

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

PARECERES

VOLUME I

Editora Singular
São Paulo

2004

referentes a obrigações que só vieram a vencer-se posteriormente à assinatura daquele "Contrato", mas igualmente garantidas e honradas pela União Federal.⁸

4.16. Nesse sentido, para finalizar, e respondendo ao último quesito da consulta, podemos dizer que, pelas razões expostas, a União Federal está desenganadamente obrigada a (a) proceder ao aditamento do "Contrato de Refinanciamento de Dívida" de 26.09.1990, de molde a adaptá-lo aos novos termos de liquidação da dívida externa brasileira, assim como (b) a submeter ao mesmo plano de eficácia os demais contratos em moeda estrangeira, firmados pela V. Aérea com aval e fiança da União Federal, mas não incluídos no instrumento acima referido, por não se encontrarem então vencidos, de sorte que aos mesmos se apliquem os novos termos de liquidação da dívida externa brasileira.

4.17. É o nosso parecer, *sub censura*.

São Paulo, 7 de novembro de 1994

A CONSTITUIÇÃO DO PENHOR MERCANTIL ATRAVÉS DO CONSTITUTO POSSESSÓRIO

SUMÁRIO: I. O fato. II. O direito.

É admissível o penhor mercantil com a cláusula constituti. Celebrado contrato de penhor mercantil e nomeado depositário para os bens apenados, a aceitação, por este, do encargo faz presumir a tradição dos objetos dados em garantia. O penhor mercantil com essas características é válido entre as partes e eficaz em relação a terceiro, não dependendo de registro.

I. O fato

1.1. Em 31 de maio de 1990, os proprietários do chamado Grupo A. adquiriram do Grupo B. o controle societário, e, por consequência, todo o equipamento da Editora V. Ltda. (doravante designada apenas Editora V.). Nessa data, foram firmados cinco instrumentos contratuais, sendo que, no primeiro deles, foi pactuada a cessão de todas as quotas sociais da sociedade citada entre H.M. e outros, na qualidade de cedentes vendedores, e W.S. e outros, comocessionários compradores, com o pagamento, no ato, em moeda corrente do país, do preço combinado (cláusula 3).

1.2. Nesse instrumento, ficou ainda acertado que a transferência das quotas da Editora V. compreendia a integralidade dos ativos e passivos da sociedade, *com o respasso de todo o estabelecimento comercial existente* em 31.05.1990, data da assinatura do contrato, ficando os cedentes responsáveis por todas as dívidas e obrigações da empresa, contabilizadas ou não, que tivessem origem em atos realizados até a referida data, dentro do montante global de 180 milhões de cruzeiros — cifra avençada como limite dos riscos assumidos pelos cedentes na transação. A partir dessa data, e além desse limite, a responsabilidade passava a ser doscessionários (cláusula 7), que, ademais, assumiam uma série de outros compromissos, especialmente ajustados no instrumento em apreço (cláusula 5).

1.3. Firmaram também o instrumento de cessão, na qualidade de intervenientes, a A. — Editora Jornalística S.A. e a A. — Indústria Gráfica e Editora S.A. (doravante designadas A. — Editora e A. — Indústria Gráfica) e a H. Engenharia S.A. (doravante designada apenas H. Engenharia S.A.) — as duas primeiras como garantidoras das obrigações assumidas peloscessionários, e a última como garante dos cedentes. As empresas A. foram representadas no ato pelo seu controlador de então, o Sr. W.S., e a H. Engenharia S.A. por H.M., também controlador desta.

1.4. Por instrumento em separado, subscrito pelos cedentes ecessionários, a interveniente A. — Indústria Gráfica deu em penhor mercantil uma impressora rotativa

⁸ Cf. Wilson de Souza Campos Batalha, *Lei de Introdução ao Código Civil*, Rio de Janeiro: Max Limonad, v. II, t. I, a comparação entre o conceito de situações jurídicas definitivamente constituídas em confronto com o conceito de direitos adquiridos, p. 169 e ss.

off-set de sua propriedade em garantia das obrigações assumidas pelos cessionários na cessão de quotas em apreço, tendo sido designado como fiel depositário o Sr. W.S., que, nessa qualidade, assinou o documento, aceitando o encargo.

1.5. Sendo os cedentes das quotas da Editora V., através da H. Engenharia S.A., credores da empresa transacionada, em decorrência de vários empréstimos e de vários aportes financeiros, foram firmados simultaneamente mais dois instrumentos, desta feita entre a H. Engenharia S.A. e a Editora V., a fim de desvincular definitivamente aquela sociedade do patrimônio desta, a saber: (a) um instrumento de confissão de dívida, decorrente dos citados empréstimos entre as sociedades, com dação em pagamento de bens e direitos, para quitação do débito confessado, e (b) um instrumento de confissão e consolidação de dívida, decorrente dos aportes financeiros feitos pela H. Engenharia S.A. na Editora V., como empresas do mesmo grupo, visto que esta se afastava do grupo societário a que pertencia, para liquidação em 48 parcelas mensais, representadas por notas promissórias, devidamente avalizadas pelas intervenientes garantidoras.

1.6. Nessa confissão e consolidação de dívida, a A. – Editora e a A. – Indústria Gráfica aparecem, no ato, não somente como intervenientes garantidoras, avaliando as promissórias representativas do débito (cláusula 2), como também intervenientes coobrigadas, em penhor constituído através de instrumento anexo à consolidação. Nesse anexo, a devedora Editora V. dá em penhor mercantil à credora H. Engenharia S.A. bens de seu ativo, em garantia do fiel e cabal cumprimento das obrigações assumidas no contrato de consolidação das dívidas (cláusula 3), assumindo as intervenientes – doravante coligadas da devedora – a obrigação solidária nessa garantia (cláusula 8). Também aqui é indicado como fiel depositário o Sr. W.S., então controlador das empresas A. citadas, que juntamente assina o documento, aceitando expressamente o encargo que lhe foi confiado (cláusula 4).

1.7. Alguns meses mais tarde, mais exatamente em 14 de novembro de 1990, o Sr. W.S. e outros repassaram a Editora V., por eles adquirida através da operação acima descrita, ao Sr. H.L.O., através de instrumento particular de promessa de compra e venda da totalidade das ações das empresas A. Nesse instrumento, o comprador acima citado expressamente assumiu a responsabilidade solidária pelo cumprimento das obrigações de compra da Editora V. pelo Grupo A. (cláusula 5, parágrafo segundo), então repassada, ressalvando expressamente na cláusula 16 que, *verbis*:

“Enquanto o vendedor W.S. permanecer com o encargo de depositário fiel dos bens constantes dos contratos de penhor mercantil firmados, tendo como credora H. Engenharia S.A., H.M., R.F.M. e C.D.M., e relacionados nos Anexos VI e VII deste, não poderão os bens gravados com a garantia real ser alienados, removidos do local estabelecido nos contratos, ou de qualquer outro ato que importe na caracterização de inadimplemento do fiel depositário, sob pena de o comprador responder por uma multa equivalente a cinqüenta por cento do valor deste contrato. A

multa ora estabelecida somente será exigida caso os credores executem os contratos de penhor contra o fiel depositário”.

1.8. Eis que, no curso do ano de 1993, ao excluir o crédito pignoratício em tela, em ação de execução promovida contra a Editora V. perante o MM. Juízo da 7.ª Vara Cível da Capital (Proc. n. 342/93), meses depois de lavrado o auto de penhora sobre os bens dados em garantia real, nos termos do art. 655, § 2.º, da lei processual, foi a credora H. Engenharia S.A. surpreendida pela informação de que uma das máquinas apenhadas, que estava depositada nas instalações da gráfica da devedora, sob a guarda do fiel depositário, fora indevidamente removida, a título de alienação, para o parque industrial da Prol Editora Gráfica Ltda., situada à Rua Martin Buehard, n. 245, com desrespeito ao avençado na cláusula acima transcrita, assim como ao disposto no instrumento de penhor, adjecto à consolidação de dívida firmada entre a H. Engenharia S.A. e a Editora V., e que faz parte integrante desse compromisso.

1.9. Com efeito, no instrumento de penhor mercantil citado está devidamente descrita e caracterizada (cláusula 1), entre outros bens dados em garantia, uma máquina alceadeira, com as seguintes características:

“Quantidade: (01) Discriminação: Linha automática para alcear cadernos, encapar livros, marca Mueller Martini, mod. 201-S, Pony 5, de fabricação suíça”.

E a seguir, na cláusula 4, vem expressamente pactuado que, *in verbis*:

“Os bens dados em Penhor Mercantil ficarão depositados até o dia 31.12.1990 nas atuais instalações da gráfica, à Rua Afonso Celso, 243, 2.º andar, sob a guarda e/ou custódia de pessoa identificada no preâmbulo deste, o qual assume a obrigação e a responsabilidade de fiel depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal, mediante assinatura no presente. Os bens serão transferidos, obedecido o avençado no item C abaixo, para outro local, a ser devidamente cientificado pela devedora à credora”.

Ora, a credora, H. Engenharia S.A., nunca foi cientificada dessa remoção, permanecendo sempre convicta de que os bens se encontravam no local original.

1.10. Dando seqüência ao feito, a exequente requereu ao d. Juízo, e este deferiu, que um oficial de justiça comparecesse à sede da empresa em tela, e fizesse a constatação da existência, no local, da máquina penhorada, tendo o meirinho, uma vez feita a diligência, lavrado o competente auto em 7 de junho de 1993, certificando a existência da máquina penhorada naquele local.

1.11. Em 5 de agosto de 1994, a Prol Editora Gráfica Ltda. (doravante designada

apenas Prol) ingressa com embargos de terceiros contra a H. Engenharia S.A. perante o mesmo MM. Juízo, em virtude de distribuição por dependência à ação de execução, opondo os seguintes argumentos, com vista a obter a declaração de nulidade do penhor e a exclusão da penhora sobre o equipamento instalado em sua sede:

1.º) A Prol adquiriu, por via de um contrato de arrendamento mercantil, firmado com a Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil, um equipamento formado por uma máquina marca Mueller Martini, composta de 15 unidades de alceamento, modelo 201, e uma unidade de colagem modelo Pony 3020, figurando como fornecedora a A. - Editora Jornalística Ltda. A máquina lhe foi entregue em 03.03.1993, e, desde então, está instalada em sua sede, acoplada a outra máquina, de sua propriedade, em pleno funcionamento. Ora, a máquina em apreço é identificada pelo seu número de fabricação, e esse número não consta nem do instrumento de penhor, nem dos autos da penhora, falecendo assim aos mesmos o requisito da detalhada especificação do objeto apenhado e penhorado, exigido em lei para valerem contra terceiros (CC, art. 761, IV; CPC, art. 655, II).

2.º) De resto, ainda que se tratasse do mesmo equipamento, o penhor não poderia prevalecer contra a Prol, porque nulo de pleno direito, posto que, embora nominado como penhor mercantil, e celebrado entre dois comerciantes, o penhor em pauta é, de fato, civil, já que acessório de uma obrigação de natureza civil, "qual seja um mútuo que a embargada fez à *Editora V.*". Ora, sendo civil, impunha-se a tradição efetivada coisa, já que a "tradição efetiva" é condição essencial da constituição do penhor civil (CC, arts. 768-769) - tradição essa que não teria ocorrido na hipótese em causa, já que os bens permaneceram, na ocasião, na posse da empresa devedora;

3.º) Ademais, ainda que as normas do Código Comercial se aplicassem à hipótese dos autos, e se admitisse a possibilidade da ocorrência, no caso, da tradição simbólica (Ccom, art. 274, combinado com o art. 200), "as partes não a pactuaram, e não exerceram nenhum dos atos previstos no art. 200 do Código Comercial, caracterizadores da tradição simbólica", sendo ainda certo que "a devedora sequer aceitou o encargo de depositária do equipamento, que ficou com uma terceira pessoa" - o Sr. W.S., nomeado fiel depositário.

4.º) Nem ainda se diga se trata de penhor especial, ou seja, de penhor industrial, onde se dispensaria a tradição do bem dado em garantia, ficando a devedora como depositária do mesmo, visto que, atualmente, depois do Decreto-lei n. 413, de 9 de janeiro de 1969, que revogou expressamente a legislação especial sobre penhor industrial, existe apenas em nosso direito o penhor industrial de natureza cedular, em que é de rigor que o credor acuse a condição de instituição financeira, o que não é, por suposto, o caso da H. Engenharia S.A., que aliás não subscreveu nenhuma cédula pignoratícia.

I.12. Estes os fatos. Examinemos, agora, os princípios jurídicos que informam os argumentos opostos pela embargante, tirando as necessárias conclusões.

II. O direito

2.1. Deixando de lado a querela sobre a especialização da máquina dada em garantia, que evidentemente não é séria nem sensata (a máquina alceadeira, que se encontra com a Prol, e que foi adquirida muito significativamente da própria A. - *Editora*, é, sem sombra de dúvida, exatamente aquela descrita na convenção de penhor e no auto de penhora). Vejamos os argumentos de ordem jurídica levantados pela embargante.

2.2. Inicialmente, abordemos a questão da configuração do penhor, constituído entre a *Editora V.* e a H. Engenharia S.A. como "penhor mercantil", e que é contestada pela Prol. Como se sabe, dado o caráter acessório do penhor (cujo conceito está inexoravelmente ligado à idéia de uma obrigação principal a ser garantida), ele será civil ou comercial, de acordo com a natureza que a obrigação principal revista. Assim, o Código Comercial brasileiro, no art. 271, ao conceituar o penhor, estipula que ele será mercantil quando "uma coisa móvel" for dada ao credor "pelo devedor, ou um terceiro, por ele", "em segurança e garantia de obrigação *comercial*". O sinal que distingue o penhor mercantil reside, pois, na natureza da obrigação garantida. Se a obrigação garantida é mercantil, mercantil será o penhor.¹

2.3. Ora, em relação à questão da qualificação dos contratos e obrigações mercantis, é assente no nosso direito positivo que o critério da sua comercialidade reside na sua inserção, ou não, no fluxo da atividade empresarial da sociedade. É o que ensina o Professor Fábio Comparato:

"Deve-se admitir, *ab initio*, que as obrigações de um contrato mercantil são, obviamente, dessa natureza. A esse respeito, a observação, tantas vezes citada de Carvalho de Mendonça, quanto à redação do art. 121 do Código, frisa à evidência. Não há, no Código Comercial, uma definição geral do que deva ser considerado como contrato mercantil. No entanto, a respeito de vários contratos em particular, há normas definidoras de um critério distintivo específico. (...) Onde não existe a indicação desse critério distintivo - como na locação ou no mútuo - deve-se admitir que a comercialidade do contrato resulta de sua inserção no fluxo da atividade empresarial ou mercancia".²

2.4. Ora, os aportes de recursos realizados pela H. Engenharia S.A. à Editora V. são operações financeiras feitas entre sociedades do mesmo grupo econômico, que se inserem, desenganadamente, "no fluxo de sua atividade empresarial ou mercancia". Por conseguinte, essas operações revestem a natureza de operações comerciais.

¹ Fran Martins. *Contratos e obrigações comerciais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 412; Orlando Gomes (*Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 376): o penhor mercantil "difere do penhor civil tão-somente pela natureza da obrigação que garante".

² *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 252.

2.5. Dir-se-á que essas operações foram realizadas esporadicamente pelas sociedades, e que, assim sendo, não configurariam propriamente uma "atividade"? Quer dizer uma série de atos profissionais, coordenados em função de um fim econômico unitário? Ou dizendo a mesma coisa de outra maneira: dir-se-á que a atividade desenvolvida pelas sociedades citadas não abrangeria esses atos isolados, na medida em que eles foram realizados sem habitualidade, e até porque a atividade financeira habitual seria privativa das instituições financeiras para esse fim constituídas?

2.6. Nada mais falso. Como explicou o Professor Oscar Barreto Filho, no seu clássico livro sobre o estabelecimento comercial,³ sem negar o valor do fenômeno quantitativo, a verdade é que, na conceituação de atividade, a comercialidade do ato, embora revelado por sua inserção no fluxo das operações empresariais, se aplica às relações jurídicas, mesmo quando consideradas isoladamente, mas produzidas pela empresa no exercício da uma atividade econômica organizada.

2.7. Forçando a mão, a embargante insistiu na versão de que o penhor, na espécie, fora constituído para "garantir *uma obrigação* de natureza civil e não comercial, contraída em decorrência de mútuo em dinheiro e não de ato de comércio". Na verdade, não foram *um*, mas *vários e repetidos* os aportes financeiros feitos pela *H. Engenharia S.A.* junto à *Editora V.*, como empresas do mesmo grupo, aportes esses feitos para vários fins, inclusive para futuro aumento de capital (não apenas mútuo, portanto), e que se inserem no fluxo da atividade empresarial desenvolvida pelas sociedades em apreço, no corpo de um grupo econômico.

2.8. Esses aportes financeiros se inserem, portanto, no fluxo da atividade de qualquer empresa não-financeira, pertencente a um grupo de sociedades interligadas, e são não só comuns, como perfeitamente legítimos e eficazes, desde que observados certos parâmetros, que a legislação especial estabelece para distingui-los das operações privativas das instituições financeiras.⁴

2.9. Sendo as obrigações decorrentes desses aportes de natureza comercial, comercial será o penhor que venha a garanti-los, de acordo com a regra de que o acessório segue o principal (CC, art. 59). Ora, a tradição efetiva da coisa dada em garantia é essencial à constituição tanto do penhor civil como do penhor mercantil (CC, art. 768

e Ccom, art. 271), mas no penhor mercantil, ao contrário do penhor civil, admitem-se também a tradição simbólica e o constituto possessório, que implica em uma tradição ficta, a teor do que dispõe o art. 274, combinado com o art. 199 do Código Comercial.

2.10. Para que se compreenda a maior elasticidade do penhor mercantil, acima apontada, façamos as distinções. Diz-se tradição *efetiva* a entrega material da coisa, perfazendo-se o penhor com a posse direta do objeto pelo credor (CC, art. 769). *Simbólica* se diz a tradição que não se realiza pela entrega e apreensão material da coisa, porém mediante a transmissão simbólica da posse, pelos modos indicados pelo art. 200 do Código Comercial, adquirindo o credor a posse pela disponibilidade da coisa (CC, art. 493, II). Em todos eles, o que se transmite é a posse direta, ficando o devedor com a indireta. No constituto possessório, há a inversão dessa situação, ocorrendo uma *tradição ficta*: por convenção, sem o fato da entrega material ou simbólica da coisa, o credor apreende através da pessoa mesma do devedor — ou de terceiro por ele indicada — a coisa apenhada. Em outras palavras, o penhor, instituído através do constituto possessório, se aperfeiçoa mediante a transmissão da posse indireta do objeto apenhado para o credor, permanecendo o devedor com a posse direta.⁵

2.11. No que toca à admissibilidade da constituição do penhor mercantil através do constituto possessório, a matéria comportou uma certa discussão em tempos passados, como nos dá conta o Professor Waldemar Ferreira, mas que hoje está definitivamente consagrada em termos doutrinários e jurisprudenciais, mormente após a superveniência da Lei n. 2.666, de 1955. Nesse sentido, esclarece Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, no seu recente *Penhor e anticrese*,⁶ autor de simpatia da embargante, *verbis*:

"Com este (o constituto possessório) não se confunde nem a tradição efetiva nem a tradição simbólica. Contudo, fato legislativo superveniente vai sustentar a tese da admissibilidade. Com efeito, diz o art. 1.º da Lei n. 2.666, de 6 de dezembro de 1955, que 'independe de tradição efetiva o penhor mercantil dos produtos agrícolas existentes em estabelecimentos destinados ao seu benefício ou transformação', e, por se lhe aplicarem as normas que regem o penhor rural, o empenhante passa a ser depositário, titular da posse imediata, e transmitindo ao credor a posse mediata, ou indireta. É verdade que a Lei n. 2.666/55 se refere ao específico penhor mercantil de produtos agrícolas e não a todos. Porém, pragmaticamente, não se vê sentido ao se permitir o constituto possessório somente ao de produtos agrícolas, quando, em outros, também se declara a necessidade de só mediatizar a posse do credor. Daí perfeitamente possível, em sede de interpretação integradora, se admitir o constituto possessório para todos os penhores mercantis, utilizando-se da analogia. Pontes de Miranda vai mais longe:

³ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 157.

⁶ *Penhor e anticrese*. Rio de Janeiro, Aide 1986. p. 160-161.

³ *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 22, nota 27: "Sem negar o valor do fenômeno quantitativo, que se reflete no conceito de 'atividade', em contraposição a 'ato', é certo que os resultados, embora *revelados* ou *criados* pelas operações em massa, também se aplicam extensivamente às relações da mesma natureza, quando consideradas isoladamente".

⁴ Walter Douglas Stuber, no seu estudo *Empréstimos entre sociedades*, publicado na *Revista de Direito Mercantil* 68/30, conclui da seguinte forma: "Em vista do exposto, podemos afirmar que os empréstimos entre pessoas jurídicas não financeiras, integrantes do mesmo grupo econômico ou não, são operações eficazes e legítimas no Brasil, observados os parâmetros acima indicados" (correção monetária e custos vigentes de mercado etc.).

‘O art. 1.º da Lei n. 2.666 tem significação apenas de explicitação, por atender a possibilidade de penhor sem entrega da posse imediata e por assentar que o penhor de produtos agrícolas possa ser mercantil’ (*Tratado de direito privado*, 3. ed., Revista dos Tribunais, 1983, t. XXI, p. 89)’.

2.12. Voltemos, agora, ao caso em exame. Com acima sumariamos, em confissão e consolidação de dívidas comerciais, decorrentes de aportes financeiros interempresariais firmada entre a *H. Engenharia S.A.*, na qualidade de credora, e a *Editora V.*, como devedora, esta convencionou dar àquela, em garantia do fiel e cabal cumprimento das obrigações assumidas no contrato, uma série de equipamentos, devidamente discriminados, em penhor mercantil, equipamentos esses que permaneceriam nos seus estabelecimentos. No mesmo ato, foi nomeado fiel depositário dos bens apenhadados pessoa física (proprietária das quotas da devedora, mas, por certo, terceiro juridicamente alheio à convenção principal), que, nessa condição, assinou o instrumento.

2.13. Pois bem, à vista do relatado, a embargante arguiu que, na espécie, o penhor não se completou (é, por conseguinte, deveria ser considerado nulo e ineficaz), porque não houve a efetiva entrega da coisa, nem sequer a tradição simbólica, pela ausência de quaisquer dos atos indicados no art. 200 do Código Comercial. Ora, na realidade, o penhor mercantil foi pactuado, no caso, mediante constituto possessório (cláusula *constituti*), o que implicou na *tradição ficta ou presumida* dos bens apenhadados em favor de terceiro expressamente indicado pelas partes como depositário dos mesmos.

2.14. É farta a manifestação de nossas cortes a respeito do assunto. A título de ilustração, transcrevemos a seguir alguns precedentes jurisprudenciais, que se ajustam ao caso como uma luva, *verbis*:

“Celebrado contrato de penhor mercantil e nomeado depositário para os bens apenhadados, a aceitação, por este, do encargo faz presumir a tradição dos objetos dados em garantia. Dessarte, a falta de entrega dos mesmos caracterizará a infidelidade do depositário, sujeito assim às sanções previstas. *Admissível é o penhor mercantil sob a cláusula ‘constituti’* (ementa). Nomeado, como foi, uma pessoa física depositária, daí se conclui ter havido efetiva tradição das coisas objeto do penhor, figurando o ora agravante nessa qualidade – não mais como representante físico da pessoa jurídica devedora, mas como responsável pessoal e direto, pelo depósito, na verdade como representante da própria credora. (...) Outrossim, cabe lembrar a lição de Pontes de Miranda: ‘o penhor mercantil pode fazer-se com a posse imediata indo ao outorgado, ou indo ao outorgado a posse imprópria, ficando ao outorgante a posse própria e imediata, ainda que seja mediante ‘constituto possessório’” (acórdão unânime de 01.08.1967 da Segunda Câmara Civil do TJSP, no Agravo de Instrumento n. 160.241, relator Adriano Marrey, pres. com voto, Almeida Bicudo, RT 391/173).

“Bento de Faria, comentando o artigo 274 do Código Comercial, leciona que a ‘tradição é necessária para a constituição do penhor, podendo entretanto operar-se real ou

simbolicamente. (...) A tradição verifica-se ou pela posse efetiva da coisa ou por acórdão expresso ou presumido das partes em considerá-lo existente’. Em seguida, fazendo a distinção entre o penhor civil e mercantil pondera que, ‘em se tratando de penhor mercantil, em que a tradição se pode operar como no constituto possessório, isto é, o que entrega (*tradens*) reserva-se pelo contrato a detenção da coisa, e o que aceita (*accipiens*) adquire a respectiva posse pelo fundamento único da cláusula contratual’ (*Código Comercial brasileiro*, v. I, p. 338). (...) No caso *sub iudice*, o simples fato de outros, que não a devedora, ainda que sócios da mesma, terem se tomado depositários das mercadorias apenhadadas revela inescusavelmente a existência de tradição efetiva, que não material” (acórdão unânime de 28.02.1973, da Quinta Câmara do 1.º TASP, na Apelação Cível n. 188.956, relator Octavio Stucchi, pres. com voto, Carlos A. Ortiz, JTAC 25/87).

“Indiscutível não haver penhor mercantil sem a tradição. Todavia, o Código Comercial (art. 274), ao se referir à entrega, admite a real ou simbólica, ou pelos mesmos modos pelos quais se pode fazer a tradição da coisa vendida (art. 199), nos quais se incluem, como é bem de ver, todos os modos de transmissão de posse, ou seja, a tradição simples ‘a brevi’ e ‘longa manu’, a cessão da pretensão à entrega e o constituto possessório” (acórdão de 16 de outubro de 1969 da Oitava Câmara do TASP, na Apelação Cível n. 129.966, Relator Gonçalves Santana e pres. com voto Gomes Corrêa, RT 411/203).

2.15. Nesse mesmo diapasão, existem vários outros acórdãos do E. Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, publicados na RT 375/309, 413/195, 594/133 etc.

2.16. Essa jurisprudência dos tribunais paulistas, de resto, foi expressamente endossada pela Suprema Corte:

“Uma vez celebrado o penhor mercantil e nomeado depositário para os bens respectivos, a aceitação do encargo faz presumir a tradição dos objetos dados em garantia e a falta de sua entrega caracterizará a infidelidade do depositário que assim fica sujeito às sanções previstas (ementa) (...) Tem-se a respeito a lição de Pontes de Miranda, para quem é admissível em matéria comercial a entrega da posse pelo constituto possessório ficando ao devedor a posse própria e imediata (cf. *Tratado de direito privado*, t. 20/432). De igual modo a jurisprudência tem se manifestado, ao decidir que, uma vez celebrado o penhor mercantil e nomeado depositário para os bens respectivos, a aceitação do encargo faz presumir a tradição dos objetos em garantia (RT 391/173)” (acórdão de 30.04.1974 da 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, Relator Ministro Rodrigues de Alekrmin, no Recurso Extraordinário n. 72.500, RT 476/235).

2.17. Nem se sustente ainda a ineficácia desse penhor em relação à embargante, que seria terceiro na relação garantida, sendo válido apenas *inter partes*, dada a ausência

de competente publicidade. Com efeito, a posse do objeto móvel pelo credor pignoratício vale o mesmo que o registro, dado que a constitutividade dos direitos reais mobiliários se dá pela simples tradição, por expressa referência da lei (CC, art. 675). O penhor mercantil é mobiliário e, portanto, se e enquanto houver tradição, seja efetiva, seja simbólica, independe de qualquer registro. Dir-se-á, porém, que, na constituição do penhor mercantil pelo constituinte, não haveria falar em tradição que “publique” o direito com eficácia *erga omnes*, donde a necessidade do registro para valer contra terceiros? E, assim sendo, não tendo havido esse registro no caso em exame, como de fato não houve, o penhor em pauta não poderia ser oposto contra terceiros?⁷

2.18. Ora, essa argumentação prova demais. O constituinte possessório também implica em tradição – ficta ou presumida, como frisamos. Como assinala o Professor Ruy José Rache em substancioso artigo sobre a matéria,⁸ o registro do penhor mercantil, preconizado por muitos para evitar dúvidas e impugnações tanto na tradição simbólica como na tradição ficta, seria apenas uma providência *recomendável* para melhor externar a tradição, nunca para validá-las *erga omnes*, porque a lei não o exige. Seja qual for a modalidade de tradição, o penhor constituir-se-á pela posse – material, simbólica ou ideal. Não há motivo para tratamento diferenciado entre a tradição simbólica e a tradição ficta ou presumida. *Seja como for; toda essa questão é ociosa, porque o penhor em tela foi devidamente registrado.*

2.19. Nem muito menos se diga que, havendo o Decreto-lei n. 413, de 9 de janeiro de 1969, revogado a legislação anterior relativa ao penhor industrial, admitindo doravante apenas o penhor industrial constituído cedularmente por instituições financeiras, tome sempre civil todo o penhor constituído após essa data mediante instrumento público ou particular por empresas não-financeiras, sem emissão de cédula, e tendo por devedora empresa que se dedique à atividade industrial. E, em se reputando civil, inidôneo se tomaria o penhor sem a tradição efetiva.⁹

⁷ É o que contraditoriamente sustenta Tupinambá Miguel Castro do Nascimento na obra já citada, p. 161.

⁸ Ruy José Rache, Penhor mercantil, RT 414/16: “Das considerações expendidas, decorre a primeira lição: no penhor civil o registro é obrigatório para eficácia ‘erga omnes’, enquanto que, no penhor mercantil, o registro é facultativo, circunstância que mais claramente se configura face à interpretação hoje remansosa da inaplicabilidade da norma expressa do art. 135 do CC aos contratos comerciais”.

⁹ É a opinião muito afortunadamente sustentada pelo citado Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, em que se baseia o embargante (op. cit., p. 135): “Tal tipo de penhor civil, penhor não considerado especial e se regulando pelas normas jurídicas constantes do Código Civil. Só um acentuado saudosismo ou a não ciência da legislação moderna é que explicam a sua denominação como penhor industrial”. Mas pergunta-se: se a obrigação garantida pelo penhor – como ocorre na hipótese em exame – for de natureza mercantil? O penhor não será também mercantil? Não consta que o decreto-lei tenha revogado também o art. 271 e seguintes do Código Comercial brasileiro, os quais, sem saudosismo, continuam em vigor.

2.20. Na verdade, se o penhor garante obrigação mercantil, deve ser reputado penhor mercantil, com todas as implicações que essa caracterização impõe, admitindo-se, para a espécie, tanto a tradição simbólica quanto a tradição presumida ou ficta. O penhor constituído pela *Editora V.* em benefício da *H. Engenharia S.A.* abrange, por certo, máquinas e aparelhos usados na indústria, mas é de natureza mercantil, e desde quando celebrado foi assim caracterizado, daí a absoluta idoneidade do constituinte possessório que resulta dos seus termos.¹⁰

2.21. Em suma: irata-se inequivocamente de penhor mercantil, juridicamente válido e absolutamente eficaz em relação a terceiros, convertido em penhor incensurável, razão pela qual estamos absolutamente convencidos de que o MM. Juízo, a quem está afeto o desate da matéria, irá repelir os embargos opostos pela Prol, mantendo a penhora lavrada e condenando a embargante nas custas e nos ônus de sucumbência, por ser de Justiça.

2.22. É o nosso parecer, s.m.j.

São Paulo, 9 de fevereiro de 1995

¹⁰ De notar que a E. Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, em caso semelhante, já decidiu não ser essencial que se estipule, no contrato, de modo expreso, a cláusula ‘constituí’, bastando que ela resulte clara dos seus termos (RT 184/744) (acórdão de 16 de outubro de 1969 da Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, nos autos de Apelação n. 129.966, Gomes Corrêa, pres. com voto, Gonçalves Santana, relator, RT 411/204)