

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 34

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 2024

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

EDITORES: Sérgio Campinho (Graduação, UERJ, Brasil) e Mauricio Moreira Menezes (Doutor, UERJ, Brasil).

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Doutor, UERJ, Brasil), Ana Frazão (Doutora, UNB, Brasil), António José Avelãs Nunes (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Carmen Tiburcio (Doutora, UERJ, Brasil), Fábio Ulhoa Coelho (Doutor, PUC-SP, Brasil), Jean E. Kalicki (Doutor, Georgetown University Law School, Estados Unidos), John H. Rooney Jr. (Doutor, University of Miami Law School, Estados Unidos), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Luiz Edson Fachin (Doutor, UFPR, Brasil), Marie-Hélène Monsérié-Bom (Doutora, Université Paris 2 Panthéon-Assas, França), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (Doutor, USP, Brasil), Peter-Christian Müller-Graff (Doutor, Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha) e Werner Ebke (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto (Doutor, UERJ, Brasil) e Mariana Pinto (Doutora, UERJ, Brasil) – Coordenadores. Guilherme Vinseiro Martins (Doutor, UFMG, Brasil), Leonardo da Silva Sant’Anna (Doutor, FIOCRUZ, Brasil), Livia Ximenes Damasceno (Mestre, Centro Universitário Christus, Brasil), Mariana Campinho (Mestre, Columbia Law School, Estados Unidos), Mariana Pereira (Pós-graduada, UERJ, Brasil), Mauro Teixeira de Faria (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Nicholas Furlan Di Biase (Mestre, UERJ, Brasil) e Rodrigo Cavalcante Moreira (Mestre, UERJ, Brasil).

PARECERISTAS DESTES NÚMERO: Angelo Prata de Carvalho (Doutor, UnB, Brasil), Carlos Eduardo Koller (Doutor, PUC-PR, Brasil), Fernanda Versiani (Doutora, UFMG, Brasil), Gerson Branco (Doutor, UFRS, Brasil), Jacques Labrunie (Doutor, PUC-SP, Brasil), Maíra Fajardo Linhares Pereira (Doutora, UFJF, Brasil), Marcelo de Andrade Féres (Doutor, UFMG, Brasil), Marcelo Luar Leite (Doutor, UFERSA, Brasil), Rafael Vieira de Andrade de Sá (Mestre, FGV-SP, Brasil), Raphaela Magnino Rosa Portilho (Doutora, UERJ, Brasil), Ricardo Villela Maíra Alves da Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri (Doutor, UFJF, Brasil), Thalita Almeida (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Uínie Caminha (Doutora, UNIFOR, Brasil) e Victor Willcox de Souza Rancaño Rosa (Doutor, UERJ, Brasil).

Contato: Av. Rio Branco, nº 151, grupo 801, Centro – Rio de Janeiro-RJ. CEP: 20.040-006. E-mail: rsde@rsde.com.br ou conselho.executivo@rsde.com.br. Telefone (21) 3479-6100.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — nº 34 (janeiro/junho 2024)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)



Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento
pela mesma Licença

O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO NA FALÊNCIA APÓS A REFORMA PROMOVIDA PELA LEI Nº 14.112/2020: PROTEÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE OU TRATAMENTO PRIVILEGIADO A CREDORES?¹

THE RECLAMATION CLAIM IN BANKRUPTCY AFTER THE REFORM PROMOTED BY LAW NO. 14.112/2020: PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS OR PRIVILEGED TREATMENT FOR CREDITORS?

*Luís Armando Saboya**

Resumo: O presente artigo busca analisar, perfunctoriamente, a evolução do pedido de restituição e de sua finalidade na legislação falimentar brasileira. Para tanto, traça um paralelo entre (i) a evolução normativa do instituto, a partir do Decreto-Lei 7.661/1945,² e das Leis 11.101/2005 e 14.112/2020; e (ii) o tratamento jurisprudencial dado à matéria, especialmente quanto a eventual influência que os precedentes tiveram nas reformas das Leis de Falências, de modo a identificar se o instituto sofreu alterações em sua finalidade de modo a beneficiar um grupo de credores.

Palavras-chave: Falência. Pedido de Restituição. Decreto-Lei 7.661/1945. Lei 11.101/2005. Lei 14.112/2020.

Abstract: This article aims to provide a perfunctory analysis of the evolution of the reclamation claim and its purpose within the Bra-

1 Artigo recebido em: 29.07.2023 e aceito em 22.07.2024.

* Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. *Visiting Research Scholar* na *University of Michigan*. Mestre em Direito Constitucional – com foco nas relações privadas – pela Universidade de Fortaleza. Advogado. E-mail: luissaboya@hotmail.com.

2 A partida do Decreto-Lei 7.661/1945 foi propositalmente realizada para delimitação do objeto de estudo.

zilian bankruptcy legislation. To achieve this, it draws a parallel between (i) the normative evolution of the institute, from Decree-Law 7.661/1945 to Laws 11.101/2005 and 14.112/2020; and (ii) the jurisprudential treatment given to the matter, especially concerning any influence that precedents may have had on the reforms of the Bankruptcy Laws, in order to identify whether the institute underwent changes in its purpose to benefit a group of creditors.

Keywords: Bankruptcy. Reclamation claim. Decree-Law 7,661/1945. Law 11,101/2005. Law 14,112/2020.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. O pedido de restituição na legislação falimentar. 2.1. Decreto-Lei 7.661/1945. 2.2. Lei 11.101/2005. 2.3. Lei 14.112/2020. 3. Conclusões. 4. Referências.

1. Considerações Iniciais.

A “propriedade” enquanto fenômeno jurídico possui enorme relevância, pois se trata de um direito oponível a pessoas (físicas ou jurídicas) e, especialmente, ao Poder Estatal, flexibilizado apenas e tão somente em situações excepcionais. Embora não se possa precisar a origem da propriedade³, sua regulamentação ganha força em resposta ao absolutismo estatal, elevando o “direito de propriedade” à primeira dimensão dos direitos fundamentais.

Segundo Bonavides,⁴ “*os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma*

3 Assis, ao analisar a evolução do direito de propriedade nos textos constitucionais, aponta que “não é exagero afirmarmos que a propriedade nasce junto com o indivíduo, quase como algo inato do ser humano” (2008, p. 782).

4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563.

subjetividade que é seu traço mais característico". Em conclusão, o autor sustenta que os direitos de primeira dimensão são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.⁵

O direito à propriedade, portanto, assegura ao indivíduo proteção quanto a eventuais arbitrariedades perpetradas, dentre outros, pelo Estado. Por outro lado, exige deste mesmo Estado a criação de mecanismos que garantam aos indivíduos seu pleno exercício, contra si e contra terceiros, de modo a oferecer proteção e segurança à propriedade enquanto direito fundamental.

O Código Civil brasileiro garante ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la do poder de quem a possua ou detenha injustamente⁶. Desse modo, o ordenamento jurídico deve garantir o exercício dos direitos inerentes à propriedade e, em paralelo, a retomada da coisa quando estiver indevidamente em poder de terceiro.

Ademais, o direito de propriedade não está restrito às pessoas físicas. Pessoas jurídicas em geral podem ser proprietárias de bens móveis e imóveis. No caso das sociedades empresárias, os bens de sua propriedade formam o estabelecimento e se destinam à consecução de seu objeto social, garantindo-lhe a formação de patrimônio que não se confunde com o de seus sócios.

No caso de uma sociedade empresária ter sua falência decretada, os bens de propriedade do falido passam a ser administrados pelo administrador judicial da massa falida.⁷⁻⁸ Ato contínuo à assina-

5 O caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988, atualmente vigente, elenca o direito de propriedade como direito fundamental ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança.

6 Conforme art. 1.228, "[o] proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha."

7 O termo "administrador judicial" será preferencialmente utilizado, por se tratar da nomenclatura utilizada pela Lei 11.101/2005 (atual lei de falências), sem prejuízo à utilizado da expressão "síncico" quando do estudo do Decreto-Lei 7.661/1945.

tura do termo de compromisso, cabe ao administrador judicial a arrecadação dos bens de propriedade do falido que passarão a compor a massa.

O ato de arrecadação deve ser feito de forma célere, uma vez que a preservação dos ativos é o principal fator de proteção aos credores – destinatários finais do produto de sua venda. Nesse sentido, deve o administrador judicial arrecadar o máximo de bens possível, inclusive com possibilidade de lacração do estabelecimento, lavrando auto de arrecadação a ser apresentado nos autos da falência.

Diante dessa dinâmica e da necessidade de proteção aos interesses dos credores, é comum a hipótese de arrecadação de bem de terceiro, que esteja no estabelecimento da sociedade falida, pelo administrador judicial. Para proteger o direito de propriedade, a legislação falimentar disciplina instituto próprio cuja finalidade é permitir que o proprietário de bem arrecadado indevidamente em processo de falência possa reavê-lo, denominado de “pedido de restituição”.⁹

Partindo das premissas acima, o presente artigo busca analisar, perfunctoriamente, o tratamento legal dado pela legislação falimentar brasileira ao pedido de restituição e sua adequação à finalidade de proteção do direito de propriedade. Para delimitação do estudo, utilizou-se como ponto de partida o Decreto-Lei 7.661/1945, passando, na sequência, à Lei 11.101/2005 (“LFRE”) e, por fim, às alterações promovidas pela Lei 14.112/2020, para que se possa entender (i) a evolução legal da matéria; (ii) se houve contribuição por parte da jurisprudência para tanto; e (iii) se há outras leis que disciplinam o instituto, avaliando-se se existe convergência entre sua adequação, seus limites e sua finalidade original.

8 Conforme art. 103 da Lei 11.101/2005, “[d]esde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.”

9 A palavra restituição tem origem no termo latino *restitutio.onis*, significando “restituir”, “reestabelecer”, “devolver”, “retornar ao estado original” ou “reembolsar uma quantia em dinheiro”.

2. O pedido de restituição na legislação falimentar.

Para que se entenda o instituto do pedido de restituição atualmente regulamentado pela LFRE, faz-se necessária uma análise de sua evolução histórica. Por opção, elegeu-se o Decreto-Lei 7.661/1945 como ponto de partida, uma vez que a lei em questão regulamentou o instituto por aproximadamente 60 (sessenta) anos, período que representa estabilidade, mas que contou com a contribuição de tribunais superiores para solucionar novas questões que surgiram ao longo do tempo.

2.1. Decreto-Lei 7.661/1945.

O Pedido de Restituição foi disciplinado pelos arts. 76 e seguintes do Decreto-Lei 7.661/1945. De acordo com a regra geral, poderia ser pedida a restituição de coisa arrecadada em poder do falido devida em virtude de direito real ou de contrato. Ainda que alienada, restava possível pedir sua restituição. A legislação também autorizava o pedido de restituição de coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não alienadas pela massa.¹⁰

De acordo com a redação do art. 76, o legislador não utilizou as expressões “proprietário” ou “propriedade”, mas preferiu autorizar o pedido de restituição a bens devidos em virtude de direito real¹¹ ou

10 Art 76. Pode ser pedida a restituição de coisa a arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato.

§ 1º A restituição pode ser pedida, ainda que a coisa já tenha sido alienada pela massa.

§ 2º Também pode 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.

11 Para que se tenha exata compreensão da amplitude do instituto, o atual Código Civil brasileiro elenca como direitos reais (I) a propriedade; (II) a superfície; (III) as servidões; (IV) o usufruto; (V) o uso; (VI) a habitação; (VII) o direito do promitente comprador do imóvel; (VIII)

de contrato. Garantiu, também, que o indivíduo que teve bem indevidamente arrecadado poderia pedir a restituição ainda que a coisa tivesse sido alienada, como forma de (i) proteger os interesses do titular do direito real; (ii) conferir segurança jurídica às alienações realizadas dentro dos processos de falência; e (iii) coibir o enriquecimento sem causa das massas falidas.

Nota-se ampliação do instituto pelo Decreto-Lei 7.661/1945 quando prevê a possibilidade de pedido de restituição de coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento da falência, caso não alienadas pela massa. Entende-se o dispositivo como tentativa do legislador de reduzir o cometimento de fraudes pelo falido que, na iminência de um pedido de falência, faria aumento de estoque a crédito como mecanismo para obter vantagem indevida e prejudicar fornecedores. No entanto, deve-se pontuar que a restituição, nesta hipótese, não seria de coisa de terceiro, porquanto a propriedade da coisa ter se transferido pela tradição¹², restando apenas uma relação creditória entre as partes.

Ao longo do tempo, a jurisprudência tratou de regulamentar situações que nasceram a partir da evolução do direito comercial e do desenvolvimento de novas operações.¹³ A primeira divergência surgiu quanto ao início da contagem do prazo do art. 76, §2º do Decreto-Lei 7.661/1945: para que a restituição ocorresse, a partir de quando deveria ser contado o prazo definido no dispositivo? Houve quem sustentasse que esse prazo deveria ser considerado da remessa da

o penhor; (IX) a hipoteca; (X) a anticrese; (XI) a concessão de uso especial para fins de moradia; (XII) a concessão de direito real de uso; e (XIII) a laje.

12 De acordo com o Código Civil brasileiro “a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição” (art. 1.267).

13 A jurisprudência é importante instrumento de dissolução de controvérsias que a legislação, por limitações estruturais, leva mais tempo a solucionar, servindo de solução imediata para a interpretação de normas e de resposta para novos dilemas. Nas palavras de Hayek (1990, p.95), “um sistema eficaz de concorrência necessita, como qualquer outro, de uma estrutura legal elaborada com inteligência e sempre aperfeiçoada”.

coisa, e não de sua entrega (como expressamente previsto na legislação).

Para pôr fim ao debate em questão, o Supremo Tribunal Federal elaborou o enunciado de Súmula 193 em 13/12/1963, dispondo que “*para a restituição prevista no art. 76, § 2º, da lei de falências, conta-se o prazo de quinze dias da entrega da coisa e não da sua remessa*”. A solução, além de seguir o texto da lei, confere ao vendedor maior proteção – sendo este o intuito da norma –, por dar início ao prazo somente quando o devedor efetivamente tomava posse do bem a ser restituído.

Pouco tempo depois, em 1/6/1964, o Supremo Tribunal Federal editou novo enunciado de Súmula, desta vez o de nº 417, que ampliou a lista de bens a serem objeto de pedido de restituição na falência ao dispor 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*”.

O enunciado foi elaborado para – tentar – resolver tema complexo relacionado ao dinheiro de terceiro em posse do falido que foi arrecadado. Em razão da fungibilidade do dinheiro enquanto bem móvel, há dificuldade prática para se identificar se o dinheiro em caixa na decretação da falência caberia à massa falida e, conseqüentemente, aos seus credores, ou a terceiros (enquanto fruto de indevida retenção).¹⁴

Outro caso similar ocorre no direito tributário, quando um terceiro não vinculado ao fato gerador se torna responsável pelo pagamento de um tributo. Apesar de não ser contribuinte diretamente,

14 A hipótese é comum em casos em que uma empresa tem em seu objeto administrar dinheiro de terceiros, a exemplo de instituições financeiras. Segundo Lima e Lima (2010, p. 1.244), “entendemos que, na falência de um banco comercial, como o Banco do Progresso S.A., os valores de depósitos em contas-correntes à vista, a prazo e em poupança: (1.º) podem ser objeto de pedido de restituição, com base no art. 76 do Dec.-lei 7.661/1945; e, se forem, o pedido deve ser deferido”.

esse terceiro se torna, por força de lei, responsável pela realização de pagamento junto ao fisco, a exemplo do que acontece no imposto de renda, no qual o agente contratante é quem recolhe o valor do imposto e o repassa à Fazenda Pública.¹⁵

O STF, em 3/12/1969, elaborou novo enunciado referente ao art. 76, §2º do Decreto-Lei 7.661/1945, desta vez para apontar que “*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*” (Enunciado de Súmula nº 495).

Mais uma vez, o STF ampliou a proteção do fornecedor da coisa vendida a crédito em período imediatamente anterior à falência, desta feita para permitir que a restituição fosse devida ainda que o bem adquirido tivesse sido consumido ou transformado, o que significa dizer que a proteção só seria afastada se o falido efetivamente alienasse a coisa, quando o objeto da venda supostamente passaria a integrar a massa falida, hipótese em que o legislador afastou a presunção de fraude.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça dispôs, em seu enunciado nº 307, de 15/12/2004, que “*a restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito*”. De início, deve-se esclarecer que o Adiantamento de Contrato de Câmbio (ACC) é uma modalidade de contrato de financiamento que serve para proteger o exportador de bens que recebe pagamentos em moeda estrangeira, permitindo-lhe antecipar seu fluxo de caixa e reduzir os riscos de oscilação cambial, conferindo maior segurança à sua operação.¹⁶

15 De acordo com a Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), em seu art. 128, “a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

16 Segundo Sacramone (2021, p. 446), “em razão da exportação de seus produtos, o empre-

O contrato de câmbio é regulado pela Lei 4.728/1965, que disciplina o mercado de capitais. É ela que, em seu art. 75¹⁷, prevê a possibilidade de restituição referente ao adiantamento desses contratos. Portanto, o STJ, ao editar o enunciado em questão, não criou outra hipótese de restituição, mas ratificou a preferência da restituição dos valores decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio (a disposto do que diz a Lei de Mercado de Capitais) sobre o pagamento dos demais créditos.

Entre enunciados de súmulas de tribunais superiores e legislações esparsas trazendo novas possibilidades para os pedidos de restituição em processo de falência – decorrentes especialmente da busca de proteger determinadas situações jurídicas como as acima vistas, a exemplo (i) do ACC; (ii) do fornecimento de bens às vésperas do pedido de falência; e (iii) da indevida apropriação de valores de terceiros para o custeio de impostos –, elaborou-se o Projeto de Lei nº 4.376/1993, de relatoria do Deputado Osvaldo Biolchi. Referido projeto deu origem à Lei 11.101/2005, que, a partir das contribuições dos tribunais superiores (STF e STJ – conforme visto nos enunciados de súmula apresentados), ampliou as hipóteses dos pedidos de restituição.

sário exportador deverá, para internalizar os recursos em moeda nacional decorrente do pagamento pelo importador em moeda estrangeira, realizar um contrato de câmbio com instituição financeira. Como o pagamento da mercadoria exportada poderá ser diferido ou mesmo poderá demorar da celebração do contrato até a efetiva entrega da mercadoria no local onde estipulado, o exportador poderá necessitar de recursos financeiros para continuar a desenvolver suas atividades até que o pagamento seja efetuado. Possível, assim, celebrar com a instituição financeira adiantamento de contrato de câmbio (ACC), em que a instituição financeira adianta ao exportador, em moeda nacional, os recursos que este receberá em moeda estrangeira do importador.”

17 Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva. [...]

§ 2º Pelo mesmo rito, serão processadas as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato, com anuência do vendedor.

§ 3º No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior.

2.2. Lei 11.101/2005.

A proposta de uma nova Lei de Falências foi enviada pelo Poder Executivo federal à Câmara dos Deputados em 22 de dezembro de 1993. Na exposição de motivos, assinada pelo Ministro da Justiça Maurício Corrêa, afirmou-se que “*com as transformações econômico-sociais ocorridas no País, a legislação falimentar não mais atende aos reclamos da sociedade, fazendo-se necessária a edição de nova lei, mais ágil e moderna*”. Em resumo, o Brasil buscou alinhar-se aos ordenamentos jurídicos internacionais, criando uma legislação concursal capaz de (i) conferir mecanismos de recuperação ao empresário em dificuldades financeiras; e (ii) realocar de forma eficiente os ativos em caso de falência.¹⁸

Seguindo o intuito de atualização da lei, o pedido de restituição, embora mantido, foi alvo de mudanças relevantes. A primeira delas foi em relação ao titular ao direito de restituição. Conforme art. 85 da Lei 11.101/2005, “*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*”. O pedido de restituição deixou de caber aos titulares de direitos reais e passou a ser exclusividade de proprietários de bens indevidamente arrecadados em processos de falência.¹⁹

Esclareça-se que ao proprietário fiduciário também é resguardado o direito de pedir a restituição de bem fiduciariamente alienado

18 Caso haja interesse no aprofundamento da origem da Lei 11.101/2005, dediquei o primeiro capítulo de livro de minha autoria, denominado “Dez anos de contribuição do Superior Tribunal de Justiça à aplicação da Lei de Falência e Recuperação de Empresas no Brasil”, à descrição de seu processo legislativo.

19 De acordo com Sacramone, “*O pedido de restituição é o meio pelo qual os proprietários de bens arrecadados pela Massa Falida, móvel ou imóvel, material ou imaterial, poderão exercer seu direito de seqüela em razão da titularidade do bem. É instrumento de efetivação da garantia fundamental à propriedade, como direito constitucional, no procedimento falimentar*”. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 443.

em caso de falência do devedor alienante. Embora o direito à restituição seja premissa do próprio direito de propriedade, o Decreto-Lei 911/1969 já dispunha de tal previsão expressamente, reforçando este modelo de garantia em favor de negócios jurídicos celebrados a prazo.²⁰

A regra definida pelo art. 76, §2º do Decreto-Lei 7.661/1945 foi replicada pelo art. 85, parágrafo único, de sua substituta. Assim, o fornecedor de produto a crédito entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento da falência pode pedir a restituição se a coisa não tiver sido alienada. Mantido o termo “entrega”, depreende-se que o esclarecimento feito pelo STF na Súmula 193 permanece aplicável: a contagem do prazo não deve ser realizada da remessa da coisa.

A Lei 11.101/2005 trouxe, em seu art. 86, opções de restituição em dinheiro, quais sejam (i) se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição; (ii) da importância entregue ao devedor em razão de adiantamento de contrato de câmbio, respeitado o prazo de exportação; e (iii) dos valores entregues ao contratante de boa-fé nas hipóteses de revogação e ineficácia do contrato. O artigo protege, em especial, as instituições financeiras, garantindo-lhes recebimento antes dos credores concursais em modelos de concessão de crédito por meio de alienação fiduciária em garantia ou arrendamento mercantil, por exemplo.

O inciso II do art. 86 da Lei 11.101/2005 regulamentou a questão do ACC, já tratada na Lei 4.728/1965, em seu art. 75. Nesse ponto, a legislação guarda simetria com o ordenamento jurídico e ratifica as disposições na Lei de Mercado de Capitais. Ao fazer isso, reforça o teor de que o capital transferido ao exportador por meio de Adiantamento sobre Contrato de Câmbio, em tese, não transferiria sua propriedade, tratando-se de uma segurança contra flutuação cambial ao exportador, mas com restrições.

20 Art 7º Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.

O ACC é um contrato típico pelo qual uma instituição financeira antecipa ao exportador o pagamento de um valor que só lhe seria devido quando do recebimento da mercadoria pelo contratante, antecipando-se o crédito. Além de evitar flutuação cambial, a modalidade garante ao exportador a antecipação do pagamento a ser recebido pela exportação, que somente ocorre quando da entrega da coisa.

A lei faz a ressalva de que, para que a restituição seja devida, o prazo de exportação regulamentado pela autoridade competente seja respeitado. Atualmente, encontra-se em vigor a Circular nº 4.002/2020 do Banco Central. Ela unificou os prazos de exportação da mercadoria e liquidação da operação, que hoje é de 1500 dias. Antes, o prazo de exportação era de 360 dias da contratação, e o de liquidação era de 750 dias.

O inciso III do art. 86 também guarda simetria com o ordenamento jurídico, especificamente com a própria Lei 11.101/2005, ao proteger aqueles que de boa-fé contrataram com o falido quando este, em razão da quebra iminente, realizou negócios jurídicos ineficazes ou revogáveis.²¹ Nestes casos, o terceiro de boa-fé perderá a propriedade do bem adquirido para a massa falida e poderá contra ela pedir a restituição do valor investido na transação.

Melhor sorte não teve o instituto jurídico dos empréstimos consignados. A Lei 10.820/2003, que o regulamenta, traz a possibilidade de pedido de restituição à instituição consignatária no caso de falência do empregador, entendendo que o dinheiro retido do empregado e não repassado não pode ser considerado bem da massa, como já definido pela Súmula 417 do STF.²² Perdeu o legislador a

21 A Secção IX da Lei 11.101/2005 (arts. 129 a 138) trata da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência.

22 Art. 5º O empregador será o responsável pelas informações prestadas, pelo desconto dos valores devidos e pelo seu repasse às instituições consignatárias, que deverá ser realizado até o quinto dia útil após a data de pagamento ao mutuário de sua remuneração disponível.

§ 4º No caso de falência do empregador, antes do repasse das importâncias descontadas dos mutuários, fica assegurado à instituição consignatária o direito de pedir, na forma prevista em lei, a restituição das importâncias retidas.

oportunidade de erradicar qualquer dúvida sobre a matéria, incorporando dispositivo anterior da legislação que autoriza descontos de prestações em folha de pagamento à Lei 11.101/2005.

2.3. Lei 14.112/2020.

A Lei 11.101/2005, embora sucessora do Decreto-Lei 7.661/1945, que esteve vigente por aproximadamente 60 (sessenta) anos, não gozou da mesma estabilidade de seu antecessor. Já no mesmo ano de sua vigência, foi apresentado o Projeto de Lei 6.229/2005 para alterá-la. Por regras do processo legislativo, os projetos de lei posteriores que buscaram modificar a Lei de Falências foram apensados ao PL em questão, cuja relatoria ficou a cargo do Deputado Hugo Leal.

Destaque-se o Projeto de Lei 10.220/2018, que foi apresentado pelo Poder Executivo federal e serviu de base para a Lei 14.112/2020. Dentre os principais pontos de ajuste em relação à falência, estavam a celeridade na arrecadação e venda de bens e o encerramento das obrigações do falido para que este pudesse exercer novamente atividade empresarial sem qualquer restrição.

Quanto ao pedido de restituição, porém, a legislação não passou por alterações relevantes. Segundo Bezerra Filho (2022, RL-1.18):

As extensas alterações feitas na LFRE a partir da promulgação da Lei nº. 14.112/2020 afetaram minimamente esta Seção III do Capítulo V, que cuida do pedido de restituição e que abrange os arts. 85 a 93. A reforma adicionou o inciso IV do art. 86 e revogou o parágrafo único desse mesmo artigo.²³

23 Art. 86, Inciso IV - às Fazendas Públicas, relativamente a tributos passíveis de retenção na fonte, de descontos de terceiros ou de sub-rogação e a valores recebidos pelos agentes arre-

Em termos práticos, o inciso adicionado normatizou a regra da Súmula 417 do STF para os casos em que o recolhimento de valores na folha do empregado deveria ter sido transferido em favor da Fazenda Pública, a exemplo do que acontece no Imposto de Renda e nas contribuições previdenciárias. Os casos se assemelham aos dos empréstimos consignados, em que se presume que o empregador falido que recolheu o valor de seu empregado e não o repassou a quem de direito não deteve para si a propriedade do dinheiro, devendo este ser restituído ao seu titular.

Após a Súmula 417 do STF, esta divergência foi tratada e solucionada pela jurisprudência de outros tribunais²⁴. Pelo entendimento majoritário anterior à reforma, era possível que a Fazenda Pública fizesse o pedido de restituição desses valores mesmo que não houvesse prova de sua efetiva arrecadação, o que contraria a própria lógica finalística do instituto.

Destarte, de acordo com a jurisprudência que se formou ao longo do tempo, o pedido de restituição poderia ser utilizado pelo Erário para receber dinheiro referente à venda de bens na falência (vez que o pedido independente de arrecadação), cuja titularidade é dos credores da massa, colocando-os em extrema desvantagem em relação à Fazenda Pública. A depender do valor não repassado pelo falido, não seria estranho imaginar uma falência em que todo o ativo seja utilizado para o pagamento de um pedido de restituição feito com base neste entendimento.

cadadores e não recolhidos aos cofres públicos.

24 As Câmaras Reservadas de Direito Empresarial consolidaram seu entendimento a favor da Fazenda Pública antes da reforma da Lei 11.101/2005. Para o TJSP, era cabível o pedido de restituição nos casos de recolhimento e ausência de repasse de valores a título de Imposto de Renda ou contribuições previdenciárias, independentemente da prova de que os valores haviam sido arrecadados (a título de exemplo os recursos nº 3005116-42.2013.8.26.0272, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; e nº 0054685-65.2011.8.26.0100, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). No STJ, adotou-se entendimento semelhante, inclusive quanto à dispensa de prova da arrecadação para deferimento do pedido (AREsp 1.483.779/SP, julgado em 19/09/2019).

Por outro lado, a Lei 14.112/2020 foi omissa às regras definidas pela jurisprudência, limitando-se a permitir o pedido de restituição à Fazenda Pública. Com isso, manteve-se a possibilidade jurisprudencialmente construída de deferimento de pedido de restituição sem a arrecadação do bem a ser restituído, o que contraria a finalidade do instituto e traz severos prejuízos ao concurso de credores.

3. Conclusões.

O pedido de restituição é um instituto jurídico criado para proteger o proprietário de bem indevidamente arrecadado em processo de falência, permitindo-lhe ingressar em juízo para reaver a coisa arrecadada e, com isso, impedir que ela seja incorporada aos bens da massa falida, que serão vendidos para satisfação dos créditos habilitados. Há acerto do legislador ao definir um mecanismo próprio de proteção à propriedade de terceiros no processo falimentar, uma vez que se trata de direito fundamental de primeira dimensão e, portanto, justifica-se o tratamento especial.

Ao longo do tempo, ele passou por relevante ampliação, cabendo não só contra arrecadação indevida de bens de terceiro, mas quando, dentre outros, (i) houver a venda de bens a crédito entregues ao falido nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento da falência (se não alienada); (ii) for entregue dinheiro ao falido em razão de adiantamento de contrato de câmbio – respeitado o prazo legal da operação; e (iii) forem retidos indevidamente valores de terceiros que o falido deveria ter arrecadado e repassado à Fazenda Pública.

Referida ampliação, ainda que legitimamente justificada pela busca da proteção a terceiros contra atos fraudulentos praticados dolosamente pelo empresário em vias de sofrer pedido de falência, acaba por conferir tratamento diferenciado a partes que não são proprietárias de bens arrecadados na falência, mas tão somente titulares de créditos contra o falido (hipóteses em que, supostamente, deveriam se submeter ao concurso de credores).

Ao aumentar o rol de pedidos de restituição, a legislação falimentar acabou por privilegiar um grupo de credores – notadamente instituições financeiras e a Fazenda Pública – em detrimento das demais classes, situação agravada pela Lei 14.112/2020. Nesse cenário, cria-se uma distorção em que uma massa falida poderá ter ativos, mas o produto de sua venda vir a ser utilizado integralmente para satisfazer pedidos de restituição, sequer se iniciando o concurso em seu aspecto material.

Há ainda outras distorções nestes casos, como (i) a ordem de indisponibilidade da coisa até o trânsito em julgado²⁵; e (ii) a ausência de prazo previsto em lei para a realização do pedido restitutivo, as quais (i) conferem mais privilégios a tais credores, em contradição com a regra de paridade definida pela lei; e (ii) colocam a própria administração da massa em risco, uma vez que poderia impactar o fluxo de caixa para realização de suas atividades ordinárias, daí porque as ressalvas ao tratamento conferido aos credores nestes casos.²⁶

25 De acordo com o art. 91 da Lei 11.101/2005, “[o] pedido de restituição suspende a disponibilidade da coisa até o trânsito em julgado.”

26 A proteção ao direito de propriedade é necessária no processo de falência, e a crítica que se faz ao pedido de restituição não está em sua existência, mas na indevida ampliação que (i) desvirtua a finalidade do instituto; (ii) cria privilégio a um grupo de credores (e não de proprietários de bens indevidamente arrecadados); e (iii) põe em risco os recursos da massa, que poderão ser consumidos sem o pagamento de créditos habilitados. Quanto a este último ponto, trata-se de hipótese que depende de levantamento empírico/estatístico para restar efetivamente comprovada, embora pareça, a um primeiro olhar, plenamente possível. Nesta hipótese, reduzir-se-ia ainda mais efetividade dos direitos reais de garantia perante o direito concursal, que não asseguram ao seu detentor o recebimento do valor que lhe é devido, mas somente um tratamento – *em tese* – privilegiado quanto a outros credores.