

Possibilidade de restituição de dinheiro na falência

Processo nº AAA

Falência : BBB

Parecer nº CCC

Ementa: Falência. Pedido de restituição de valores descontados pela empresa dos seus empregados, a título de imposto de renda, e não repassados aos cofres da União. Ausência de previsão legal autorizando a restituição. Não aplicação da Súmula 417 do STF. Impossibilidade de uso de analogia por se tratar de norma de privilégio, de exceção. Autuação em separado.

Senhor Juiz:

Vieram os autos com vistas ao Ministério Público para manifestação no processo falimentar da BBB no tocante a requerimento de restituição de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) efetuado pela Fazenda Nacional.

A Fazenda Nacional fundamentou seu pedido no disposto no artigo 76 do DL 7.661/45 e na Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal, instruindo com os documentos de fls. 23.615 a 24.878 - Certidões de Inscrição na Dívida Ativa.

É, resumidamente, o relatório.

Dos Fatos

A Fazenda Nacional tem, em especial, a partir de 2003, nos vários pontos do país, ingressado em juízo com o objetivo de obter a restituição de valores descontados pelas empresas e não recolhidos para os cofres públicos, a títulos de imposto de renda e contribuições devidas por seus empregados.

Busca a Fazenda Nacional amparar o seu pedido na Súmula 417 do STF e no artigo 76 do Decreto-Lei n. 7661/45, a antiga lei de quebra, diploma legal que rege o presente processo falimentar.

Para manifestar-se no pedido o Ministério Público, inicialmente, examinará a restituição e sua natureza jurídica.

História da Formação do Instituto da Restituição

O pedido de restituição, que pode ser chamado de ação de restituição, remonta ao Código Comercial de 1850.

O direito patrimonial é sempre real ou obrigacional, e direito obrigacional é sinônimo de direito de crédito. Portanto, ou se está diante de direitos obrigacionais, ou se está diante de direitos reais, em outras palavras: ou se é credor ou proprietário.

Esta é a questão fulcral, pois tratando-se de coisas fungíveis não se pode invocar proteção possessória ou reipersecutória em negócios de depósito, como pretende a Fazenda Nacional, ao atribuir ao falido a condição de depositário infiel a fim de reivindicar ou obter a restituição de numerários descontados da remuneração dos empregados.

Veja-se, as coisas fungíveis, não tendo individualidade própria não poderão ser reivindicadas, pois o pedido de restituição objetiva a restituição do objeto *in natura* ao seu dono ou proprietário.

O depósito de coisas fungíveis – chamado depósito irregular – já estabelecia o Código Civil de 1916 (artigo 1280) e assim continua a ser pelo disposto no novo Código Civil (artigo 645) – regula-se pelo disposto acerca do mútuo, no qual o depositário se obriga a devolver não o bem depositado, mais sim outro objeto do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Não há seqüela, pois sendo a coisa fungível, impossível é determinar exatamente qual o bem pertencente ao depositante

ou mutuário. O direito à devolução do bem emprestado ou entregue em depósito passa a ser um direito de crédito, de devolução de coisa do mesmo gênero, perdendo o vínculo real que caracteriza o direito de propriedade.

As várias leis de falência, ao longo do tempo, foram desvirtuando o instituto e, finalmente, a partir de 1945, com a edição da Lei de Falências (DL 7.661/45), o legislador contrariou todas as bases do instituto. Este diploma legal, à exceção da hipótese de venda a crédito de coisa entregue ao falido nos quinze dias anteriores à quebra, não mais discriminou as situações especiais de cabimento da restituição, abandonando o tradicional sistema de exaurir as circunstâncias de reivindicação para as pretensões de direito pessoal.

A restituição, na forma prevista na lei de falência aplicável ao fato, fundamenta seu pedido nas seguintes situações:

- a) contratos com garantia real que deveriam ser cumpridos pelo falido;
- b) contratos de arrendamento, como os de *leasing*;
- c) contratos de compra e venda de mercadoria a prazo, com a entrega da mercadoria ao falido nos quinze dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não alienadas pela massa.

Portanto, estas são as situações específicas que norteiam o pedido de restituição.

Do Artigo 76 do Decreto-Lei 7.661/45 - Direito Real - Contrato - Definição

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

O que mais caracteriza o direito real é o *jus in re* ou poder do titular sobre a coisa. O mestre Orozimbo Nonato afirmou que o “*traço conspícuo do direito real é a senhoria direta*”. No relatório do Projeto de Código Civil Alemão, lê-se que a “*essência do direito real reside no poder imediato da pessoa sobre a coisa*”. Significa que, no direito real, o titular se acha vinculado diretamente à coisa, podendo exercer imediatamente o seu direito real sem dependência da prestação de outra pessoa. É por isso uma relação atual e incontestável e uma situação tranquila para o titular, que já domina a coisa e pode exclamar: *tenho jus in re!*

Outro caráter típico do direito real é o poder absoluto do titular sobre a coisa, porque se exerce *erga omnes* ou contra toda a coletividade que deve se abster de perturbar essa relação.

Tributos não podem ser classificados como direito real, o que não quer dizer que a massa não tenha que responder por eles, porém não se utilizando o interessado do instituto da restituição.

Contrato, por seu turno, é um negócio jurídico, por sempre depender de pelo menos duas emissões de vontade de pessoas diferentes.

É no acordo de vontades que devemos buscar o conceito de contrato, mas não em qualquer acordo e sim naquele conforme a Lei, com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

Enfim, é todo acordo de vontades de fundo econômico realizado entre pessoas de direito privado que tem por objetivo a aquisição, o resguardo, a transferência, a conservação, a modificação ou a extinção de direitos, recebendo o amparo do ordenamento legal¹.

Tributos também não caracterizam contratos, de forma que a regra do artigo 76 do DL 7661/45 invocada pela Fazenda Nacional não os atinge.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: contratos. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica (Grupo GEN), 2009. v. 3.

Da Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal

O verbete da Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal, invocado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, apenas coloca o que é inquestionável, ou seja, possibilidade de restituição de dinheiro na falência, do qual não tivesse o falido disponibilidade.

No entanto, esta restituição em absoluto haverá de se dar fora das hipóteses legais expressamente previstas (as do artigo 76 do DL 7.661/45). A ação de restituição é uma ação real, reipersecutória, possessória ou petitória, conforme esteja em discussão o direito de propriedade ou o direito de posse. Como não é possível a seqüela, reivindicação, tutela possessória etc., em depósitos de coisas fungíveis, muita discussão foi suscitada pelos dispositivos que permitem a restituição em dinheiro (nas hipóteses previstas em lei) em falência e concordatas. Foi esta a razão da edição da Súmula 417 do STF.

Vejam, o que o Supremo fez foi garantir a vigência daqueles dispositivos que previam a restituição de dinheiro, evitando o movimento do Judiciário Estadual no sentido de negar incidência da norma naquelas três hipóteses em que o legislador foi taxativo.

Aliás, a Súmula 417 não é o único verbete editado em matéria de restituição em dinheiro nas falências e concordatas. O tema é tão polêmico que tanto a Corte Maior como o STJ precisaram editar outros verbetes para restituição de numerário em espécie, como o Verbetes 495 (STF) e o 133 (STJ).

Mas todas estas situações esclarecidas pela Súmulas dos Tribunais Superiores não se afastam das hipótese legais estritas, que são hipóteses de exceção e que acima foram demonstradas.

Aliás, a nova legislação falimentar Lei 11.101, ao contrário do Decreto-Lei 7.661/45 estabelece que a restituição somente será efetuada 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, e que serão pagos tão logo haja disponibilidade de caixa (artigo c/ artigo 151).

Para afastar qualquer dúvida deixa o MP claro que tem conhecimento de que a nova lei não é aplicada a este específico processo falimentar, porém o objetivo maior da lei falimentar persiste, ou seja, em uma execução coletiva o privilégio é dos credores trabalhistas.

Portanto, existe expressa determinação para que as restituições em dinheiro só sejam realizadas após o pagamento dos créditos trabalhistas.

Analogia com Privilégios e Leis Excepcionais

Basta ler os arestos sobre a matéria para verificar que os Tribunais estão sempre decidindo acerca da restituição de dinheiro rigorosamente dentro das hipóteses legais alinhadas supra, nunca alargando o instituto para cobrir circunstâncias meramente semelhantes, utilizando interpretação analógica.

O saudoso Carlos Maximiliano chamava atenção para a vedação do emprego da analogia quando se tratasse de privilégios, base da lei falimentar, dizia: “...em matéria de privilégios, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia...”.

Ora, a restituição de dinheiro é privilégio máximo no direito concursal justamente porque tangencia o concurso creditício, obtendo do Juízo Falimentar a pronta e imediata entrega do numerário, porém fora da moeda da falência. Esta a razão pela qual a Fazenda Nacional insiste na restituição, em um superprivilégio, sem dúvida superior aos créditos trabalhistas e por acidentes do trabalho, o que não é possível em questões alimentícias, como são os direitos trabalhistas.

Síntese da Ordem de Preferência dos Créditos Não-Concursais que devem ser Atendidos Preliminarmente

Na fase de liquidação, quando houver oportunidade de se efetuar os pagamentos, o síndico deverá efetuar os pagamentos dividindo-os em três etapas.

Na etapa preliminar, deverá pagar os créditos não-concursais, na seguinte ordem:

- a) Crédito trabalhista, constituído de salário e da indenização devida;
- b) Crédito fiscal;
- c) Crédito da massa (encargos e dívida da mesma);
- d) Crédito de indenização por acidentes do trabalho.

Portanto, esta ordem deverá ser respeitada.

Das Regras Processuais para a Restituição - Ação de Restituição

O artigo 77 e parágrafos do DL 7.661/45 determina que a restituição deverá ser autuada em separado, pois é ação incidental e, inclusive, deverá o juiz designar audiência de instrução e julgamento, com a presença dos interessados e do Ministério Público.

Conclusão

Com base nos fundamentos acima, o Ministério Público se posiciona pela improcedência do pedido de restituição, pois:

- a) A restituição cabe nos casos específicos definidos no artigo 76 e parágrafos do DL 7.661/45, e tributos não se adequam

ao estabelecido legalmente, ou seja, não se caracterizam como direito real ou contrato;

b) A Súmula 417 também não se aplica ao caso concreto;

c) Deve ser aplicada a regra do artigo 77 do DL 7.661/45, ou seja, autuação em separado e designação de audiência já que oferecida contestação;

d) Habilitação dos valores e documentos apresentados como créditos fiscais a serem, cumprindo a ordem de preferência, colocados em favor da Fazenda Nacional.

Manaus, 10 de junho de 2010.

KATIA MARIA ARAUJO DE OLIVEIRA
Promotora de Justiça