda Valverde¹³, a Lei é clara, não se podendo estender as hipóteses expressamente determinadas ali.

12 REQUIÃO, op. cit.

13 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, vol. III.

Em que pese a importância dos defensores de ambos os posicionamentos sobre o tema, parece razoável admitir, para a hipótese em discussão, o direito do credor de boa-fé ter resguardado seu interesse, possibilitando-se a restituição do bem e, assim, que sua boa-fé material supere aspectos estritamente formais.

Outra questão interessante diz respeito à venda ocorrida anteriormente ao requerimento de falência, com a entrega da coisa na data do requerimento ou poucos dias após o seu protocolo.

Em se tratando de credor de boa-fé, que confiou no devedor e não sabia, ou tinha condições de saber, do requerimento falimentar, Rubens Requião¹⁴ entendia presentes os requisitos para a restituição, sendo, uma vez mais, contrariado pelo posicionamento de Trajano Miranda Valverde¹⁵, em sentido diverso.

Convém registrar que a teleologia da Lei Falimentar é a de resguardar a boa-fé do credor e inibir eventual má-fé do devedor, devendo-se orientar a interpretação e aplicação dos seus institutos a partir desse ponto de vista, sem, contudo, perder de vista que a restituição extraordinária, como o próprio termo indica, não deve admitir interpretações extensivas.

2.2.2. Restituição decorrente de adiantamento de contrato de câmbio.

A segunda hipótese de restituição especial está prevista no artigo 86, II, da Lei nº 11.101/05, que estabelece a restituição em dinheiro “da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do artigo 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais

14 REQUIÃO, op. cit.

15 VALVERDE, op. cit.

prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente”.

Por uma questão de política pública, a Lei nº 4.728/65 já estabelecia no artigo 75, §3º que “No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior”.

Sobre o tema, destaque-se, ainda, a Súmula nº 133, STJ, que estabelece que “a restituição da importância adiantada, à conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata”.

Tal Súmula encontra-se atualmente prejudicada, tendo sido substituída pela Súmula nº 307, STJ, a qual dispõe que: “A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito”.

Tais conceitos encontram-se, atualmente, estampados no mencionado artigo 86, II, da Lei nº 11.101/05.

2.2.3. Valores recebidos pelo falido, em decorrência da boa-fé do outro contratante.

O artigo 86, III, Lei nº 11.101/05, estabelece a restituição em dinheiro “dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei”.

Trata-se, assim, de um mecanismo de coibição do enriquecimento sem causa da massa falida, permitindo-se ao contratante de boa-fé reaver os valores gastos no âmbito de contratos cuja validade e eficácia foram posteriormente revistas.

Apesar do mencionado dispositivo legal fazer referência expressa ao disposto no artigo 136, Lei nº 11.101/05, convém registrar o

entendimento de que tal referência deve ser reinterpretada, à luz dos elementos dispostos em lei.

Com efeito, o artigo 130, Lei nº 11.101/05, dispõe acerca dos atos revogáveis, cuja caracterização depende da demonstração de “conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar”.

Portanto, para essa hipótese, não há que se falar em contratante de boa-fé, sendo inaplicável o disposto no artigo 86, III, Lei nº 11.101/05.

Sendo assim, o dispositivo legal em tela deve disciplinar exclusivamente a hipótese de restituição especial de bens entregues ao devedor nos casos de ineficácia do contrato celebrado, conforme dispõe o artigo 129, Lei nº 11.101/05, demonstrada a boa-fé do contratante, revendo-se a parte final do artigo 86, III, Lei nº 11.101/05.

2.3. Procedimento do pedido de restituição.

O pedido de restituição deverá ser formulado pelo seu titular, em atenção aos requisitos previstos nos artigos 87, Lei nº 11.101/05 e 282, CPC, fundamentando, com base nos elementos dispostos nos itens acima, a sua pretensão, descrevendo de forma precisa o bem objeto da restituição e distribuindo-se por dependência ao processo de falência.

Tal pedido de restituição suspenderá a disponibilidade da coisa até o trânsito em julgado desse incidente processual, na forma do art. 91, Lei nº 11.101/05.

Recebido o pedido, o juiz mandará autuá-lo em separado, com os documentos a ele acostados, e determinará a intimação do falido, do Comitê de Credores, dos credores e do administrador judicial para que, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, se manifestem, valendo como contestação a manifestação contrária à restituição.

Em seguida, contestado o pedido e deferidas as provas porventura requeridas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, se necessária. Caso julgue madura a causa para decidir, sem a necessidade de produção de provas, poderá julgá-la de imediato, sendo os autos conclusos para sentença.

Caso não haja contestação, a massa não será condenada ao pagamento de honorários advocatícios, quando do julgamento de procedência do pedido. Trata-se de regra especial, em benefício da massa falida, a qual, todavia, não a isenta de arcar com as custas processuais, na forma do art. 84, III, Lei nº 11.101/05.

A sentença poderá: (i) reconhecer o direito do requerente, hipótese em que determinará a entrega da coisa no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (se houver diversos requerentes a serem satisfeitos em dinheiro e não existir saldo suficiente para o pagamento integral, far-se-á rateio proporcional entre eles); ou (ii) negar a restituição, determinando, sem sendo o caso, a inclusão do requerente no quadro geral de credores, na classificação que lhe couber, na forma da Lei nº 11.101/05, na forma dos artigos 88 e 89, Lei nº 11.101/05.

Em qualquer dos casos, caberá apelação sem efeito suspensivo, na forma do art. 90, Lei nº 11.101/05, sendo permitido ao autor do pedido de restituição que pretender receber o bem ou a quantia reclamada antes do trânsito em julgado da sentença caucionar o Juízo e retirar o bem.

Para fins de evitar o enriquecimento sem causa do requerente, às custas da massa falida, a Lei estabelece o dever do requerente que obtiver êxito no seu pedido de ressarcir a massa falida pelas despesas de conservação da coisa reclamada, sendo conferido ao credor desse ressarcimento direito de retenção do bem, até a sua satisfação.

2.4. Embargos de terceiro.

Conforme disposto no artigo 93, Lei nº 11.101/05, “nos casos em que não couber pedido de restituição, fica resguardado o direito

dos credores de propor embargos de terceiros, observada a legislação processual civil”.

Como disposto detalhadamente nos itens acima, as hipóteses previstas em lei para o pedido de restituição são especificamente disciplinadas, não mais se tratando, como no Decreto-Lei nº 7.661/45, de uma faculdade do devedor escolher entre o pedido de restituição ou os embargos de terceiro.

Portanto, outros casos, que não os previstos na Lei falimentar, devem ser objeto de embargos de terceiro, na forma dos artigos 1.046 e seguintes do Código de Processo Civil ainda em vigor.

Para fins de exemplificar tal situação, destaque-se a hipótese em que se busque a defesa da posse, ameaçada em razão da falência do devedor, a qual deverá ser objeto de embargos de terceiro, não de pedido de restituição, visto que não preenche os requisitos da Lei nº 11.101/05 para embasar tal pedido.

Conclusão.

Tendo em vista o exposto ao longo deste trabalho, pode-se concluir que:

(i) o Decreto-Lei nº 7.661/45 disciplinava o direito à restituição nos artigos 76 a 79, destacando como pressupostos para a medida a existência de coisa arrecadada em poder do falido e o direito de terceiro sobre tal coisa em virtude de direito real ou pessoal;

(ii) a legislação brasileira não admite a composição amigável e a resolução administrativa de pedidos de restituição, devendo o tema obrigatoriamente sujeitar-se à apreciação e ao crivo do Poder Judiciário;

(iii) na restituição ordinária, disciplinada no artigo 85, *caput*, Lei nº 11.101/05, o titular de direito real de propriedade sobre o bem arrecadado, juntando as provas do domínio e da posse injusta pela

massa falida, após a arrecadação ou se o bem se encontrava em poder do falido, pleiteia judicialmente a restituição de seus bens;

(iv) dentre as principais situações que podem ensejar o pedido de restituição ordinária destacam-se: (a) alienação fiduciária em garantia; (b) cessão fiduciária de direitos creditórios; (c) arrendamento mercantil; (d) mandato e comissão; (e) comodato; (f) contrato estimatório; e (g) restituição de dinheiro em poder do falido;

(v) com relação à produção de efeitos por parte de cláusula de resolução de pleno direito de contratos em caso de falência, destaque-se o evidente conflito de princípios: (a) de um lado, os credores defendem o princípio da autonomia da vontade, de forma que o contrato deva ser cumprido; e (b) de outro, entende-se que o afastamento dessa cláusula resolutória de pleno direito representaria a concretização da função social do contrato (prevista no artigo 421, Código Civil) e do interesse social, pois o administrador judicial toma a decisão conforme o melhor interesse da massa falida, dando aplicação prática ao princípio da preservação da empresa estampado no art. 75, Lei nº 11.101/05;

(vi) vislumbram-se, portanto, sólidos argumentos para ambos os lados, embasados em entendimentos e raciocínios de elevado grau técnico e precisão doutrinária, motivo pelo qual recomenda-se ao operador do direito que antecipe os efeitos positivos e negativos da inclusão de cláusula nesse sentido em seus respectivos instrumentos contratuais;

(vii) além da restituição ordinária, a Lei nº 11.101/05 disciplina, ainda, outras hipóteses de pedido de restituição, com base em outros elementos que não o direito real de propriedade sobre o bem objeto de arrecadação pelo administrador judicial, sendo: (a) restituição de coisa vendida a crédito, prevista no artigo 85, parágrafo único, Lei nº 11.101/05; (b) restituição decorrente de adiamento a contrato de câmbio; e (c) valores recebidos pelo falido, em decorrência da boa-fé do outro contratante;

(viii) o pedido de restituição, como incidente processual, deve seguir ao procedimento previsto na Lei nº 11.101/05 e no Código de Processo Civil para a sua regular apreciação pelo Poder Judiciário; e

(ix) nos casos em que não é cabível o pedido de restituição, o titular do direito deve opor embargos de terceiro, na forma dos artigos 1.046 e seguintes do Código de Processo Civil ainda em vigor.