

Entenda o que é o *TRUST*

Arthur Migliari Jr.

Originado na Inglaterra, por volta do Século XI e ainda em plena vigência nos países anglo-saxões, no entanto, é muito pouco difundido nos países latinos e em outros continentes, passa a ser alvo de diversas investigações criminais, visando conhecer e o verdadeiro autor de eventual delito, geralmente envolvendo grandes somas de dinheiro de origem criminosa.

De fato, o *trust* possui uma organização gerencial (*management organization*) com roupagem jurídica díspare das pessoas que a compõem passa a ser tratada como um ente diverso daqueles que a criaram e a constituíram.

A história registra que na segunda metade do Século XIX e início dos anos 1900, notadamente nos Estados Unidos da América do Norte, com os grandes impérios monopolísticos de Vanderbilt, Rockfeller, Carnegie, J.P. Morgan, Ford, gerou a necessidade do governo estadunidense intervir nos mesmos, criando os crimes de *trustes*, principalmente a partir de Theodore Rossevelt, ferrenho combatente dos monopólios americanos, em face da enorme concentração de riqueza nas mãos de uns e da pobreza de milhões.

Definindo, haverá o *trust* quando uma pessoa (*settlor*^[1] ou *grantor*) transfere seu patrimônio (*trust fund*), total ou parcialmente, para um terceiro – que poderá ser pessoa física ou jurídica (*trustee*) - com a incumbência de gerir e administrar o patrimônio e distribuir os lucros e dividendos de acordo com as determinações impostas pelo *settlor*.

De todos os modelos empresariais existentes ao derredor do mundo creio que o *trust* é aquele em que a possibilidade de real punição dos culpados, quando se objetiva atingir a pessoa jurídica é o que menos inspira certeza na sua efetiva realização.

Isto ocorre porque, baseando-se o *trust* numa confiança entre as partes, o instituidor do *trust* (*settlor*) não aparecerá nas transações encetadas pelo *trustee*, eis que, pela sua própria natureza, nada mais é do que o cumpridor de ordens emanadas do contratante (*settlor*), podendo o missionário das ordens do

instituidor realizá-las em seu nome, sem que jamais apareça o verdadeiro autor de um crime e seu mentor intelectual.

Se o *trustee* resolver montar uma empresa em qualquer parte do mundo - independente do modelo societário que escolher - a eventual punição da pessoa jurídica alcançará exclusivamente o cumpridor das ordens do *settlor* sendo que a punição, destarte, será meramente formal, equidistante dos altos interesses sociais e dogmáticos que se teve em mente para a punição dos efetivos autores dos delitos.

Por negociar em seu próprio nome o *trustee* aparece diretamente nos negócios da empresa - que poderá ser criada exclusivamente para o fim de praticar crimes, *verbi gratia* - e eventual condenação criminal, inclusive pelo concurso de pessoas, atingirá somente sua pessoa, isentando-se por completo o instituidor do *trust*, mesmo porque, em regra, ele não teria cometido qualquer delito, podendo até alegar que o *trustee* agiu com excesso de mandato e, portanto, ser responsabilizado exclusivamente, civil e criminalmente.

Destarte, para a perfeita equalização da busca dos verdadeiros autores dos delitos, em caso de um *trust*, só resta perseguir detalhadamente os meandros da possível ocorrência do mesmo, eis que não existirá prova abundante de sua ocorrência, como sói acontecer com os tipos societários ordinários, mesmo porque a característica principal do *trust* é exatamente a de esconder ao máximo sua existência.

Dentre as empresas criminosas, no mais das vezes constituídas exclusivamente para a prática de crimes, a escolha pela movimentação de dinheiro é baseada no modelo do *trust*, sendo que os "proprietários" dessas empresas são apenas "*homens de palha*" ou "*laranjas*" encarregados de cumprir as ordens emanadas dos seus superiores e a eventual punição dos membros de um *trust* também se me afigura meramente formal, eis que sempre será preciso encontrar os verdadeiros autores dos delitos, mesmo porque a punição representará somente a perda de uma unidade de um esquema criminoso, que, como uma bactéria, imediatamente se reúne para a constituição de novo modelo empresarial criminoso.

Em decorrência dessa característica principal, fácil concluir que o descortinamento na pessoa jurídica revela-se imprescindível para a busca dos verdadeiros e reais autores dos delitos quando imputados à pessoa moral, sendo que a produção das provas da ocorrência do *trust* é deveras problemática, posto que tanto um (*settlor*) como outro (*trustee*) mantém, no mais das vezes, contrato firmado (*trust agreement* ou *trust deed & memorandum of wishes*) para a não

delação da sua existência, constituindo um pacto secreto entre ambos, mediante remuneração, agindo o comissionário em seu próprio nome e sob sua rubrica exclusiva age sem que ninguém tenha conhecimento da existência do pacto anterior.

Dito isto, somente é possível descobrir exatamente as pessoas envolvidas no *trust* quando existirem *deslizes* praticados por uma ou outra parte, como documentos trocados entre as partes, e-mails, mensagens, telefonemas, etc.

Não se pode examinar o *trust* com a mesma cautela que se examina outros delitos empresariais, eis que, neste tipo de contrato, especificamente, haverá de prevalecer a prova indiciária da existência do contrato, lembrando que a prova de qualquer contrato pode ser feita por meio de indícios suficientes, como se vê do art. 239 do Código de Processo Penal.

É com base nos *deslizes* de uma ou outra parte do *trust* que se consegue descobrir a ocorrência de eventuais crimes precedentes, mesmo porque tanto a existência do *trust* como os participantes desejam o sigilo como forma de acobertar sua ocorrência.

Bem, até o momento estou me referindo ao *trust* legalmente aceito pela legislação inglesa e amplamente difundido nas suas colônias, sendo que outras pessoas jurídicas podem utilizar o "modelo" do *trust* para práticas delinquentes, como veremos a seguir.

Por isso, nos Estados Unidos da América o conceito de "organização" ou "associação" acabou por ser estabelecido por uma norma federal, a *U.S. Federal Sentencing Guidelines Manual*, 18 U.S.C.S. Appx, § 8A1.1 (205), cujos termos incluem as corporações, parceiros, associações, *joint-stock companies*, uniões, *trusts*, fundos de pensões, organizações não governamentais, entre outros, tudo isso para evitar a ocorrência de crimes de *money laundry*.


Ao longo do tempo pudemos observar que as *organizações criminosas* seguem exatamente o modelo do *trust* do direito inglês, criando as empresas de fachada para a lavagem de capitais ou de ativos financeiros, sendo que não é crível encontrar-se nos mais diversos rincões mundiais pessoas jurídicas nitidamente criminosas, envolvidas com os mais diversos setores da vida social, como se fossem empresas constituídas para e por meios lícitos, quando não o são.

No entanto, curioso é convir que os países não estão imunes e não criaram mecanismos seguros de combate às pessoas jurídicas encarregadas da prática de crimes, embora as legislações de diversos países prevejam sanções somente quando as mesmas estiverem envolvidas em delitos, produzindo uma série de práticas criminosas, inclusive o terrorismo, que assola a todos.

Apenas para se ter uma ideia, nas Ilhas Virgens Britânicas para uma população de 16.000 habitantes, aproximadamente, há mais de 87.000 empresas *offshores* ali instaladas.

Do mesmo modo, a punição no caso *detrust* inglês se não se conhecer os termos dos contratos ou se não se conseguir identificar os verdadeiros parceiros comerciais ou pessoas designadas, também, não se terá condições de punir severamente os reais autores dos crimes praticados quer pelas físicas quer pelas pessoas jurídicas criminosas, posto que estas sejam utilizadas pelos verdadeiros mandantes para tais fins ilícitos, sem que apareçam nas cenas criminosas.

[1] *Settlor* – pessoa que entrega ou transfere seus bens para terceiros gerir.

postado por [arthur.migliari](#) às 04:17 [nenhum comentário](#): 

quinta-feira, 12 de novembro de 2015

Pedido de Restituição na Falência

Do Pedido de Restituição

O conceito básico de restituição é exatamente aquele de fazer voltar ao seu proprietário aquilo que lhe pertence, tornando à situação anterior, ou volver àquele que merece estar na posse e na propriedade daquilo que lhe pertence.

E o *pertencer* a “alguém” pode ser das mais variadas formas e espécies, como os bens imóveis[1], mesmo aqueles que estão momentaneamente separadas do solo[2], móveis[3] ou semoventes, bens corpóreos ou bens incorpóreos, sejam eles fungíveis ou não fungíveis[4], bem como os consumíveis[5].

A ideia principal da restituição é, portanto, fazer voltar ao *status quo ante*, na medida de sua possibilidade real, bens que estão em poder do devedor falido ou que foram arrecadados pelo administrador judicial, mas que não pertençam efetivamente ao falido.

Tanto a Lei 11.101, de 2005, assim como o antigo Decreto-Lei 7.661, de 1945, prevê a imediata arrecadação de bens e haveres que estejam em poder do falido, na ânsia de o administrador judicial cumprir com a determinação legal, é possível que venha a arrecadar mais do que aquilo que efetivamente deveria fazê-lo, surgindo daí a possibilidade de se instaurar o procedimento mais simples de *restituição*.

O objetivo da restituição é prover o verdadeiro proprietário do direito de retirar da falência bens que não pertençam ao devedor falido. Exemplo: numa certa ocasião uma empresa de máquinas para indústria de massas alimentícias faliu, sendo que houve a arrecadação de vários equipamentos para massas caseiras. Como a empresa falida além de produzir máquinas, ainda as consertava, surgiram várias *nonas* pedindo seus rolos de macarrão de volta.

Também ocorre a possibilidade de restituição naqueles casos em que há a quebra de uma empresa de consórcios, aonde os prestamistas vão se cotizando mês a mês para formar um ativo suficiente para a compra do bem almejado pelos grupos. Havendo a falência da empresa administradora de consórcios os membros do consórcio não concorrem na quebra como credores, mas, sim, têm direito ao recebimento dos valores dados à mesma, por meio de restituição de valores.

Entretanto, nem sempre é matéria de fácil intelecção, e, diante dos ditames da Lei 11.101/2005, surgem novos e intrincados problemas, que tentaremos dar solução.

Antes, porém, lembremos que a situação seria mais fácil de observar e não haveria tanta discussão se os operadores do Direito lembrassem apenas que aquele que pleiteia uma restituição não quer ser parte na falência e muito menos quer ser considerado credor. Ao contrário, ele não quer ser parte na falência, não quer ser considerado credor e quer é, antes de tudo, sair de possível inclusão no Quadro Geral de Credores, no mais das vezes, impossível de receber alguma coisa.

Por conta disso, o restituinte deve ser pago antecipadamente, desde que tenha dinheiro na massa falida, quando não mais existir o bem, devidamente atualizado e em igualdade de condições com outros restituintes.

Nesse sentido foi editada a Súmula 307 do Superior Tribunal de Justiça que diz: “*a restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito*”. E isto, a restituição em si, vale para os demais restituintes, não havendo motivo para se aguardar que *algo* aconteça no processo falencial. Não é essa a dinâmica e muito menos a finalidade da restituição.

Se há o bem, devolve-se ao restituinte. Se não há, avalia-se o bem, ou atualiza-se o valor do bem entregue e, tendo dinheiro na massa, paga-se diretamente ao restituinte. Repito: não credor. Restituinte!

Diz a Lei no seu artigo 85 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*”. E complementa também o seu parágrafo único: “*Também pode ser pedida a restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada*”.

Dessa análise do dispositivo temos presente que o *caput* do art. 85 da LRE se refere ao bem que se encontrava em poder do falido no momento da arrecadação, mas que efetivamente não lhe pertence, mas sim ao terceiro, que por algum motivo deixou o bem poder do devedor. Exemplo típico: uma concessionária ou oficina mecânica que vem a falir, tendo no local dezenas de veículos dos clientes, que ali deixaram para manutenção. À toda evidência, os veículos não pertencem ao devedor, nem poderia ser arrecadado, devendo ser restituído.

Nesse caso, tem o proprietário o direito de ver sua *coisa* devolvida, mesmo porque dispõe o Código Civil exatamente que a propriedade garante o direito de reaver o bem que esteja injustamente na posse ou detenção de terceiros, conforme artigo 1228: “*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*”. Este é um direito constitucional (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXII), facultando ao proprietário a possibilidade de usar as medidas legais para fazer retornar o bem ao seu lugar original.

A segunda situação encontrada no parágrafo único do artigo 85 da LRE diz respeito às coisas vendidas a crédito futuro, mas já entregues ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores à decretação da falência.

É praxe comercial que os empresários vendam seus produtos a outros empresários com a promessa de pagamento futuro, advindo dessa prática um crédito para o vendedor e uma obrigação para o comprador. Da mesma forma, os produtos são alienados e entregues nos mais diversos rincões do país, sendo que a legislação nacional garante ao vendedor o direito de se ver livre do concurso de credores quando a alienação tenha se dado nas vésperas da decretação da falência, presumindo uma boa-fé negocial por parte do vendedor.

Dessa maneira, conta-se o prazo de restituição a partir da data da distribuição do pedido de falência, não da sua decretação, mesmo porque entre o pedido e a decretação da quebra podem ocorrer muitas situações processuais e práticas, como a contestação, a réplica, a designação de audiência, a produção de provas, etc.

Destarte, temos que considerar que entre a data da entrega do bem e a decretação da falência pode demandar um tempo considerável e o produto da venda ter sido utilizado pelo devedor, como sói acontecer. Exemplo: a entrega de aço para uma indústria que produz máquinas; ou a

entrega de farinha de trigo para uma indústria de massas alimentícias; ou tecido para confecções, etc. Todos esses bens são consumíveis e fungíveis.

Em sendo determinada a restituição da coisa, o administrador judicial deverá devolver a mesma quantidade e qualidade, não exatamente a mesma *coisa*, em face da fungibilidade da *coisa*. Daí porque pode ocorrer de não mais existir a coisa ao tempo do deferimento da restituição, motivo pelo qual, então, proceder-se-á a devolução em dinheiro, devidamente atualizado, conforme preceitua o inciso I do artigo 86, da LRE, *in verbis*: Art. 86. *Proceder-se-á à restituição em dinheiro: I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;*

A Lei 11.101/2005 ampliou e bem delimitou outras espécies de restituições que poderiam ensejar – como de fato ensejaram – discussões sobre a natureza dos bens fungíveis e do que seria alvo de restituição.

A situação do inciso I é bem fácil de entender: a empresa comprou uma máquina e pagou “x”. O credor restituinte tem direito a receber a máquina de volta. Se a mesma não mais se encontra em poder do falido, terá que devolver o valor da máquina, podendo ser o “x” atualizado monetariamente ou se procede a uma avaliação da máquina que esteja em poder de terceiro e descobre-se o seu real valor.

No artigo 86, incisos II e III há espécies de bens que devem ser bem analisados.

Pelo inciso II, do art. 86, deverá ser objeto de restituição a “*importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente*”.

As operações de exportação não são feitas em dinheiro vivo, ou simples crédito na conta corrente do comprador, como sói acontecer com os não empresários, mas passam pelo mecanismo e pela forma correta de transações internacionais, isto é, primeiro o comprador estrangeiro toma conhecimento do encaminhamento da mercadoria. Em seguida, remete os dólares às instituições brasileiras, que as converte em reais e as instituições entregam em reais para os empresários exportadores.

Apenas para constar, pelo Decreto-Lei 857/69 é vedada qualquer forma de negociação que não seja a moeda em curso no país.[6]

Todo esse mecanismo é previsto na Lei 4.728/65.

Como se percebe, entre a venda e a entrega há um hiato de tempo muito grande, podendo ocorrer que a mercadoria não seja exportada ou o comprador não efetue o pagamento dos produtos adquiridos, nascendo daí um direito.

Caso a empresa não seja falida, terá a instituição financeira o direito à ação executiva, nos termos do art. 75, § 2º da Lei 4.728/65. Porém, em caso de falência da empresa exportadora, a situação é prevista como restituição, na forma do art. 75, § 3º da mesma Lei 4.728/65.

No passado surgiu uma discussão sobre o prazo de 15 (quinze) dias para o pleito de restituição, sendo que a matéria acabou por ser pacificada nos tribunais, tendo o Superior Tribunal de Justiça editado a Súmula 133, no sentido de 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”*. Evidentemente, o mesmo raciocínio vale tanto para a recuperação de empresas como para a falência, por óbvio.

Embora não me pareça necessário, sempre é bom reforçar que esse crédito de antecipação cambiária deva ser atualizado na forma como previsto no inciso I do artigo 86, da LRE, mesmo porque se a atualização do bem é prevista em lei, a atualização do câmbio deve seguir o mesmo caminho. Nesse sentido já se pronunciaram os tribunais, tendo sido editada a Súmula 36: *“a correção monetária integra o valor da restituição, em caso de adiantamento de câmbio, requerida em concordata ou falência”*.

E ainda, um antiquíssimo julgado do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Barros Monteiro estabeleceu que *“as restituições das importâncias adiantadas deve operar-se com a correção monetária”* (REsp. 9.096-SP).

A lei falencial trata agora de outra hipótese de restituição, que não vinha muito bem delineada na legislação anterior, que é a situação daquele que contrata com uma empresa e lhe entrega valores, de boa-fé, acabando por ser o contrato considerado ineficaz ou revogado.

Dispõe o artigo 86, inciso III, a possibilidade de restituição *“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.”*

Esta era uma discussão muito antiga que nos parece ter sido solucionada pela atual legislação.

Para o jurista **MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO** *“Este inciso III solucionou antiga discussão jurisprudencial, sobre qual seria a exata posição do terceiro de boa-fé para receber os valores que houvesse passado ao falido em decorrência do negócio que foi revogado”*.^[7]

Embora precisa a colocação, visando tratar o contratante do empresário que vem a falir como *restituente*, não como credor da massa falida, é preciso ir mais adiante e relembrar algumas situações fáticas e necessárias.

Bem lembra **SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA** que “durante o período que antecede a quebra, é comum que o devedor implemente práticas ruinosas em detrimento de seus credores, por razões que vão desde a má-fé até o desespero decorrente da iminência da falência. Entretanto, tais procedimentos, muitas vezes fraudulentos, podem decorrer de estratégia do devedor, arquitetada em época bem anterior à quebra. Tais hipóteses podem e devem ensejar providências diversas como (a) a extensão da quebra a outras pessoas, físicas e jurídicas, diretamente atreladas às práticas ruinosas; (b) a desconsideração, direta e inversa, da personalidade jurídica, de forma que a falência atinja os beneficiários das práticas fraudulentas; (c) a nulidade ou anulabilidade dos atos inválidos ou viciados; (d) a revogação, mediante a declaração de ineficácia, dos atos perpetrados em prejuízo dos credores (chamada de volta, para a massa, dos bens alienados indevidamente pelo insolvente).”[8]

E o que foi dito pelo nobre doutrinador realmente é verdadeiro e a nossa experiência vivenciada por longos anos na Promotoria de Justiça, em especial a de Falências de São Paulo reafirmam tais colocações.

No mais das vezes a fraude é perpetrada muito tempo antes da ocorrência da quebra como, por exemplo, a contratação de empréstimos em dinheiro junto às instituições financeiras, com longos anos de pagamento de prestações que o empresário tem a certeza de que não conseguirá honrar seus compromissos que compromete grande parte de sua renda. E o pior, muitas vezes colhendo o bom nome de avalistas e fiadores, para dar suporte à artimanha.

O artigo 129 da Lei 11.101, de 2005 prevê uma série de situações que faz tornar ineficaz a alienação ou a criação de direitos a terceiros, que não produzem efeitos quaisquer perante a massa falida. A LRE dispõe expressamente situações que o Código de Processo Civil de 1973 previu genericamente no artigo 593 e seus incisos. A ineficácia da lei não torna o negócio nulo entre as partes, porém, garante ao administrador judicial buscar a declaração de sua total insignificância perante a massa falida. Logo, o negócio jurídico não produz efeitos perante a massa falida.

De outro lado, no artigo 130 da LRE há necessidade de se provar que o negócio jurídico existente entre o devedor e o terceiro decorre de um conluio fraudulento e que exista um prejuízo efetivo para a massa falida, mas que existe, em resumo, uma fraude bilateral, consentida e bem orquestrada pelos agentes.

No caso da situação do artigo 129 da LRE não se perquire a intenção do contratante, ao passo que no artigo 130 e é este elemento integrante da efetiva e dolosa ação fraudulenta.

A diferença de situação é abissal, assim como o tratamento dispensado a um e a outro contratante.

Evidentemente, estando conluídos falido-contratante ambos devem ser penitenciados. Estando o contratante de boa-fé, este deve ser considerado restituente, não credor quirografário da falência, com impossível condição de recebimento.

Dentre as várias situações ocorridas na prática temos a situação da alienação fiduciária de imóvel onde o devedor, como geralmente ocorre, deixa de pagar as prestações a que se comprometeu, motivo pelo qual tem o credor fiduciário e proprietário o direito de reaver o seu bem. A restituição pode ser promovida pelo adquirente do imóvel, desde que não tenha residido no mesmo, como vinham decidindo alguns tribunais brasileiros e mais recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp. 1211323, da 4ª Turma.

Uma realidade cada vez maior é aquela que se opera nos seios de algumas grandes empresas nacionais, onde os presidentes das sociedades anônimas ou proprietários de grandes empresas, mantêm contrato com administradores de empresas profissionais e deles se utilizam, mercê de seus vastos conhecimentos no mercado financeiro, para a obtenção de dividendos para as empresas. Neste caso, muitas vezes os administradores profissionais de empresas utilizam todo o prestígio e capacidade de convencimento adquiridos ao longo de anos de muito trabalho para obterem dos agentes financeiros condições favoráveis para as empresas.

Dentre as situações que nos deparamos na Promotoria de Justiça de Falências de São Paulo está aquela em que são exigidos desses profissionais e de outros membros da diretoria de grandes empresas que os empréstimos das instituições financeiras sejam fornecidos mediante os *avais* desses, ou, pelo menos, a condição de fiadores dos empréstimos bancários.

Como se percebe e na visão de CORRÊA-LIMA, a forma clandestina de agir do devedor é premeditada e muitas vezes antecipada com algum tempo, para somente depois de certo tempo demonstrar que o *golpe* já tinha sido arquitetado há muito tempo...

No mais das vezes, os fiadores e avalistas estão na mais absoluta boa-fé negocial, ou, como sói acontecer, sem a menor possibilidade de discutir as cláusulas contratuais com seus empregadores, sendo exigido dos mesmos que aponham suas assinaturas nos contratos, como *garantes*, sob pena de medidas drásticas. Em outras oportunidades, são vários os contratos *pequenos* que são entabulados, sendo pagos normalmente, até o momento do *grand finale*!

Voltemos ao disposto no inciso III, do artigo 86, da Lei 11.101: é possível a restituição dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé, na hipótese de *revogação* ou *ineficácia* do contrato.

Portanto, são três situações que devem estar devidamente demonstradas e provadas:

1ª - que houve valores entregues ao devedor: isto não quer dizer, naturalmente que os valores sejam entregues *diretamente* ao devedor, mas também, para pagar a instituição que com ele negociou, como no caso de obrigações inadimplidas pelo devedor, levando de roldão a boa fama e a moral do avalista e/ou fiador, que estava de boa-fé, imbuído do propósito de auxiliar; o valor entregue não precisa ser necessariamente, destinado ao devedor, mas, também, para o fim de quitar obrigações do devedor. Ao avalista e fiador não resta grandes alternativas a não ser pagar, sob pena de perder bens e direitos. Além disso, em caso de execução contra o avalista

a única alternativa é o retorno contra a massa falida, mesmo porque nada fez para auxiliar na quebra.

2ª – que o contratante que entrega dinheiro ao devedor esteja de boa-fé: eis que este é o elemento preponderante da vontade de contratar daquele que entrega o dinheiro ao devedor, ou para saldar as dívidas deste. Evidentemente, não se aplica à hipótese que nos afigura a situação do próprio falido, pessoa física, afiançar ou avalizar as dívidas contraídas pela pessoa jurídica, e, no caso de uma execução alcançar os bens particulares buscar a restituição dos valores pagos na falência. Isso é inadmissível, sob pena de inversão total do sentido de boa-fé. A hipótese que levantamos é aquela em que o avalista ou fiador não pertença à empresa, não tenha qualquer relação com o devedor, não seja membro de sua família, não possua outra condição senão aquela de ser terceiro.

3ª – que o contrato seja revogado ou declarado ineficaz. Embora as situações sejam díspares, a presunção é de que um contrato pode ser declarado revogado pelos vícios que nele contém tecnicamente observado, mas, também, declarado judicialmente nulo. Também viceja a situação do contrato ser revogado pelo seu inadimplemento, como é o caso da falta de pagamento das prestações ajustadas anteriormente. Nessas condições, o devedor falido deixa de quitar as prestações, sendo que o avalista ou fiador é chamado para o adimplemento das obrigações, inclusive forçosamente, por meio de execução de seus bens particulares. Desse modo, possui ele a obrigação decorrente do contrato de quitar as parcelas ajustadas, sob pena de ver seus bens executados judicialmente.

Quanto à declaração de ineficácia do contrato se vê claramente que se ajustam às hipóteses do artigo 129 da LRE, oportunidade em que não se discute o *animus* do contratante, *no momento da declaração de ineficácia*, mas, sim, deverá ser resolvido no momento do pedido de restituição, observando todos os elementos de anulação e revogação dos atos jurídicos, cujas provas são imprescindíveis.

Pelo parágrafo único do citado artigo 86, da LRE: “*As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no art. 151 desta Lei*”, que diz respeito aos credores “*super-extra-concursais*” como certa ocasião se referiu o então Promotor de Falências, **Alberto Camiña Moreira**, em uma palestra na FIESP-CIESP, pois seriam os credores trabalhistas que ficaram até os últimos tempos na empresa falida e, portanto, com preferência sobre todos os créditos da falência.

Sobre os aspectos práticos da restituição, dispõe o art. 87: “*O pedido de restituição deverá ser fundamentado e descreverá a coisa reclamada.*” Ou seja, o pedido tem que ser certo, claro, de fácil cognição, onde o restituinte deverá ser explícito no pedido, indicando pormenorizadamente qual é o objeto, valor ou produto que pretende ver restituído.

Estando em termos o pedido, nos termos do art. 87, § 1º “*O juiz mandará autuar em separado o requerimento com os documentos que o instruírem e determinará a intimação do falido, do Comitê, 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.*”

De clareza palmar que sendo contestado o pedido, nos termos do art. 87, § 2º há que se abrir a possibilidade de produção de provas porventura requeridas, quando então o juiz designará audiência de instrução e julgamento, se necessária. E, pelo § 3º: “*Não havendo provas a realizar, os autos serão conclusos para sentença*”.

Evidentemente, deve ser colhida a manifestação do Ministério Público, antes da sentença, mesmo porque tem ele a obrigação de atuar em todos os processos de interesse da massa falida e, principalmente em caso como o de restituição, que poderá retirar da massa falida quantia ou bem considerável.

Pelo disposto no art. 88 da LRE se a “*sentença que reconhecer o direito do requerente determinará a entrega da coisa no prazo de 48 (quarenta e oito) horas*”. Pelo parágrafo único do mesmo artigo 88 da LRE: “*Caso não haja contestação, a massa não será condenada ao pagamento de honorários advocatícios*”.

A *contrario sensu*, em havendo contestação ao direito do restituinte pela massa falida esta deverá ser condenada ao pagamento de verba sucumbencial, mesmo porque, em face da pretensão resistida, nasce o processo contraditório e, por decorrência natural dessa situação, a verba de sucumbência é devida.

O art. 89 da LRE estabelece que no caso de o juiz negar a restituição, *quando for o caso*, poderá incluir o requerente no quadro-geral de credores, na classificação que lhe couber, na forma desta Lei.

A lei deixou bem claro que é preciso que o requerente da restituição preencha todos os requisitos legais de uma possível habilitação de crédito e, dessa maneira, é obrigatório que demonstre todos os requisitos da habilitação de crédito, previstos no artigo 9º da LRE, dentre os quais e, principalmente, a *origem* do crédito.

Qualquer uma das partes, credores e o Ministério Público podem interpor apelação da sentença que julgar o pedido de restituição, seja deferindo ou indeferindo o pedido, na hipótese em que a apelação será recebida *sem efeito suspensivo*, na forma do artigo 90 da LRE.

Pelo parágrafo único do artigo 90, da LRE: “*o autor do pedido de restituição que pretender receber o bem ou a quantia reclamada antes do trânsito em julgado da sentença prestará caução*”. Embora a lei não diga, é óbvio e salutar que a caução seja prestada em bem ou valor compatível com aquele que pretende restituir ou levantar, não sendo crível que não seja essa a ideia do legislador.

Em não prestando caução ou não tendo condições suficientes para isso, nos termos do art. 91 da LRE, o “*pedido de restituição suspende a disponibilidade da coisa até o trânsito em julgado*”. A razão de ser dessa disposição legal está no fato de que o bem ou valor objeto da restituição encontra-se indisponível para qualquer outro credor ou para rateio, não sendo possível dar aos mesmos destinação adequada, como a venda em leilão, antes que se solva o problema primeiro: a titularidade do bem ou valor.

Em havendo ***concurso de restituições***, ou seja, comparecendo mais de um restituinte e não existindo saldo suficiente para o pagamento integral de todos os restituintes, devidamente corrigidos, não resta outra alternativa na legislação falencial a não o de pagar os restituintes por meio de rateio, como prevê o parágrafo único do artigo 91 da LRE: “*Quando diversos requerentes houverem de ser satisfeitos em dinheiro e não existir saldo suficiente para o pagamento integral, far-se-á rateio proporcional entre eles*”.

De outro lado, pode acontecer (e de veras acontece) que a massa falida tenha que suportar os ônus da manutenção do bem até solução final sobre a propriedade do bem arrecadado. Se a massa falida foi obrigada a garantir a segurança do bem, pagando despesas para sua preservação é óbvio que o restituinte fica obrigado a ressarcir tais despesas, mesmo porque a massa cuidou da sua propriedade por um determinado período de tempo. Assim, pelo art. 92 da LRE fica o restituinte “*que tiver obtido êxito no seu pedido ressarcirá a massa falida ou a quem tiver suportado as despesas de conservação da coisa reclamada*”.

Outra questão que reclama bastante atenção dos doutrinadores e da jurisprudência é a possibilidade de restituição de valores a favor dos órgãos públicos, notadamente quando se trata de contribuição previdenciária ou impostos que o devedor já tenha anteriormente descontado dos funcionários ou adquirentes de bens e produtos e que *deveriam* ter sido repassados para os cofres públicos, mas não o foram.

Sabidamente a contribuição previdenciária pertence ao INSS e como tal é obrigação natural do empregador descontar o valor do empregado e repassá-lo dentro do prazo legal ao INSS. E seu crédito é muito mais que privilegiado, mas, sim, ***restituído*** ao INSS, antes de qualquer outro pagamento na falência, sendo esta matéria densamente decidida a favor da União – que atua como cobrador universal do INSS – não havendo divergência sobre isso, inclusive alvo da Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal: “*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*”.

Entretanto, mister que se faça uma decomposição da referida Súmula eis que está ela a exigir algo mais do que a simples devolução: *a exigência de dinheiro em poder do falido*.

A questão que mais atormenta dos processos falenciais é exatamente este. Havia dinheiro em poder do falido no momento da quebra? Se sim, devolve-se imediatamente *o quantum* reclamado. Se não, não. É o caso de improcedência da restituição, pois se não havia dinheiro para se devolver, não se pode exigir o sacrifício de todos os credores com a venda dos bens da massa falida para satisfazer primeiramente a União, a qual, gize-se, sempre possui a desídia ao seu lado no momento de cobrar débitos tributários e se mostra com apetite voraz no momento em que pleiteia a restituição.

Mais, ao pleitear a restituição deve a União, obrigatoriamente, descrever exatamente esse ponto nevrálgico da questão, pois exige a lei falencial a descrição pormenorizadamente do que pretende ver-se restituído.

Assim, julgamos totalmente necessário e indispensável, sob pena de indeferimento da petição inicial da União, a descrição dos valores a ser restituídos e qual é a origem dessa pretensão, pois a lei falencial exige, sempre e sempre, a descrição da origem do crédito, nos termos do art. 9º, inciso II, da LRE.

Esse também é o pensamento de **SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA** ao afirmar: “...diversamente do que ocorre no âmbito das execuções fiscais, os pedidos de restituição manejados pelo INSS não podem ser instruídos apenas com certidão da dívida ativa, porque o art. 87 da Lei de Falências, tal como o art. 77 do Decreto-Lei 7.661/45, estabelece que o requerimento ‘será fundamentado e descreverá a coisa reclamada’. Portanto, incumbe ao INSS no pedido de restituição apontar os valores que não lhe foram repassados, identificar o montante pertinente a cada um dos empregados e instruí-lo com prova documental adequada”.**[9]**

Destarte, impossível que o INSS – como sói acontecer – faça apenas a prova de sua condição de credor, com a Certidão de Dívida Ativa apenas, para que obtenha êxito em pretensão muito mais severa que a habilitação de crédito, pois teria muito mais preferência que qualquer outro credor, por muito mais privilegiado que o fosse, eis que o INSS teria o direito a restituição.

Em se tratando de falência de instituições financeiras e similares já se consagrou tanto na doutrina como na jurisprudência que os depósitos dos correntistas, *latu sensu*, não pertence à mesma, devendo ser objeto de restituição dos valores encontrados em poder das mesmas, não se podendo afirmar que sejam valores exclusivos dos bancos.

A prova dos depósitos bancários demonstra a boa-fé dos contratantes com a instituição financeira, não podendo os correntistas ser penalizados pelas manobras dos falidos, e, muito menos, ficarem à mercê das arrecadações dos valores que estão em poder dos bancos por força de contratos.

Desse modo, em sendo demonstrado o depósito bancário é de ser deferida a restituição a favor do restituinte.

Da mesma forma, quando se tratar de falência de agências de consórcio, mesmo porque consorciado entrega valores às mesmas, a fim de receber um bem futuro, que também não pertence à agência de consórcio, como costuma acontecer, mas a terceiro. A agência de consórcio apenas *administra* os recursos recebidos, mediante recebimento de uma *taxa*, formando grupos interessados no bem. Assim, os valores encontrados em poder das agências de consórcio são de propriedade dos consorciados e não daquelas, motivo pelo qual devem ser restituídos *in integrum* aos mesmos.

Acaso algum consorciado já tenha recebido o bem objeto do consórcio é claro que o mesmo será devedor da massa falida e não credor, nem muito menos restituinte.

Também se dará a restituição do dinheiro que for arrecadado nas falências dos chamados *fundos de investimentos e fundos de previdência complementar*, mesmo porque tais entidades,

em realidade, existem apenas para gerir valores de terceiros investidores ou poupadores, que preferem tais formas de assegurar uma rentabilidade maior, ou mais segura, que as previdências governamentais ou fundos tidos como normais.

Evidentemente, o risco dos investidores é muito maior e a falência de tais entidades gera um grave dano aqueles que pensam em resgatar os valores dentro de determinados períodos de tempo previamente acordados.

A quebra de tais entidades e a arrecadação dos valores neles encontrados à toda evidência não lhes pertence, mas, sim, aos seus investidores, mesmo porque os fundos de investimentos e os fundos de previdência privada trabalham diretamente com o dinheiro alheio, recebendo-os para investimentos e, no momento da quebra, deverão ser restituídos seus respectivos investidores.

A questão dos créditos decorrentes *desequitização de créditos* ou como costumeiramente são chamados *operações financeiras* de crédito possuem as mesmas características dos contratos de alienação fiduciária, mas que são particularizados na Lei 9.138, de 1995, ficando os devedores com encargos diante da União, que assume a condição de pagador dos débitos dos valores devidos por produtores rurais, perante as instituições financeiras.

Logo, na medida em que a União banca os débitos dos produtores rurais há a amortização destes frente às instituições financeiras. Entretanto, é comum a cobrança dos valores dos produtores rurais pelas instituições financeiras e seu repasse à União, que é, em última análise, a titular dos direitos creditórios que foram adquiridos em face da securitização.

No caso de quebra destas cessa-se o repasse da União e os produtores rurais hão de verificar suas condições pessoais diante da securitização dos créditos. Porém, no caso de arrecadação dos valores das instituições financeiras devem ser restituídos aos produtores rurais, que são os *proprietários* desses valores, posto que deveriam ser repassados à União.

Uma observação a ser feita na falência é aquela que o administrador judicial deve verificar exatamente *o quantum* já foi pago pelo mutuário a fim de tomar atitudes processuais e que importem em exoneração da massa falida de débitos perante a União.

Finalmente, não sendo o caso de restituição nas hipóteses específicas dos artigos 85 e 86 da LRE só resta ao interessado propor *embargos de terceiro*, na forma prevista na legislação processual civil, conforme se vê do art. 93 da LRE: “*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*”.