

FALÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BENS TRANSFERIDOS, PELO FALIDO, AO RECLAMANTE, EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE DÍVIDA GUARNECIDA TAMBÉM POR HIPOTECA. POSSIBILIDADE DA RESTITUIÇÃO

PROC. N.º 28.139/6.ª VARA CÍVEL

Apelante: Caixa Econômica Federal

Apelada: Massa Falida da Cia. P. T. Engenharia, Comércio e Indústria

— *Falência. Pedido de restituição de bens transferidos, pelo falido ao reclamante, em alienação fiduciária em garantia de dívida guarnecida também por hipoteca.*

— *Possibilidade de ser pedida a restituição dos bens alienados fiduciariamente, inobstante a execução hipotecária sobre os imóveis dados em garantia da mesma dívida, de valor inferior a esta.*

— *Não é admissível que, no pedido de restituição, possam o devedor ou a Massa Falida pagar todo o débito, invocando o direito de remir quer a execução, com base no art. 651 do C.P.C., quer o imóvel hipotecado, com fulcro no art. 821 do Cód. Civil.*

PARECER

Pela Curadoria de Massas Falidas.

Egrégia Câmara.

1. Com a devida vênia do nobre magistrado *a quo*, é de ser reformada a r. sentença prolatada, para que se dê provimento parcial ao recurso interposto, a fim de que se apliquem as regras jurídicas pertinentes à espécie.

I — Histórico

2. De fato, a recorrente pleiteou, por intermédio do procedimento adequado, previsto na legislação falimentar, a restituição dos bens que lhe foram alienados fiduciariamente, em garantia de dívida, nos termos da escritura pública de fls. 16/18, que retificou e ratificou a anterior, de fls. 7/12, na qual os referidos equipamentos e veículos lhe tinham sido entregues em penhor mercantil.

A apelada figurou, nos citados negócios jurídicos, na qualidade de interveniente prestadora de garantia do mútuo contraído pela C. M. de C., hoje também falida, no valor de Cr\$ 8.000.000,00 (oito

milhões de cruzeiros), a ser resgatado no prazo de cinco anos, com um de carência (cláusula 3.^a às fls. 8; cláusula 7.^a às fls. 18).

O ato foi celebrado em 10-12-1971, sendo de salientar-se que, em garantia da mesma dívida, foi ainda constituída hipoteca de dois imóveis da interveniente, que, obviamente, ainda não caíra em insolvência, tendo esta, demais disso, prestado fiança (cláusula 18.^a — fls. 12), solidariamente com a devedora, pelo pagamento do empréstimo.

3. Este o negócio jurídico celebrado, constitutivo de uma única obrigação principal, garantida, todavia, por formas, bens e institutos jurídicos diversos, com a participação de terceiro, a sociedade cuja Massa Falida ora é apelada, na prestação dessas garantias.

4. Caracterizada a inadimplência da devedora, a recorrente promoveu, antes de decretada a falência, a execução hipotecária da dívida, penhorando os imóveis que constituíam a respectiva garantia (em final de 1974 — fls. 38/39; a falência fora decretada em 27-12-1974 — fls. 105), perante o Juízo da 2.^a Vara Federal.

5. Ingressou, mais tarde (em 21-8-1978), com este pedido de restituição dos bens que lhe foram alienados fiduciariamente.

Estes, em suma, os fatos.

II — O Direito

6. Entendeu o MM. Juiz *a quo* de julgar, em parte, procedente o pedido, para, excluída a restituição *in natura*, assegurar à Massa Falida o pagamento da dívida, conforme requerido em audiência (fls. 64 e verso), de acordo com o cálculo de fls. 78, inclusive juros e correção monetária até a decretação da falência, consoante entendimento jurisprudencial prevalente. Prosseguindo, *in verbis*: “Conseqüentemente, por força do pagamento ficam os bens livres de qualquer gravame contratual, implicando em plena quitação da dívida para com a Caixa Econômica Federal”.

7. Na audiência (fls. 64), o advogado da falida pediu que se facultasse ao devedor o direito de pagar a dívida de acordo com o art. 78, § 2.^o, da Lei Falimentar, de forma a extinguir a dívida contratual, hipoteca e alienação fiduciária, com juros e correção monetária somente até a data da decretação da falência. Justificou o pedido pela impossibilidade de devolver os bens que não mais existem.

Antes, reiterara sua tese de defesa, de que, “havendo uma duplicidade de execução, uma na 2.^a Vara Federal, esta alienação está prejudicada, pelo que deve ser julgada improcedente”. “Justifica a improcedência por ser a dívida única e o contrato indecomponível” (fls. 64).

8. Tem-se, no ato celebrado, realmente, a constituição de uma única obrigação principal, decorrente do contrato de mútuo, porém mais de um negócio jurídico, eis que nele se constituíram hipoteca, penhor mercantil (transformado, após, em alienação fiduciária em garantia), caução de crédito e fiança.

9. Na Vara Federal, promoveu a apelante a execução da dívida, no todo, sobre os bens hipotecados, tendo sido julgados improcedentes os embargos opostos pela Massa Falida, ora apelada, à execução, melhor dizendo, para cobrança do saldo devedor da dívida mais acréscimos legais e contratuais (fls. 104/107).

10. Importaria esta execução, dada a unicidade da obrigação principal, na exclusão da possibilidade de pedir a restituição, na falência, dos bens alienados fiduciariamente à credora, em garantia da mesma dívida?

Considerou o ilustre prolator da r. sentença recorrida que sim. Pensamos, *data máxima venia*, que não.

11. Com efeito, os bens alienados fiduciariamente, embora na posse direta da devedora, ora Massa Falida, integram o domínio resolúvel da credora, a recorrente, que lhes detém a posse indireta.

Daí ter-lhe a lei (art. 7.º do Dec.-lei n.º 911/69) assegurado o direito de pedir, na falência do devedor alienante, a *restituição* do bem alienado fiduciariamente.

O pedido de restituição decorre de que, pertencendo o bem ao credor, não pode ser arrecadado na falência do devedor.

Ensina, a propósito, *Orlando Gomes (Alienação Fiduciária em Garantia, RT, 1970, págs. 132/133)*:

"Estatuiu, com efeito, que, em caso de falência, o proprietário-fiduciário tem o direito de pedir a restituição do bem. Arrecadado que seja, não integrará a massa falida, eis que o falido o alienara tendo, sobre ele, tão-somente, posse nomine alieno. É óbvio, conseqüentemente, o direito do proprietário-fiduciário de reclamá-lo" — Grifos nossos.

12. É verdade que o § 1.º do art. 3.º do citado Dec.-lei n.º 911/69 faculta ao devedor, que tenha pago mais de 40% do preço financiado, requerer a purgação da mora na medida de busca e apreensão da res.

Seria extensível tal possibilidade ao pedido de restituição?

13. *Orlando Gomes (ob. cit., pág. 133)* espousa a opinião de que "a falência rescinde o contrato, frustrando a condição resolutiva. Do contrário, a massa falida poderia pagar as prestações vincendas, a

fim de reaver a propriedade do bem alienado e integrá-lo no acervo. Tal possibilidade afastou-a a lei, ao dispor que, efetuada a restituição, o proprietário deverá vender o bem, cobrar-se, e entregar à massa o saldo porventura verificado. Decai com a falência, portanto, a pretensão restitutória do devedor alienante”.

Pensa diferentemente Oswaldo Opitz (*Alienação Fiduciária em Garantia*, Rio, 1970, pág. 253), citado por José da Silva Pacheco (*Tratado das Execuções — Falência e Concordata*, 2.º vol., pág. 111). Para o primeiro autor nada impede à massa de manter o contrato, que é de natureza bilateral, devendo, nesse caso, saldar todo o débito e demais encargos na forma da lei. Conclui o segundo jurista mencionado: “Ora, se em vez de busca e apreensão, o credor pede a restituição do bem, nada haveria a impedir a purgação da mora, se esta fosse pedida pela massa no prazo de três dias, a partir do pedido de restituição” (grifo nosso). Naturalmente, se já tiver pago mais de 40% do preço financiado.

No mesmo sentido é o ponto de vista do Prof. Alfredo Buzaid (*Ensaio sobre a Alienação Fiduciária em Garantia*, Rev. Tribs., vol. 401, pág. 29).

Rubens Requião (*Curso de Direito Falimentar*, 1.º vol., 1978, pág. 246) expressa seu parecer, reportando-se a julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “O contrato de alienação fiduciária em garantia há de ser examinado, pois, sob o princípio do art. 43 da Lei de Falências, possibilitando ao síndico administrador da massa a opção de cumprir ou considerar resolvido o contrato principal”.

Conclui porém (*ibidem*): “Em síntese, para que a falência resulte, só por si, na rescisão do contrato, é necessário que exista cláusula expressa nessa sentido; do contrário, não havendo mora, o síndico poderá preferir o cumprimento do contrato, pagando as prestações devidas; em caso de mora, poderá purgá-la, restabelecendo o contrato, para lhe dar prosseguimento”.

14. À vista desses doutos ensinamentos, é de indagar-se, embora não tenha sido este o fundamento invocado pela falida e na r. sentença recorrida, para permitir a quitação da dívida total, pode esta ocorrer, na espécie, à luz daquelas razões? Se possível, o pagamento seria do total da dívida (ou do saldo devedor) do contrato?

15. A Massa Falida não requereu purgação da mora no prazo de sua contestação (fls. 22/33). O contrato de alienação fiduciária, em sua cláusula quarta (fls. 18) ratifica as demais do contrato anterior, cuja cláusula 13.ª prevê como causa de vencimento antecipado da dívida, de pleno direito, a insolvência da devedora ou da interveniente.

Por conseguinte, afigura-se-nos que, *in casu*, sobretudo por não tê-la solicitado no prazo legal de três dias a Massa Falida, não poderia a purgação da mora ser admitida na sentença. Mas, não o foi.

16. Contudo, se houvesse sido requerida, parece-nos, s.m.j., que deveria realizar-se tendo em vista o valor estimado dos bens alienados fiduciariamente (fls. 10v.), cuja propriedade passaria a ser da Massa, e não o total da dívida, objeto de outras garantias, cuja realização obedece à norma específica na legislação falimentar (art. 119). Na espécie, há ainda de considerar-se que estão os imóveis dados em hipoteca sendo objeto de execução em outro Juízo (sobre cuja viabilidade não cabe ora examinar).

Poderia, afinal, quitada toda a dívida neste processo, prosseguindo a execução em outro, advir prejuízo à Massa.

17. No entanto, o que se concedeu à apelada foi o direito de pagar toda a dívida com base no § 2.º do art. 78 do diploma falimentar, que preceitua:

"Art. 78.

.....
§ 2.º Se nem a própria coisa nem a sub-rogada existirem ao tempo da restituição, haverá o reclamante o valor estimado, ou, no caso de venda de uma ou outra, o respectivo preço. O pedido de restituição não autoriza, em caso algum, a repetição de rateios distribuídos aos credores."

18. Ora, *permissa venia*, tal dispositivo pertine a diverso assunto, não autorizando o pagamento da dívida total, liberando hipotecas constituídas sobre bens outros, tal como deferido na r. sentença recorrida. Antes, pressupõe a procedência da restituição, ou melhor, de seu pedido, dizendo respeito à devolução de seu valor, se não mais existente a *res*, ou do respectivo preço, se vendida. É outra coisa.

Não se configura, em tal preceito, qualquer direito de *remir* a dívida, que, aliás, nem cabe falar na hipótese dos autos, eis que a legislação falimentar o concede ao Síndico na situação do § 1.º do art. 120, que se não aplica ao caso.

O art. 651 do CPC não guarda relação com a espécie, sendo inadmissível sua incidência genérica em matéria falimentar, sob pena de inverter toda a ordem de preferências e privilégios dos créditos, na falência, pagando o síndico, integralmente, um credor hipotecário, v. g., antes de satisfeitos créditos privilegiados como o fiscal, trabalhista. Sob qualquer pretexto, não se pode aceitar esta tese.

19. Cumpriria, sim, é nosso modesto modo de ver, julgar procedente o pedido de restituição, mandando entregar ao reclamante os bens encontrados, cuja venda ele promoveria, pagando parte da dívida, de acordo com o Dec.-lei n.º 911/69. Quanto aos não localizados, apli-

car-se-ia o § 2.º do art. 78 da Lei Falimentar, estimando, mediante arbitramento, seu valor, que seria entregue ao credor, proprietário fiduciário.

A soma do preço da venda dos bens restituídos com a dos valores devolvidos seria abatida do crédito com que venha a habilitar-se, afinal, a recorrente na falência da recorrida.

20. Não estamos, *d.v.*, de acordo com a possibilidade de execução isolada, em juízo especial, da dívida garantida hipotecariamente, haja vista a predominância do princípio da universalidade do Juízo falimentar.

De qualquer forma, ainda que a apelante obtenha sentença final favorável na citada execução, lá não poderá promover a venda dos bens dados em garantia, arrecadados que estão na falência. Terá que comparecer, nesta, para habilitar seu crédito, na ordem de preferências e privilégios legais.

Na oportunidade, deduzir-se-á o que já lhe foi entregue, a título de restituição.

21. Em face do exposto e invocando os doutos suplementos dos eminentes magistrados dessa Egrégia Corte, opina esta Curadoria de Massas Falidas pelo provimento parcial do recurso, concedendo-se a restituição na forma ora explicitada, *s.m.j.*

Rio de Janeiro, 12 de maio de 1979.

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

2.ª Curador de Massas Falidas

NOTA: A Egrégia 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deu provimento, à unanimidade, ao recurso interposto (Apelação nº 8.925), Relator o Des. Cláudio Vianna de Lima, de acordo com o parecer publicado.