

**Eduardo Salomão Neto**

**DIREITO  
BANCÁRIO**

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S.A. - 2007

Normalmente, as *legal opinions* financeiras não fazem afirmações sobre matérias que envolveriam a verificação de fatos materiais não passíveis de comprovação documental direta, como a não-violação de outros contratos, inexistência de contencioso judicial ou administrativo que possa onerar financeiramente o devedor ou ter influência material em seus negócios etc. Muitas dessas afirmações factuais simplesmente não devem ser feitas por advogados. Por exemplo, não é correto afirmar que contrato de fornecimento de serviços técnicos para um projeto sendo financiado foi cumprido, se a verificação do cumprimento não está dentro das aptidões técnicas do advogado que faz afirmações, por envolver conhecimento de engenharia.<sup>548</sup> Já as afirmações passíveis de verificação podem ser feitas, embora nunca levianamente, mas somente após análise factual. Um exemplo desta última categoria seria a afirmação da inexistência de contencioso judicial relevante, que só pode ser determinada após a extração das certidões respectivas.

Definir a função da *legal opinion* é mais difícil do que enunciar seu conteúdo. Sem dúvida, trata-se de carta que implica responsabilidade para os advogados que a assinam, inclusive no campo patrimonial, ao mesmo tempo em que seu conteúdo deveria trazer afirmações supostamente tranquilizadoras para os destinatários. Entretanto, a responsabilidade profissional do advogado que deixasse de verificar a capacidade das partes, ou permitisse que seus clientes assinassem documentos inválidos, parece-nos que existiria mesmo sem ter ele assinado qualquer *legal opinion*. Essa responsabilidade pesaria, aliás, mesmo sobre o advogado da parte que recebe empréstimo ou emite bônus, em caso de permitir que seu cliente assinasse documento inválido e recebesse desembolso com base nele. Tomando como parâmetro a lei brasileira, que certamente reflete regra encontrada na maior parte dos países, o consultor jurídico participaria de conduta dolosa, descrita no artigo 147 do Código Civil de 2002.<sup>549</sup> É inegável ainda que as *legal opinions* elevam os custos de transação da negociação, na medida em que sua linguagem precisa ser negociada. Elevam também os custos financeiros, especialmente considerando que tal negociação é freqüentemente levada a cabo por advogados remunerados por tempo de trabalho.

Com estas inconveniências, talvez a melhor forma de explicar a adoção das *legal opinions* pertença ao domínio da psicologia: o gosto disseminado no ambiente

548 Sobre tal contrato, veja-se o título 7.11, "Financiamento de Projetos com Recursos Internacionais (*Project Finance*)", no item "Contratos Operacionais" e subitem "Contratos de Operação e Fornecimento".

549 "Artigo 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado."

legal pela formalidade, e, em se tratando da cultura legal norte-americana, por repetições tautológicas de direitos e garantias.<sup>550</sup>

#### 7.14 As Garantias Bancárias

O termo *garantia* tem como significado vulgar o ato ou efeito de se assegurar, de se conferir certeza, segurança. Em sentido jurídico, é qualquer forma de segurança conferida a determinado titular de direito subjetivo, em relação a tal direito. As garantias são, assim, aqueles mecanismos que buscam assegurar a efetivação, sem prejuízos para o credor, do direito que lhe aproveita.

As garantias se sujeitam a uma característica unificadora. Podem ser consideradas como tais todas as promessas de pagamento ou vantagens concedidas ao credor em caráter subsidiário ou acessório em relação a uma dívida principal, de forma que, desaparecendo a dívida principal, também a garantia perca a razão de ser. Por extensão, consideramos também como tendo a natureza de garantia o aval apostado em títulos de crédito. Isso a despeito de o avalista, segundo a teoria geral dos títulos de crédito, ser considerado devedor principal.<sup>551</sup> A razão disso é que na prática comercial ele normalmente é executado, quando isso é necessário, apenas se comprovada a impossibilidade ou ao menos a negativa de pagamento por parte do devedor principal.

Muitas das operações bancárias que analisamos envolvem a concessão de crédito pela instituição financeira, a qual deve ser lastreada por garantias, evitando a perda do capital da instituição financeira.

A exigência de constituição de garantias suficientes pela instituição financeira em relação aos tomadores de seus recursos transcende a simples boa prática administrativa, chegando mesmo a ser imposição legal. De fato, o artigo 4º, parágrafo único da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, relativa aos crimes do colarinho branco, considera delituosa a gestão temerária de instituição financeira. Na esfera regulamentar igualmente se verifica a imposição

550 "But whatever view one may hold on the desirability, or even utility, transaction legal opinions in financial transactions are so well entrenched globally that they are a standard expectation of laymen and imbued with mystical significance. This of course is a characteristic of all ceremonial rites, and one should not cavil too much at the mortal desire for traditional show" (Philip Wood, *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, cit., 12-3, p. 216).

551 O artigo 32 da Convenção anexa ao Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966, considera o avalista devedor principal, mesmo quando a obrigação do emitente do título é nula.

às instituições financeiras de obtenção de garantias suficientes para suas operações.<sup>552</sup>

As garantias bancárias em regra não apresentam especialização em relação às garantias não bancárias<sup>553</sup> e as modalidades que podem garantir as operações civis podem também garantir as operações bancárias. A única possível exceção para isso se refere à alienação fiduciária em garantia criada pela Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, em especial após o advento da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, como veremos.

Dito isto, as garantias bancárias podem ser, como as garantias em geral, pessoais ou reais. A diferença entre elas é simples: nas garantias pessoais, um terceiro se coloca no lugar do devedor, prometendo cumprir a obrigação se o devedor não o fizer, ou alternativamente ao devedor. Nas garantias reais, um bem é reservado ao credor para pagamento da dívida, caso o devedor não o faça. As garantias pessoais são a fiança e o aval, e as reais o penhor, a hipoteca, a anticrese, a alienação fiduciária e a propriedade fiduciária.

Ao tratar das garantias especificadas, tema clássico do Direito Privado, nos preocuparemos basicamente com questões derivadas de seu uso no mercado financeiro, em operações feitas com clientes de instituições que nele operem.

## As Garantias Pessoais

### Fiança

Duas são as principais observações a fazer relativas ao contrato de fiança e seu uso bancário, ambas derivadas da análise dos princípios que regem esta figura. A primeira notação a fazer em relação à fiança e seu uso em transações bancárias é seu caráter contratual. A fiança nasce sempre de um contrato, entre o fiador e o credor afiado, segundo o artigo 818 do Código Civil de 2002. O devedor não é necessariamente parte no contrato com o fiador, e o artigo 820 do Código

<sup>552</sup> Veja-se o item IX da Resolução nº 1.559, de 22 de dezembro de 1988, do Conselho Monetário Nacional (CMN) (com redação dada pela Resolução nº 3.258, de 28 de janeiro de 2005, também do CMN): “IX – É vedado às instituições financeiras: a) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos; (...)” Para os Bancos de Desenvolvimento, em especial, a necessidade de adequadas garantias é disciplinada de modo bastante pormenorizado na Resolução nº 394, de 3 de novembro de 1976, do CMN.

<sup>553</sup> Mesmo durante a vigência do anterior Código Civil de 1916, que coexistia com as disposições ora revogadas do Código Comercial de 1850 relativas ao Direito Comercial Terrestre, a posição já era a mesma. De fato, as regras sobre fiança e penhor mercantis constantes respectivamente dos artigos 256 a 263 e 271 a 279 do Código Comercial não diferiam substancialmente das aplicáveis à fiança e penhor civis. Como é sabido, o Código Civil de 2002 unificou os regimes.

Civil de 2002 destaca que a fiança pode ser estipulada ainda mesmo sem o consentimento do devedor.

Devemos comparar este princípio com a prática de se documentarem garantias bancárias sob a forma de cartas dirigidas ao credor, normalmente chamadas de cartas de fiança. A previsão de abertura de tais cartas se contém muitas vezes em um contrato prévio, denominado de contrato de fiança, este sim entre devedor, credor e fiador, prevendo de maneira pormenorizada a forma de emissão da garantia, a indenização pelo devedor ao fiador em caso de a fiança ter de ser honrada etc.

Essa forma de documentar a operação de fiança não é correta, porque a promessa final emitida não tem forma contratual e, portanto, deve ser evitada. A carta de fiança produzida acaba por ter a natureza de uma promessa de pagar na ocorrência de inadimplemento, de que trataremos na sequência.

A segunda observação a fazer é que a fiança é sempre contrato acessório em que o fiador aceita responsabilidade por dívida de terceiro. A principal consequência disso é que, eliminada a responsabilidade do principal obrigado, deve também desaparecer a responsabilidade do fiador. Nisso a fiança se distingue totalmente do seguro de crédito e das cartas de crédito, em que o obrigado faz promessa em nome próprio e responde por dívida própria. Assim, por exemplo, o segurador no seguro de crédito que paga por dívida não honrada pelo devedor não o faz como fiador deste, mas quita sua própria obrigação. A dívida não paga é mero sinistro, como tal contratualmente definido, cuja principal consequência é gerar o pagamento indenizatório, assim como a morte geraria pagamento indenizatório caso se tratasse de seguro de vida. Raciocínio análogo existe em relação às promessas unilaterais de pagamento sob a forma de cartas de crédito: são feitas pelo devedor principal, geralmente um banco, para ter eficácia em caso de não-pagamento ou em caso de apresentação de solicitação por uma parte. Nestes casos, o inadimplemento ou solicitação do credor constituem simples condições para a eficácia da promessa efetuada. As promessas unilaterais do tipo das cartas de crédito eram alvo de previsão expressa no artigo 264 do Código Comercial de 1850, ora revogado. A revogação não prejudica sua existência, em nosso entender, sendo as referidas cartas uma fonte de obrigação por ato unilateral, ao lado dos casos previstos nos artigos 854 a 886 do Código Civil de 2002.<sup>554</sup>

O Código Civil de 2002 enuncia em seu artigo 824 uma das consequências do caráter acessório da fiança: as obrigações nulas não são suscetíveis de fiança,

<sup>554</sup> Os atos unilaterais expressamente previstos no Código Civil como criadores de obrigações são a promessa de recompensa, a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa. Sobre as cartas de crédito, veja-se título 7.6 deste livro, “As Operações de Crédito Documentário, as Cartas de Crédito e as *Comfort Letters*, no item “Cartas de Crédito” e subitem “Contrato de Abertura de Crédito e Carta de Crédito – Natureza Jurídica”.

exceto no caso de a nulidade ter resultado da simples incapacidade pessoal do devedor.

Ainda deve ser notado em relação à fiança que o credor pode exigir a substituição do fiador, nas hipóteses de este cair em insolvência ou de se tornar incapaz (artigo 826 do Código Civil de 2002). Este dispositivo, que tem o escopo de manter efetiva a garantia, deve ser analisado em face do inciso I do artigo 1.425 do Código Civil de 2002, seu correlato na disciplina da hipoteca, penhor, anticrese e propriedade fiduciária.<sup>555</sup> Referido inciso determina que o desfalque da garantia real pela deterioração ou mera depreciação do bem enseja o seu reforço ou substituição. Percebe-se que a salvaguarda que beneficia o credor garantido por um dos direitos reais mencionados é em princípio mais abrangente do que a do credor beneficiário da fiança. Isto pois, em sua literalidade, o artigo 826 não cobre a simples redução patrimonial relevante do fiador, que seria o correspondente à mera depreciação do bem. Nesta hipótese de redução patrimonial sem incapacidade ou insolvência, restaria ao credor com garantia fidejussória intimar o devedor para reforçar a garantia com base no artigo 333, III, do Código Civil de 2002, sob pena de vencimento antecipado da dívida.<sup>556</sup>

O fiador que paga inteiramente a dívida se sub-roga nos direitos do credor, conforme o artigo 831 do Código Civil de 2002. Em decorrência disso, é prática bancária no caso de dívida a ser amortizada em prestações a restrição contratual do direito de sub-rogação do fiador até que a totalidade do devido à instituição financeira seja quitado. Do contrário, em virtude da sub-rogação o fiador concorre, pelas parcelas por ele eventualmente quitadas, com o credor principal, com risco de diminuir o quinhão deste em caso de insolvência do devedor.

Nas transações bancárias, uma série de privilégios do fiador também costuma ser excluída, com o objetivo de tornar mais efetiva a garantia prestada. Tais são aqueles descritos nos artigos 827, 837, 838 e 839 do Código Civil de 2002.

O artigo 827 trata do benefício de ordem, de modo que com a exclusão deste direito, o fiador não pode exigir que a instituição financeira execute antes os bens do devedor.<sup>557</sup>

Já o artigo 837 estatui o direito do fiador de opor exceções pessoais (por exemplo, compensação com crédito do fiador, pagamento pelo próprio fiador etc.) e exceções extintivas da obrigação que competem ao devedor principal (pagamento, compensação etc.). Ressaltamos que, mesmo sem a exclusão contratual deste direi-

<sup>555</sup> O artigo 1.425 é aplicável à propriedade fiduciária por força do artigo 1.367 do Código Civil de 2002.

<sup>556</sup> “Artigo 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: (...) III – se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.”

<sup>557</sup> O artigo 595 do Código de Processo Civil estatui o mesmo direito ao fiador.

to, por determinação do próprio artigo o fiador não pode opor as exceções de incapacidade do devedor principal, salvo na hipótese de mútuo a pessoa menor.

Por sua vez, o artigo 838 disciplina três situações em que o fiador fica desobrigado da fiança. A liberação do fiador ocorre, conforme o referido dispositivo: se o credor conceder moratória ao devedor sem o consentimento do fiador, se se tornar impossível a sub-rogação nos direitos e preferências do credor em virtude de fato deste, e se o credor aceitar amigavelmente objeto diverso do ajustado, em pagamento da dívida. Das três hipóteses descritas, as duas últimas merecem algum comentário. A impossibilidade de sub-rogação derivaria, por exemplo, do fato de estar a dívida principal prescrita. Isso de ordinário privaria de efeitos a fiança por seu caráter acessório, mas se paga por engano a dívida pelo fiador, teria em nosso entender ação regressiva por força do presente dispositivo. Já a última das hipóteses tem seu significado muito reduzido pelo fato de que a aceitação amigável de objeto diverso do ajustado pelo credor normalmente levaria ao desaparecimento da dívida, caso em que o fiador nada teria a pagar de qualquer maneira. Assim, excluir tal direito do fiador não representaria de ordinário vantagem para o credor da dívida. Isso não ocorre, entretanto, se o objeto entregue o for em quitação apenas parcial da dívida, caso em que o dispositivo poderia operar. É regra que deve despertar cautela, pois o pagamento parcial de uma dívida com créditos de elevada liquidez, como títulos públicos, certificados de depósito bancário e outros, ao invés do dinheiro originalmente contratado, poderia fazer operar a exceção de forma a excluir a fiança sobre a parte da dívida em aberto.

Por fim, dentre os direitos normalmente excluídos na prática bancária na celebração de contrato de fiança está o de exoneração do fiador na hipótese de, invocado o benefício de ordem, ser retardada a execução contra o principal obrigado, o qual venha a cair em insolvência. Para tanto, deve provar-se que os bens do devedor principal indicados pelo fiador teriam sido suficientes para o pagamento da dívida, ao tempo da penhora (artigo 839). Com a exclusão do benefício de ordem (artigo 827), naturalmente este direito perde seu efeito prático.

Há uma questão a se discutir em relação à exclusão de privilégios do fiador. O artigo 828 permite expressamente a renúncia ao benefício de ordem, mas não há artigo que permita a renúncia aos outros benefícios. Seria, portanto, válida a renúncia a tais outros benefícios analisados anteriormente? Para nós sim, devido à natureza dispositiva do Código Civil, atestada pelo artigo 5º, inciso II da Constituição Federal.<sup>558</sup>

Por outro lado, destaca-se a impossibilidade de exclusão das regras protetivas que tenham caráter de ordem pública, como a do artigo 836 do Código Civil de 2002. Tal artigo determina que a obrigação do fiador passe aos herdeiros somente até as forças da herança e limitada ao tempo transcorrido até a morte do fiador.

<sup>558</sup> “II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

Note-se que se devem considerar de ordem pública os princípios básicos de cada ramo do Direito Civil, como este de que as dívidas de fiança ou de qualquer outra natureza não se transmitem além da força da herança.<sup>559</sup>

### Aval

Na prática bancária, a garantia consubstanciada no aval é normalmente dada em nota promissória anexa ao contrato de empréstimo, celebrado entre a instituição financeira e o devedor.

Como já apontado, o avalista é devedor principal, nos termos do artigo 32 da Convenção anexa ao Decreto nº 57.663/66. A consequência prática disso, que configura importante diferença do aval em relação à fiança, é a possibilidade de cobrança do avalista antes do próprio devedor. Não há, portanto, preferência que beneficie o avalista.

Um sério problema costuma marcar os avais dados em notas promissórias para instituições financeiras. Normalmente, estas notas promissórias são firmadas paralelamente a contratos de abertura de crédito ou mútuo, e o valor da dívida nelas contido equivale ao principal do débito incorrido. É muito comum que tais notas promissórias contenham uma falha que muito favorece o devedor. Fazem referência ao contrato de mútuo, abertura de crédito ou assemelhado que originou a operação, enunciando que a nota promissória se rege pelas regras de tal contrato de mútuo. Um dos princípios tradicionais em matéria de títulos de crédito é o da independência, segundo o qual a nota promissória deve conter tudo que é necessário para a identificação da dívida, sem referência a qualquer documento ou termo que não se contenha em seu próprio corpo.<sup>560</sup> Ausente tal característica, não há

<sup>559</sup> A noção de ordem pública, segundo Sodownikoff, autor que estudou em profundidade o assunto, não tem história, sendo a determinação objetiva de seu conteúdo muito difícil e dependente de formulação variável dos tribunais de cada país (“La Notion de l’Ordre Public en Droit International Privé dans la Jurisprudence Française Relative au Droit de la Famille”, 1936, p. 234, apud Oscar Tenório, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, p. 448). De qualquer forma, apesar da dificuldade de definir com nitidez os contornos do conceito de ordem pública, pode-se afirmar que sua proteção inclui a inafastabilidade das garantias individuais e mesmo daqueles princípios referentes à organização da atividade econômica que tenham sede constitucional, bem como dos princípios básicos de variados ramos do Direito, entre eles o Direito Civil e Criminal.

<sup>560</sup> “Além da literalidade, comum a todos, há alguns títulos de crédito que, por determinação da lei, apresentam outra qualidade, a independência ou *compiutezza* (VIVANTE), que poderíamos traduzir por plenitude, ou o formalismo em sentido técnico (VALERI), em virtude da qual tais títulos são completos no sentido de se bastarem a si mesmos, sem necessidade e sem possibilidade de qualquer apelo ou remissão a elementos estranhos a eles” (João Eunápio Borges, *Títulos de Crédito*, cit., p. 16).

título de crédito nem nota promissória.<sup>561</sup> A descaracterização da obrigação de pagamento da nota promissória em si não é fatal para a operação de crédito, porque afinal a obrigação de pagar já existe como decorrência do contrato principal que previu a emissão da nota.

O mesmo pode não ocorrer, entretanto, com a garantia pessoal contida no título descaracterizado, sendo comum que o avalista apareça apenas em tal condição, e não como fiador do contrato. Sendo a nota marcada pela falta de independência, deixa de existir como título de crédito e de comportar aval, instituto só possível em títulos de crédito. Por consequência, deixa o aval de existir. Se levada a questão a juízo, deveria em nosso entender o juiz interpretar o aval dado como uma promessa de pagamento independente em caso de inadimplemento, para o que teria o apoio do artigo 112 do Código Civil de 2002 (“Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”). Esta promessa de pagamento, por ser unilateral, teria a natureza de fonte de obrigação ligada à declaração unilateral de vontade, as quais diferenciamos das fianças ao explicar tal instituto acima.

Mesmo se adotada esta solução, é provável que o Poder Judiciário mantivesse o benefício de ordem, com base principalmente em considerações equitativas, fazendo com que os bens do principal devedor fossem executados em preferência aos do garantidor, por falta de renúncia expressa. Isso seria uma desvantagem palpável para o credor, que normalmente espera ter o direito de cobrar diretamente o fiador, sem excussão prévia do devedor principal.

Note-se, ainda, que uma reflexão sobre a realidade das decisões em matéria de instituições financeiras não pode excluir um cenário mais sombrio: a desqualificação completa da garantia pessoal, junto com a nota promissória que a contém, em virtude da menção a instrumento externo.<sup>562</sup> Neste caso, estaria perdida a garantia.

Como evitar estes riscos? Uma solução seria não mais se fazer referência na nota promissória a instrumento externo. Isto entretanto seria injusto para com o

<sup>561</sup> Conforme a Súmula nº 258 do STJ, a “nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou”. O STJ estende tal entendimento também para notas promissórias vinculadas a contratos de mútuo e financiamento que não sejam líquidos (conforme, por exemplo, decisão no RESP 109869/MG – Recurso Especial 1996/0062746-0 e no RESP 439511/PB – Recurso Especial 2002/0063141-3). Ressalve-se que para o STJ a nota promissória vinculada a contrato ilíquido perde sua natureza de título executivo (obstando a execução pela ausência de liquidez, exigida pelo artigo 586 do Código de Processo Civil), sem no entanto referido tribunal preceituar expressamente nas decisões a perda de sua natureza de título de crédito. Por outro lado, para notas promissórias vinculadas a contratos líquidos, referido tribunal reconheceu sua natureza de título executivo (RESP 164908/RS – Recurso Especial 1998/0012615-5 e RESP 208254/CE – Recurso Especial 1999/0023458-8). Assim, a fundamentação jurisprudencial, apesar de guardar certo paralelismo com nosso entendimento em suas consequências, o faz por fundamento diverso.

<sup>562</sup> Não é incomum as instituições financeiras serem recebidas com prevenção no Poder Judiciário, o que poderia justificar decisão nessa linha.

devedor, e merecedor de toda a resistência por parte de seus consultores legais. De fato, eliminada a menção, a nota poderia circular sem a ressalva de que representa uma dívida documentada por um contrato. Como resultado, ainda que quitada a dívida contratual, seria possível a detentor da nota que a tivesse adquirido de boa-fé do credor original exigir de novo o pagamento da dívida. Isso porque em matéria de letras de câmbio e notas promissórias, ao portador de boa-fé não podem ser opostas quaisquer exceções fundadas no relacionamento entre o emissor e os portadores anteriores, como seria a exceção de já ter havido o pagamento do débito (artigos 17 e 77 da Convenção anexa ao Decreto nº 57.663/66). A melhor solução para a questão nos parece ser simplesmente eliminar a nota promissória e seu avalista e transferir para o contrato de crédito a garantia pessoal, sob a forma de fiança.

## As Garantias Reais

### Penhor

O penhor, em regra, depende para seu aperfeiçoamento da tradição do objeto da garantia (*caput* do artigo 1.431 do Código Civil de 2002), sendo portanto contrato real. A tradição deve ser efetiva, também denominada real. No entanto, não é incomum na prática bancária que o objeto seja mantido em poder de terceiro ou do próprio devedor, na qualidade de depositários. Há, também, espécies de penhor em que o objeto necessariamente permanece com o devedor: o penhor rural, o industrial, o mercantil e o de veículos (parágrafo único do artigo 1.431 do Código Civil de 2002). Ainda como ressalva à regra do *caput* do artigo 1.431, destacamos que não se pode exigir a transferência da posse do bem quando o penhor incidir sobre coisas incorpóreas, o que analisaremos mais detidamente quando tratarmos dos bens objeto de penhor.

Para que os contratos de penhor tenham eficácia, por força do artigo 1.424 do Código Civil de 2002, devem prever o valor do crédito, sua estimação ou valor máximo,<sup>563</sup> o prazo para pagamento, a taxa de juros (se houver) e o bem objeto da garantia, com suas especificações.

Quanto ao objeto, o penhor pode se referir a quaisquer coisas móveis suscetíveis de alienação, incluindo os bens móveis para os efeitos legais mencionados no artigo 83 do Código Civil de 2002. Assim, também podem ser objeto de penhor as energias que tenham valor econômico, os direitos reais sobre objetos móveis e

<sup>563</sup> A disposição correlata do Código Civil de 1916 (artigo 761) fazia referência ao total da dívida ou sua estimação, não mencionando o valor máximo da dívida. É interessante analisarmos esta inovação do Código Civil de 2002 à luz da prática bancária de contratos de abertura de crédito com limite máximo de saque, como os de “conta garantida”.

as ações correspondentes e os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. Pelo fato de poderem ser objeto de penhor coisas incorpóreas, como os direitos, faz-se necessário interpretar a regra do artigo 1.431 já referida acima. Tal dispositivo exige a transferência efetiva da posse, dispensando-a em seu parágrafo único apenas para o penhor rural, industrial, mercantil e de veículos. No entanto, a transferência da posse só pode ser exigida para bens corpóreos, e não para os direitos simplesmente equiparados a móveis pelo Código Civil.

Ainda em relação ao objeto, destacamos que é possível o penhor sobre coisa futura, por exemplo créditos ainda não configurados pela entrega da mercadoria ou por serviços ainda não prestados. Neste caso, o instrumento de penhor deve indicar que a garantia ganhará eficácia assim que os ativos venham a existir. O instrumento também deve atrelar a eficácia do penhor à entrega física do bem futuro pelo devedor, se o tipo de penhor exigir isso e a natureza corpórea do bem assim permitir.

Uma operação bancária que, quando garantida por penhor, merece menção é a abertura de crédito em conta corrente. Nesta operação, o crédito aberto se renova quando pago, e disso decorre a necessidade de regra contratual expressa declarando permanecer o penhor vigente quando do pagamento total de um saque. Evita-se, assim, a aplicação do artigo 1.436, inciso I do Código Civil de 2002.<sup>564</sup>

O pacto comissório é a estipulação segundo a qual o credor pode se apropriar do objeto dado em garantia real em caso de não pagamento da dívida. Em nosso sistema, sempre e erroneamente favorável ao devedor, tal pacto é objeto de injustas restrições, que só dificultam o crédito e auxiliam os maus pagadores. De fato, o pacto comissório é vedado pelo artigo 1.428 do Código Civil de 2002, tanto para o penhor quanto para a hipoteca e para a anticrese. De nada adianta tentar disfarçar a estipulação através da criatividade, por exemplo fazendo com que o credor adquira o bem contra o desembolso do valor que de outra forma emprestaria, e o devedor se comprometa a recomprar o bem no futuro, desta forma pagando a dívida (operação que recaindo sobre imóveis é chamada de retrovenda pelo artigo 505 do Código Civil de 2002). A jurisprudência estendeu tal proibição a operações de retrovenda, bem como a outras operações cujo resultado seja idêntico ao de um pacto comissório.<sup>565</sup>

<sup>564</sup> “Artigo 1.436. Extingue-se o penhor: I – extinguindo-se a obrigação; (...)”

<sup>565</sup> Decidiu de modo reiterado o STJ nesse sentido. Citamos, exemplificativamente, a seguinte ementa (REsp 41233/SP – Recurso Especial 1993/0033131-0): “Pacto Comissório – Simulação. A proibição atinge todas as hipóteses em que, para garantir o pagamento de mútuo, se convencionou deva o credor ficar com bem de propriedade do devedor. A dação em pagamento é lícita quando visa simplesmente a saldar o débito, não se vislumbrando que a ela se tenha condicionado o mútuo. Hipótese em que isso não ocorreu, pois a renegociação da dívida, com a concessão de novo prazo, vinculou-se a negócio simulado em que o credor recebeu bens e, na mesma oportunidade, prometeu vendê-los ao devedor, mediante pagamentos mensais que, em realidade, correspondiam a amortizações do empréstimo. Nulidade reconhecida.” No mesmo sentido, veja-se também RESP 21681/SP – Recurso Especial 1992/0010197-6. No âmbito dos tribunais estaduais, fazemos referência, por exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 50.489-4 – São Paulo – 5ª Câmara de Direito Privado.

A lei civil, de forma um pouco obscura, preocupa-se em deixar claro no parágrafo único do artigo 1.428 que na proibição não se deve incluir a dação em pagamento de coisa ao credor, feita após o vencimento da dívida. Isso significa que após o vencimento pode o devedor resolver entregar ao credor a coisa dada em garantia, contra extinção total ou parcial da dívida. A dação exigirá obviamente o consentimento do credor para se aperfeiçoar: o parágrafo único do artigo 1.428 do Código Civil de 2002 não o diz porque seria ocioso. Requisito para a aceitabilidade legal é que não exista no momento da contratação da obrigação e até seu vencimento qualquer ajuste entre credor e devedor obrigando à dação, o que só pode existir após o vencimento. Isso aliás era já aceito anteriormente ao Código Civil de 2002 pela jurisprudência.<sup>566</sup> A dação em pagamento após o vencimento da dívida pode ser a forma menos onerosa de ajuste tanto para o credor quanto para o devedor, conforme o caso concreto, e não se confunde de qualquer maneira com o pacto comissório.

Relevante vantagem do penhor é a possibilidade de venda amigável do bem, por acordo feito no momento da contratação ou por procuração do devedor dada posteriormente, nos termos dos artigos 1.433, inciso IV e 1.436, inciso V do Código Civil de 2002. A procuração seria dada em causa própria para o credor pelo devedor e, por constar dela tal cláusula, não poderia ser revogada.<sup>567</sup>

Passa-se ao estudo do penhor por tipos de ativos sobre os quais pode recair, destacando-se as especificidades de cada caso.

Tanto ações de sociedades anônimas quanto quotas de sociedades limitadas podem ser objeto de penhor. No primeiro caso, o penhor se constitui pela averbação do instrumento no livro de Registro de Ações Nominativas, ou, em se tratando de ações escriturais, nos livros da instituição financeira responsável, neste caso constando tal fato do extrato da conta de depósito destinado ao acionista (artigo 39 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). O direito de voto decorrente das ações empenhadas cabe ao devedor, e é em princípio irrestrito. No entanto, conforme o artigo 113 da Lei nº 6.404/76, o contrato que institui o penhor sobre as ações pode condicionar ao consentimento do credor pignoratício o voto nas deliberações que especificar. Deliberações que normalmente ficam condicionadas à aquiescência do credor são aquelas que podem causar deprecia-

ção no valor das ações ou alteração nos direitos conferidos ao seu titular, tais como fusão, incorporação, participação em grupo de sociedades, mudança do objeto, cisão, dissolução, alienação ou oneração de bens da companhia, investimentos, distribuição de dividendos etc.

No tocante às sociedades limitadas, deve-se ter em conta a relevante jurisprudência sobre penhor e, principalmente, penhora de quotas. O entendimento do STJ é que as quotas são em regra passíveis de penhor e penhora. Havendo, no entanto, restrição no contrato social, tem prevalecido nas decisões do referido órgão a tendência de aceitá-los,<sup>568</sup> mas assegurando à sociedade a possibilidade de remir a execução ou as quotas, assim como o direito de preferência na aquisição destas (estendendo-se este direito também aos demais sócios). Há também, por outro lado, decisões que não admitem penhor ou penhora.<sup>569</sup> Em ambas as linhas decisórias, apesar de sua contradição, observa-se que o STJ procura preservar a *affectio societatis*, não admitindo o ingresso automático de novo sócio, ou vedando-o por completo. Nossa opinião é que se deve permitir o penhor de quotas incondicionalmente sempre que, segundo o contrato social, não haja necessidade de aprovação da maioria ou totalidade dos sócios para a admissão de novo sócio. Se houver tal necessidade, a sociedade tem intuito pessoal e ainda assim deve o penhor ser admitido, só que em tal caso sua excussão fica condicionada à obtenção do consentimento dos outros sócios, sob pena de se frustrar o direito deles.

Já o penhor de direitos e títulos de crédito é muito comum no Direito Bancário, em virtude da liquidez da garantia, apta ela mesma a se transformar automaticamente em dinheiro que possa ser usado pelo credor para se pagar. Os direitos do credor são definidos no artigo 1.459 do Código Civil de 2002, combinado com o artigo 1.455: basicamente cobrar e receber os créditos, usando o dinheiro para se pagar, caso a dívida esteja vencida. Não estando a dívida vencida, deveria ocorrer a devolução do valor recebido pelo credor pignoratício ao devedor. Essa devolução precisa entretanto ocorrer apenas contra simultâneo reforço da garantia, cuja falta provoca o vencimento antecipado da dívida nos termos do artigo 1.425, inciso I do Código Civil de 2002. A devolução do dinheiro é muitas vezes necessária para a preservação do capital de giro do devedor empresarial. Em contrapartida, é comum prever que o devedor entregue em penhor outros títulos de vencimento futuro de valor equivalente, atendendo-se desta forma à obrigação de reforço de garantia do artigo 1.425 do Código Civil de 2002, mencionada acima. Uma questão: neste caso, seria necessária a entrega ficta dos contratos ou títulos? Em princípio sim, por força do *caput* do artigo 1.431 do Código Civil de 2002. Ocorre que, conforme já analisado acima, tal regra precisa ser interpretada. Como se pode exigir a transferência da posse somente para bens corpóreos, esta

566 A título de exemplo: decisão do STJ no REsp 10952/MG – Recurso Especial 1991/0009327-0.

567 O mandato em causa própria é irrevogável, conforme o artigo 685 do Código Civil de 2002, o que é igualmente confirmado por decisões dos tribunais. Citamos, a título de ilustração, o seguinte trecho de ementa de decisão do STJ: “A procuração *in rem suam* não encerra conteúdo de mandato, não mantendo apenas a aparência de procuração autorizativa de representação. Caracteriza-se, em verdade, como negócio jurídico dispositivo, translativo de direitos que dispensa prestação de contas, tem caráter irrevogável e confere poderes gerais, no exclusivo interesse do outorgado. A irrevogabilidade lhe é insita justamente por ser seu objeto a transferência de direitos gratuita ou onerosa” (REsp 303707/MG – Recurso Especial 2001/0016203-7).

568 Decisão do STJ no REsp 30854/SP – Recurso Especial 1992/0033414-8 e no REsp 147546/RS – Recurso Especial 1997/0063436-1.

569 Decisão do STJ no REsp 148947/MG – Recurso Especial 1997/0066174-1

existirá na situação descrita se o direito estiver incorporado em títulos de crédito (as duplicatas são exemplo freqüente), caso em que o crédito passa efetivamente a circular como coisa móvel corpórea.<sup>570</sup>

É possível, embora raríssimo, o penhor de dinheiro. Muito encontrado como garantia bancária é o penhor de recursos em conta bancária, caso em que o que se empenha é o direito do devedor sobre a conta. Este tipo de penhor nada mais é do que uma forma do penhor de direitos acima analisado. De fato, sendo o depósito bancário contrato irregular que transfere a propriedade ao depositário (a instituição financeira), o titular da conta não tem a propriedade do dinheiro para dar em penhor, mas só seu direito de crédito.<sup>571</sup> Este é o objeto da garantia. Na prática bancária, outra figura de efeitos práticos bastante semelhantes aos do penhor de dinheiro é a conta vinculada, prevista na Resolução nº 2.525, de 30 de julho de 1998, do Conselho Monetário Nacional. Trata-se de conta corrente aberta em nome do cliente com o objetivo de constituir garantia para determinada operação de crédito celebrada pela instituição financeira. Segundo a referida Resolução, as contas vinculadas não são passíveis de movimentação pelos seus titulares, ficando vinculadas à operação de crédito e sendo remuneradas com os mesmos encargos incidentes na operação. Basicamente, o regime aplicável a tais contas é que sua sorte se liga à da operação de crédito à qual está vinculada, só devendo ser resgatada com os recursos provenientes do pagamento pelo devedor de tal operação, quando e se houver o pagamento. As contas vinculadas não podem ser consideradas como forma de implementação prática de penhor de dinheiro, pois os recursos nelas existentes, em razão do depósito bancário, passam a ser de propriedade da instituição financeira, o que naturalmente não ocorre com o penhor.

O penhor de mercadorias depositadas em armazéns gerais regula-se, regra geral, pelo antigo Decreto nº 1.102, de 21 de novembro de 1903, segundo dispõe o artigo 1.447, parágrafo único do Código Civil de 2002. Neste caso, o penhor é representado por um título chamado *warrant*, emitido exclusivamente pelos armazéns gerais, com o conteúdo descrito no § 1º do artigo 15 do referido Decreto.<sup>572</sup> O *warrant*

570 Tullio Ascarelli, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, cit., p. 4 a 12 e 221.

571 Veja-se a seção 7.4 deste livro (“Depósito e Conta Corrente”), no item “Constituição de Ônus sobre Conta Bancária”.

572 “§ 1º Cada um destes títulos deve ser à ordem e conter, além de sua designação particular: 1º a denominação da empresa do armazém geral e sua sede; 2º o nome, profissão e domicílio do depositante ou de terceiro por este indicado; 3º o lugar e o prazo do depósito, facultado aos interessados acordarem, entre si, na transferência posterior das mesmas mercadorias de um para outro armazém da emitente ainda que se encontrem em localidade diversa da em que foi feito o depósito inicial. Em tais casos, far-se-ão, nos conhecimentos e *warrants* respectivos, as seguintes anotações: a) local para onde se transferirá a mercadoria em depósito; b) para os fins do artigo 26, parágrafo 2º, as despesas decorrentes da transferência, inclusive as de seguro por todos os riscos; 4º a natureza e quantidade das mercadorias em depósito, designadas pelos nomes mais usados no comércio, seu peso, o estado dos envoltórios e todas as marcas e indicações próprias para estabelecerem a sua identidade, ressalvadas as peculiaridades das

é título causal, ligado necessariamente a um negócio jurídico subjacente, o depósito. Sua emissão se dá mediante solicitação do depositante, e é feita juntamente com outro título, o conhecimento de depósito. Os dois títulos circulam por endosso, unidos ou separados. Enquanto unidos, representam a propriedade dos bens desembaraçados de quaisquer ônus. Se separado do *warrant*, o conhecimento de depósito é representativo da propriedade das mercadorias depositadas, gravadas por penhor. Já o *warrant*, separado do conhecimento de depósito, incorpora ao mesmo tempo o penhor sobre as mercadorias e o direito ao pagamento de determinada quantia nele especificada.<sup>573</sup> Os artigos 23 e seguintes do Decreto nº 1.102/03 tratam da execução do *warrant*, prevendo a possibilidade de venda privada das mercadorias depositadas sobre as quais recai a garantia (artigo 23, § 1º).

Note-se, entretanto, que é regulado pela Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, o penhor de produtos agropecuários, seus derivados, subprodutos e resíduos de valor econômico, quando depositados em recintos de armazenagem de produtos agropecuários devidamente habilitados. O penhor de tais produtos se opera por meio de Warrants Agropecuários – WAs, títulos de crédito emitidos juntamente com Certificados de Depósito Agropecuário – CDAs. O processo de emissão de tais títulos e constituição de penhor é similar e inspirado no do Decreto nº 1.102/03 acima descrito. Destaquem-se, entretanto, as seguintes peculiaridades de tais títulos: (i) os endossantes de tais títulos não respondem pela entrega do produto, mas, tão-somente, pela existência da obrigação (artigo 2º, II, da Lei nº 11.076/04); (ii) é dispensado seu protesto cambial para assegurar o direito de regresso contra endossantes e avalistas (artigo 2º, III, da Lei nº 11.076/04); (iii) devem eles ser objeto de registro em sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados pelo Banco Central do Brasil, situação que requer a prévia entrega dos títulos físicos (cártulas) a custodiante legalmente habilitado (artigo 15 da Lei nº 11.076/04); e (iv) destinam-se eles precipuamente à negociação nos mercados de bolsa e de balcão como ativos financeiros (artigos 3º e 16 da Lei nº 11.076/04).

Passa-se à análise dos requisitos de registro das várias espécies de penhor. O instrumento do penhor comum deve ser levado a registro em Cartório de Títulos

mercadorias depositadas a granel; 5ª a qualidade da mercadoria tratando-se daquelas a que se refere o artigo 12; 6ª a indicação do segurador da mercadoria e o valor do seguro (artigo 16); 7ª a declaração dos impostos e direitos fiscais, dos encargos e despesas a que a mercadoria está sujeita, e do dia em que começaram a correr as armazenagens (artigo 26, § 2º); 8ª a data da emissão dos títulos e assinatura do empresário ou pessoa devidamente habilitada por este.”

573 Conforme Tullio Ascarelli (*Títulos de Crédito*, cit., p. 152), o “*warrant*’ incorpora um direito real; o titular do ‘*warrant*’ tem um direito real de penhor sobre a mercadoria, não se podendo, portanto, a propósito desse direito, falar em causalidade e abstração, como se não pode falar, em geral, de causalidade e abstração para os direitos reais”. Mais adiante, à página 154, afirma: “O *warrant* incorpora, portanto, também um direito, ao pagamento de uma quantia determinada, direito em parte disciplinado com as normas próprias do direito cambiário e que, como aquele de regresso, é abstrato.”



e Documentos (artigo 1.432 do Código Civil de 2002; artigo 127, II da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973), assim como o penhor de direitos e títulos de crédito (artigo 1.452 do Código Civil de 2002; artigo 127, III da Lei nº 6.015/73). O instrumento de penhor rural, mercantil ou industrial deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição em que se encontrarem os bens empenhados, conforme os artigos 1.438 e 1.448 do Código Civil de 2002. Já o penhor de veículos deve ter seu instrumento registrado em Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, assim como anotado no certificado de propriedade do veículo sobre o qual recaia (artigo 1.462 do Código Civil de 2002). Quanto ao penhor de ações de sociedades anônimas, como já analisado acima, o instrumento deve ser averbado no livro de Registro de Ações Nominativas, ou, para ações escriturais, nos livros da instituição financeira escrituradora. Por fim, em relação ao penhor de quotas de sociedade limitada, além do registro em Cartório de Títulos e Documentos, é conveniente que se registre também o instrumento no registro público em que esteja inscrita a sociedade. Esse último registro é feito em caráter de precaução, não havendo manifestação legal específica para o caso. Na falta de tal previsão, em termos estritamente legais, sendo tais quotas representativas de direitos, seu registro seria exigível apenas em Cartório de Títulos e Documentos.

### **Hipoteca**

Assim como os contratos relativos ao penhor, para terem eficácia os contratos de constituição de hipoteca devem prever o valor do crédito ou estimação ou valor máximo, o prazo para pagamento, a taxa de juros (se houver) e o bem objeto da garantia,<sup>574</sup> com suas especificações (artigo 1.424 do Código Civil de 2002). Por outro lado, a hipoteca depende também de registro no Cartório de Registro de Imóveis do lugar do imóvel, o que será analisado mais detidamente a seguir.

Além de imóveis, segundo o artigo 1.473 do Código Civil de 2002 podem ser objeto de hipoteca os acessórios dos imóveis em conjunto com estes, o domínio direto, o domínio útil,<sup>575</sup> estradas de ferro, recursos naturais (independentemente

<sup>574</sup> A disposição correlata do Código Civil de 1916 (artigo 761) fazia referência ao total da dívida ou sua estimação, não mencionando o valor máximo da dívida. Esta inovação se mostra bastante apropriada à luz da prática bancária de contratos de abertura de crédito com limite máximo de saque, como os de "conta garantida".

<sup>575</sup> Domínio útil é a designação do conjunto dos direitos do enfiteuta no Código Civil de 1916, enquanto domínio direto é a designação do conjunto dos direitos remanescentes com o proprietário (artigo 678). Não obstante a proibição, pelo Código Civil de 2002, de constituição de enfiteuse (artigo 2.038), instituto que caiu em desuso, persiste a possibilidade de constituição de hipoteca sobre o domínio útil ou o direto, relativos a enfiteuses anteriormente criadas.

do solo onde se acham), navios e aeronaves (inclusive aquelas em construção, assim como apenas seus motores, partes ou acessórios). Em razão do parágrafo único do artigo 1.473, a hipoteca de navios é regulada atualmente pela Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988, e a hipoteca de aeronaves pela Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica).

Para a hipoteca também subsiste, conforme analisada acima a respeito do penhor, a vedação ao pacto comissório (artigo 1.428 do Código Civil de 2002). E, igualmente, a jurisprudência estendeu tal proibição às operações de retrovenda, bem como a quaisquer outras operações cujo objetivo seja burlar referida proibição.<sup>576</sup>

Apresenta-se, no entanto, uma diferença em relação ao penhor, no que se refere ao destino do bem quando do inadimplemento. Isto porque na hipoteca não se permite a venda amigável do objeto da garantia, mesmo se determinada por acordo entre as partes. A razão para esta interpretação é a falta de menção expressa à possibilidade de venda privada, o que faz vigorar em toda a sua força a regra do artigo 1.428 do Código Civil de 2002.

Vale, por outro lado, para a hipoteca, a observação feita a respeito do penhor que garante contrato de abertura de crédito em conta corrente. Assim sendo, há necessidade de regra contratual expressa para manter a hipoteca viva quando do pagamento total de um saque. Evita-se, assim, que em virtude de regra do artigo 1.499, inciso I do Código Civil de 2002, a hipoteca termine quando do pagamento total dos saques já efetuados pelo creditado. Se isso ocorresse, teria a hipoteca de ser reconstituída se houvesse novo saque.

A hipoteca, para se constituir, deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis onde estiver situado o imóvel (artigo 1.492 do Código Civil de 2002; artigo 167, I, 2 da Lei nº 6.015/73). Se o imóvel alcançar mais de uma circunscrição imobiliária, deve ser feito o registro em cada uma delas. No entanto, o registro da hipoteca de estradas de ferro, que normalmente se estendem por diversas circunscrições, deve ocorrer apenas no município da estação inicial da respectiva linha (artigo 1.502 do Código Civil de 2002; artigo 171 da Lei nº 6.015/73). O registro da hipoteca sobre navios, conforme a Lei nº 7.652/88, é realizado no Tribunal Marítimo, sendo efetivado em livro próprio, averbado à margem do registro de propriedade e anotado no título respectivo (artigo 12, § 2º da referida lei). O pedido de registro é dirigido à Capitania dos Portos ou órgão subordinado com jurisdição sobre o porto de inscrição da embarcação, sendo posteriormente encaminhado ao Tribunal Marítimo (artigo 14, § 1º). Em relação a aeronaves, a hipoteca se constitui pela inscrição do contrato no Registro Aeronáutico Brasileiro, e com a averbação no certificado de matrícula respectivo (artigo 141 do Código Brasileiro de Aeronáutica).

<sup>576</sup> Vejam-se: REsp 475040/MG – Recurso Especial 2002/0137054-7; REsp 2216/SP – Recurso Especial 1990/0001532-4.

Em relação ao registro da hipoteca, ainda deve ser feita uma observação. Como decorrência da possibilidade de pluralidade de hipotecas sobre o mesmo bem (artigo 1.476 do Código Civil de 2002), os registros e averbações seguem a ordem em que forem requeridos, de tal modo a se determinar também a preferência entre as hipotecas (artigo 1.493 e parágrafo único do Código Civil de 2002).

Por fim, a respeito das hipotecas de estradas de ferro, merece observação mais detida a disposição do artigo 1.504 do Código Civil de 2002.<sup>577</sup> Por que, considerando-se que a hipoteca continua a onerar o novo adquirente, os credores hipotecários poderiam se opor à venda da estrada, ou temer a fusão com outra empresa? Talvez porque a manutenção da estrada fosse decair de nível, ou porque o valor de determinada estrada de ferro esteja diretamente ligado à qualidade da sua administração. Note-se entretanto que a mesma regra não é adotada para os demais bens, inclusive navios e aeronaves, ainda que também possam se deteriorar mudando de dono, o que torna a norma relativamente contraditória à lógica legislativa em que se insere.

## Anticrese

A anticrese não é usual, embora talvez devesse sê-lo por útil para a instituição financeira, especialmente se seu objeto for imóvel que se presta a exploração comercial e gera o pagamento de aluguéis.

A anticrese é tratada nos artigos 1.506 a 1.510 do Código Civil de 2002 e é basicamente o direito real de perceber frutos e rendimentos da coisa imóvel para pagamento da dívida. O mesmo imóvel pode ser também dado em hipoteca, caso em que seu valor intrínseco, e não apenas os frutos e rendimentos, igualmente garantirá a dívida.

Uma questão a ser tratada é se a anticrese se limita a imóveis. Veja-se para fundamentar a dúvida o contraste entre os artigos 1.506 e seu § 1º e o § 2º do mesmo dispositivo do Código Civil de 2002. Este último começa por enunciar “Quando a anticrese recair sobre bem imóvel”, enquanto os dois primeiros tomam isto por pressuposto. Nossa posição é que como a lei não proíbe a anticrese sobre móveis, e mesmo implicitamente a permite no artigo 1.506, § 2º, deve ser admitida. Ademais, embora tenha sido restrita a imóveis pelo Código Civil de

577 “Artigo 1.504. A hipoteca será circunscrita à linha ou às linhas especificadas na escritura e ao respectivo material de exploração, no estado em que ao tempo da execução estiverem; mas os credores hipotecários poderão opor-se à venda da estrada, à de suas linhas, de seus ramais ou de parte considerável do material de exploração; bem como à fusão com outra empresa, sempre que com isso a garantia do débito enfraquecer.”

1916, em sua origem a anticrese podia recair também sobre bens móveis.<sup>578</sup> Deve-se ainda notar que, no Código Civil de 2002, há dispositivos em que se utiliza a palavra genérica *bens* ao tratar dos objetos da anticrese, em substituição à palavra *imóvel* que constava da redação dos dispositivos correlatos do Código Civil de 1916.<sup>579</sup> Isto é evidente sinal da intenção do legislador de ampliar para os móveis o rol de bens sobre os quais pode recair a anticrese.

## Alienação Fiduciária

**Regras Gerais** – A alienação fiduciária em garantia foi introduzida em nosso ordenamento pela lei sobre o mercado de capitais (Lei nº 4.728/65), tendo sua disciplina sofrido alterações em razão do Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Mais recentemente, a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, trouxe novas alterações ao seu regime jurídico.

Conforme opiniões doutrinárias e jurisprudenciais, a alienação fiduciária não poderia beneficiar credores estrangeiros de qualquer natureza ou credores que não fossem instituições financeiras.<sup>580</sup> Não obstante a possível eficácia até hoje de tais restrições, a discussão perdeu parcialmente seu sentido em razão do advento do Código Civil de 2002, que permitiu a constituição de propriedade fiduciária, instituto análogo à alienação fiduciária, em favor de qualquer pessoa.<sup>581</sup>

A alienação fiduciária transfere a propriedade resolúvel do bem ao credor. O devedor, por sua vez, fica com a posse direta, tornando-se também depositário do bem.<sup>582</sup> A alienação fiduciária não é, assim, um direito real sobre coisa alheia

578 Conforme apontado por Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. XXI, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, sem data, página 134: “Não faltou quem visse na anticrese romana direito real apenas sobre imóvel (e.g., MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, 564); mas em verdade incidia em bens imóveis e em bens móveis.” (grifamos). E completa, nas páginas 143 e 144: “Pôsto que se houvesse negado a anticrese sobre móveis no direito romano, devido ao ‘fundus vel aedes’ do texto de MARCIANO, houve anticrese sobre imóveis e anticrese sobre móveis. O influxo francês foi que a limitou, no direito posterior, aos imóveis; de jeito que não se pode pensar, diante do artigo 805 do Código Civil, em anticrese de móvel.”

579 Por exemplo, artigo 1.509, *caput*, comparado com o antigo artigo 808.

580 Neste sentido, veja-se José Carlos Moreira Alves, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 106 a 121. Citando jurisprudência em contrário que nos parece isolada, Sergio Covello, *Contratos Bancários*, cit., p. 293.

581 Veja-se, adiante, a análise sobre a propriedade fiduciária, no item “Propriedade Fiduciária”, neste título.

582 Isto não se verifica, salvo disposição em contrário, nas hipóteses do § 3º do artigo 66-B da Lei nº 4.728/65): “§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do

para o credor, porque ele adquire a coisa como própria, deixando de pertencer ao devedor.

A propriedade se resolve quando do pagamento da dívida e volta ao devedor. Por outro lado, ocorrendo inadimplemento da dívida garantida, embora não possa ficar com o bem, o credor tem o direito de aliená-lo, aplicando o produto da venda na satisfação de seu crédito e das despesas de cobrança (artigo 2º do Decreto-lei nº 911/69 e artigo 66-B, §§ 3º e 4º da Lei nº 4.728/65). À semelhança do que ocorre com as garantias em geral, o eventual saldo deve ser entregue ao devedor, ao passo que se o valor obtido com a venda for insuficiente, continuará ele pessoalmente obrigado.

Relevante distinção entre a alienação fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais e a propriedade fiduciária regulada pelo direito comum é a forma de excussão da garantia, uma vez que aquela conta com o procedimento mais rápido previsto no Decreto-lei nº 911/69, ao passo que esta depende do rito mais lento previsto no Código de Processo Civil. Referido decreto-lei prevê que, cinco dias após executada a busca e apreensão do bem, ocorra a consolidação da propriedade e da posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário. Desse modo, o credor pode rapidamente alienar o bem, caso não ocorra o pagamento por parte do devedor. Da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo (artigo 3º, § 5º do Decreto-lei nº 911/69). Para salvaguarda dos direitos do devedor, se eventualmente for decretada por sentença a improcedência da ação de busca e apreensão, quando o bem já houver sido alienado, o juiz condenará o credor ao pagamento de multa, em favor do devedor, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, sem que isso exclua a responsabilidade por perdas e danos (artigo 3º, §§ 6º e 7º do Decreto-lei nº 911/69).

O bem alienado fiduciariamente pode já ser de propriedade do devedor no momento imediatamente anterior à constituição da alienação,<sup>583</sup> assim como, ao contrário, ainda não o ser.<sup>584</sup> Neste caso, a propriedade fiduciária do bem se

**direito ou do crédito é atribuída ao credor**, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.” (sem grifos no original). Observe-se ainda que não se poderia conceber a posse de direitos, de modo que não seria aplicável qualquer desmembramento da posse no caso de cessão fiduciária de direitos, por falta de objeto.

583 Súmula nº 28 do STJ: “O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor.”

584 Conforme o § 3º do artigo 1.361 do Código Civil de 2002: “§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.” Este dispositivo se aplica tanto à propriedade fiduciária quanto à alienação fiduciária, por força do disposto no artigo 1.368-A do Código Civil de 2002.

transfere ao credor tão logo o devedor adquira a propriedade, sem necessidade de formalidade adicional.

A alienação fiduciária tinha como objeto inicialmente apenas coisas corpóreas. Posteriormente, estendeu-se o regime para direitos, assim como para coisas fungíveis, pelo acréscimo de artigo 66-A à Lei nº 4.728/65, por força da Medida Provisória nº 2.065-22, de 22 de junho de 2001. A Lei nº 10.931/04 manteve o regime mais liberal, mencionando serem passíveis de alienação fiduciária coisas fungíveis, sendo admitida a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito (§ 3º do artigo 66-B da Lei nº 4.728/65).<sup>585</sup> Quanto às coisas infungíveis, continuam permitidas em nosso entender, visto que o artigo 66-B da Lei nº 4.728/65 manda aplicar à alienação fiduciária as mesmas regras e requisitos relativos à propriedade fiduciária do Código Civil de 2002, que abordaremos no próximo item. Essas regras contemplam a possibilidade de bens infungíveis serem objeto da garantia.<sup>586</sup>

Ações de sociedades anônimas também podem ser objeto de alienação fiduciária. Neste caso, aplicam-se as restrições do artigo 113, parágrafo único da Lei nº 6.404/76: o credor não vota e os direitos do devedor de votar podem ser restringidos pelo contrato.

Como regra geral, a constituição da alienação fiduciária depende de registro de seu instrumento em Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, conforme o § 1º do artigo 1.361 do Código Civil de 2002 (aplicável por força do artigo 1.368-A do mesmo diploma). Em se tratando de alienação fiduciária de veículos, deve ocorrer o registro na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. Por fim, conforme o artigo 40 da Lei nº 6.404/76, a alienação fiduciária de ações de sociedades anônimas deve ser averbada no livro de Registro de Ações Nominativas, se as ações forem nominativas, e, se forem escriturais, nos livros da instituição financeira responsável, constando tal fato do extrato da conta de depósito fornecido ao acionista.

**Alienação Fiduciária de Aeronaves** – A alienação fiduciária de aeronaves, em construção ou já construídas, e de seus motores, é regulada pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, não sendo limitada a instituições financeiras. A utilidade prática de tal extensão se mostra diminuta, em razão dos geralmente vultosos valores das aeronaves, cujo financiamento acaba restrito às referidas instituições ou que é compatível apenas com a garantia de empréstimos de montante elevado

585 Aplicam-se à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito as disposições dos artigos 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

586 Note-se ainda que enquanto as coisas fungíveis e direitos sob alienação fiduciária têm sua posse direta ou indireta deferida ao credor, o artigo 3º, § 1º do Decreto-lei nº 911/69 prevê a consolidação da posse e propriedade no patrimônio do credor cinco dias após executada a liminar de busca e apreensão. Se essa consolidação é necessária, então existe a possibilidade de na alienação fiduciária a posse ainda não estar desde o início e em regra com o credor, o que ocorreria tipicamente em relação a bens infungíveis apenas.

como os das instituições financeiras. A alienação fiduciária de aeronaves somente tem validade e eficácia após a inscrição no Registro Aeronáutico Brasileiro (artigo 150 do Código Brasileiro de Aeronáutica).

**Alienação Fiduciária de Bens Imóveis** – Trata-se de criação recente, introduzida pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, lei esta que foi promulgada com o intuito de estimular o financiamento imobiliário no Brasil.

A alienação fiduciária de bens imóveis pode ser contratada por pessoas físicas ou jurídicas mesmo que em operações fora do Sistema de Financiamento Imobiliário (artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 9.514/97). Com a redação dada pela Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004).<sup>587</sup> A adoção da alienação fiduciária em garantia é muito vantajosa para o credor porque o instituto não perde efeito em caso de falência, conforme se analisará a seguir.

A alienação fiduciária de coisa imóvel se constitui pelo registro de seu instrumento no Cartório de Registro de Imóveis competente, com o conseqüente desdobramento da posse. O instrumento deve conter os elementos e cláusulas especificados no artigo 24 da Lei nº 9.514/97,<sup>588</sup> e lhe é atribuído o caráter de escritura pública, mesmo em se tratando de instrumento particular (artigo 38, com a redação dada pela Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004).

A cessão de crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel está disciplinada no artigo 28 da Lei nº 9.514/97, dispositivo que se relaciona com o objetivo do legislador de fomentar o financiamento imobiliário por meio de operações de securitização de créditos.<sup>589</sup> Isto fica evidente, em primeiro lugar, ao se preceituar expressamente a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia, de modo a não restarem

587 Durante a vigência da Medida Provisória nº 2.223, de 4 de setembro de 2001, a alienação fiduciária de bens imóveis já era por disposição expressa estendida a qualquer pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI (artigo 22, § 1º da Lei nº 9.514/97, com as alterações do artigo 24 da Medida Provisória nº 2.223/01).

588 “Artigo 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá: I – o valor do principal da dívida; II – o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; III – a taxa de juros e os encargos incidentes; IV – a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; V – a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; VI – a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; VII – a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o artigo 27.”

589 A operação de securitização imobiliária tipificada na Lei nº 9.514/97 implica a cessão de créditos ligados à atividade imobiliária a companhias securitizadoras, que podem se financiar para sua aquisição emitindo no mercado de capitais títulos denominados Certificados de Recebíveis Imobiliários (ver item 7.5 deste Capítulo). Como resultado, o mercado de capitais financeira a aquisição dos créditos, aquisição esta que por sua vez daria liquidez a eles e estimularia o mercado imobiliário. Em virtude de problemas fiscais e do aparecimento de sucedâneos mais simples, como os fundos de investimento em direitos creditórios, não muitas securitizações aconteceram sob o regime da Lei nº 9.514/97.

dúvidas sobre a extensão da cessão dos créditos. Em segundo lugar, a intenção de incentivar a securitização de créditos imobiliários se manifesta na dispensa de notificação da cessão aos devedores (artigo 35). A dispensa se justifica, pois tal procedimento pode por vezes ser de custosa e difícil implementação prática quando se trata de cessão simultânea de milhares de créditos.

Por sua vez, o devedor não é obrigado a permanecer com a posse direta do imóvel até a quitação de sua dívida. Assim, se o credor anuir, aquele pode ceder seus direitos sobre o imóvel (artigo 29 da Lei nº 9.514/97). A lei diz que neste caso o adquirente assume as obrigações respectivas, sem mais esclarecer. Estaria o dispositivo se referindo às obrigações decorrentes da alienação fiduciária ou do financiamento? Em nosso entender às decorrentes da alienação fiduciária apenas, ou seja, transferir a posse direta ao credor em caso de não pagamento da dívida, e bem conservar a coisa até lá. Isso porque absurdo seria que alguém, pela simples aquisição da posse direta que sobre o imóvel tem o devedor, com a expectativa de ter a propriedade se houver pagamento do débito, se tornasse por isso devedor também da obrigação principal.

O devedor pode também alugar o imóvel. No entanto, conforme o artigo 37-B da lei em tela, a contratação ou prorrogação da locação do imóvel por prazo superior a um ano depende de anuência por escrito do credor, sob pena de ser ineficaz perante este e seus sucessores.

Vencendo-se sem pagamento a dívida garantida pela alienação fiduciária do imóvel, e sem a purgação da mora por parte do devedor intimado a pagar, ocorre a consolidação da propriedade em nome do credor, efetuada unilateralmente pelo próprio registro de imóveis competente (artigo 26, *caput* e parágrafos). Então, o fiduciário deve promover, no prazo de 30 dias do registro da consolidação da propriedade, leilão público para alienação do imóvel, conforme o artigo 27 da Lei nº 9.514/97. Se o maior preço alcançado no leilão for inferior ao valor do imóvel referido no instrumento de alienação fiduciária, será realizado segundo leilão, em que será aceito como válido e operará a alienação do imóvel o maior lance, desde que pelo menos igual ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais e tributos e das contribuições condominiais. Por outro lado, desde a edição da Lei nº 10.931/04, podem ser dispensados o leilão e demais procedimentos previstos no artigo 27 da Lei nº 9.514/97, desde que o fiduciante dê ao fiduciário, em pagamento da dívida, seu eventual direito sobre o imóvel (artigo 26, § 8º, da Lei nº 9.514/97). Neste caso, é necessária também a anuência do fiduciário. Esta inovação tem como objetivo conferir maior celeridade à execução da garantia.

### Propriedade Fiduciária

A alienação fiduciária em garantia nada mais é do que forma de constituição da propriedade fiduciária. Dito isto, a propriedade fiduciária é inovação do Código Civil de 2002 que basicamente estende o regime da alienação fiduciária de

coisas móveis infungíveis a qualquer pessoa física ou jurídica. Isto devido à abrangência do Código Civil, que não é lei limitada ao mercado financeiro e de capitais, como é a Lei nº 4.728/65, onde originalmente se inseriu o dispositivo da alienação fiduciária.

No regime da propriedade fiduciária do Código Civil de 2002, os bens móveis fungíveis foram excluídos pelo artigo 1.361. Conforme já apontado, a impossibilidade de constituição de propriedade fiduciária sobre bens fungíveis é traço distintivo do regramento constante do Código Civil de 2002 em relação à alienação fiduciária no âmbito dos mercados financeiro e de capitais, que admite bens fungíveis, infungíveis e direitos como seu objeto. Apontamos, por outro lado, a pouca monta dessa diferença, na medida em que a fungibilidade não é característica objetiva dos bens, mas da abordagem subjetiva de quem o descreve. Um automóvel pode ser descrito por sua marca e cor, e ser fungível, ou por seu número do chassi, o que o individualiza e o torna infungível.

Mesmo os direitos podem ser enquadrados na regra do artigo 1.361, porque são considerados móveis para os efeitos legais (artigo 83, inciso III do Código Civil de 2002). Restaria apenas serem infungíveis, para o que basta serem identificados de maneira única, por exemplo com menção da data do contrato que os criou. Já as ações de sociedades anônimas podem ser objeto do regime do Código Civil de 2002 e constituir garantia em benefício de credor que não seja instituição financeira, desde que se possa infungibilizá-las por menção a número de série ou outras notações. O mesmo se pode dizer em relação a quotas de sociedades limitadas, cuja infungibilização dependerá de descrição precisa de dados como data de sua aquisição, titular etc.

As regras sobre o instituto, constantes dos artigos 1.361 a 1.368 do Código Civil de 2002, basicamente correspondem ao antigo regime da alienação fiduciária. Assim, por exemplo, a constituição da propriedade fiduciária leva ao desdobramento da posse, ficando o devedor com a posse direta e o credor com a indireta (artigo 1.361, *caput* e § 2º, que guarda identidade com o antigo artigo 66, *caput*, da Lei nº 4.728/65, com a redação que lhe era conferida pelo Decreto-lei nº 911/69). Do mesmo modo, permite-se que o devedor não seja ainda proprietário do bem quando da transferência da propriedade fiduciária (§ 3º do artigo 1.361, cujo correlato era o § 2º do artigo 66 da lei do mercado de capitais). Note-se, também, a possibilidade expressa de venda judicial ou extrajudicial dos bens dados em garantia (artigo 1.364 do Código Civil de 2002, cujo correspondente é o artigo 2º do Decreto-lei nº 911/69, que menciona apenas a venda a terceiros). Temos ainda a vedação ao pacto comissório (artigo 1.365, que se relaciona com o § 6º do revogado artigo 66), sendo admitida a dação em pagamento após o vencimento da dívida. Por fim, dispositivo que não consta explicitamente da disciplina antiga da alienação fiduciária é a do artigo 1.363,<sup>590</sup> cujas regras defluem da natureza de

590 "Artigo 1.363. Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário: I – a empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza; II – a entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento."

depositário de que se reveste o devedor na alienação fiduciária financeira, sem necessidade de menção específica. Com o advento da Lei nº 10.931, que introduziu o artigo 1.368-A ao Código Civil de 2002, ficou expresso que as disposições desse código sobre propriedade fiduciária somente se aplicam às outras espécies de propriedade fiduciária, precipuamente a alienação fiduciária tratada anteriormente no que forem compatíveis com a legislação especial.

A propriedade fiduciária se constitui pelo registro do respectivo contrato no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, conforme o artigo 1.361, § 1º do Código Civil de 2002. Tratando-se de propriedade fiduciária sobre veículos, referido parágrafo exige o registro na repartição competente para o licenciamento, anotando-se também no certificado de registro. Para ações de sociedades anônimas, deve-se seguir também o artigo 40 da Lei nº 6.404/76, que abrange outros ônus além dos que menciona expressamente. Desse modo, se as ações forem nominativas, a propriedade fiduciária deve ser averbada no livro de Registro de Ações Nominativas, e, se forem escriturais, nos livros da instituição financeira responsável, devendo constar do extrato da conta de depósito fornecido ao acionista.

### Garantias Reais na Concordata, Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência

Na concordata, nos termos do artigo 147 do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, somente os créditos quirografários são afetados.<sup>591</sup> Não o são aqueles com garantias reais ou sujeitos a alienação ou propriedade fiduciárias, ao menos até o valor das garantias, alienação ou propriedade, na medida em que as execuções podem prosseguir até a força de tais bens. A jurisprudência permite que o débito, na parte excedente à garantia real, alienação ou propriedade fiduciárias, seja considerado quirografário e incluído na concordata.<sup>592</sup>

Já a recuperação judicial e a extrajudicial da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, podem sim abranger créditos sujeitos a garantia real, sujeitando-os a dilação, desde que seus pressupostos de decretação estejam atendidos. Nesse caso, a garantia só poderá ser executada nos prazos impostos pela recuperação, visto que o plano aprovado obriga a todos os credores e opera novação da dívida no caso da recuperação judicial (artigo 59 e 163 da Lei nº 11.101/05). De qualquer forma, no

591 "Artigo 147. A concordata concedida obriga a todos os credores quirografários, comerciais ou civis, admitidos ou não ao passivo, residentes no país ou fora dele, ausentes ou embargantes."

592 "Concordata. Cédula de Crédito Industrial. Garantia Real. Não bastando os bens dados em garantia para o pagamento do débito, o saldo será considerado quirografário, sujeitando-se à concordata. A execução, em consequência, haverá de levar à constrição daqueles bens, não sendo possível a penhora de outros, extravasando os limites da garantia" (*Revista do Superior Tribunal de Justiça* 56/357).

caso de o plano de recuperação envolver a alienação de bens, só com aprovação expressa do credor afetado será possível a supressão ou substituição da garantia (artigo 50, § 1º e artigo 163, § 4º da Lei nº 11.101/05).

Outra regra, aplicável exclusivamente em caso de recuperação judicial, a credores com garantia constituída sobre direitos a pagamentos, consta do artigo 49, § 5º da Lei nº 11.101/05. Nos termos de tal dispositivo, os créditos garantidos por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários podem ser substituídos sempre, à medida que se vençam, por novos créditos. O mandamento independe de convenção contratual entre o credor e a sociedade em recuperação e seu intuito é fazer com que o valor realizado dos créditos vencidos seja liberado em favor do devedor em recuperação. Se a referida substituição não ocorrer, determina a lei que o valor realizado deve ficar em conta vinculada durante os primeiros 180 dias contados do deferimento da recuperação judicial, sem poder ser levantado pelo credor. Passado tal prazo, é nosso entendimento que pertencerá ao credor, se a dívida estiver vencida e não tiver sido prorrogada além do referido prazo nos termos do plano de recuperação.

A alienação fiduciária e a propriedade fiduciária, bem como os créditos por elas garantidos, não se sujeitam a recuperação judicial (artigo 49, § 3º da Lei nº 11.101/05). O único efeito da recuperação judicial é que no prazo de 180 dias contados de seu deferimento não será possível retirar do estabelecimento do devedor bens de capital essenciais a sua atividade empresarial, mesmo que para execução da garantia. A mesma norma confirmatória da validade da propriedade fiduciária e da alienação fiduciária não existe em relação à recuperação extrajudicial. Isso não significa que as duas formas fiduciárias de garantia percam a validade. Continuam a ter plena validade, mas sua excussão ficará subordinada ao não-pagamento dos créditos respectivos no prazo. Tal prazo poderá sofrer dilação à revelia do credor, já que o artigo 163 da Lei nº 11.101/05 permite que se imponha judicialmente a todos os credores abrangidos pelo plano extrajudicial, mesmo que não assinem o plano, desde que exista o concurso de três quintos de todos os créditos de cada espécie abrangidos pelo plano.

Devemos fazer algumas observações quanto aos direitos reais de garantia na falência. Primeiro, a constituição de direito real de garantia dentro do termo legal da falência não produz efeito em relação à massa, em se tratando de dívida contraída previamente ao termo legal<sup>593</sup> (artigo 129, III da Lei nº 11.101/05 e no regime anterior

593 Segundo o artigo 99, inciso II da Lei nº 11.101/05, o termo legal é fixado pelo juiz e designa a data em que se caracterizou o estado de falência, não podendo ser anterior em mais de 90 dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do primeiro protesto por falta de pagamento, podendo o juiz escolher qualquer desses eventos como base para fixação da data. No regime do Decreto-lei nº 7.661/45 (artigo 14, inciso III), a anterioridade é de 60 dias e conta-se do primeiro protesto por falta de pagamento, do despacho ao requerimento inicial de falência ou da distribuição do pedido de concordata.

artigo 52, III do Decreto-lei nº 7.661/45. Também os registros de direitos reais ou de propriedade fiduciária, após a declaração da falência não têm efeitos perante a massa, salvo prenotação anterior, dando ao credor mero direito quirografário (artigo 129, VII da Lei nº 11.101/05 e artigo 52, VII do Decreto-lei nº 7.661/45).

Na falência, o penhor, a hipoteca e a anticrese perdem parte de seu efeito prático, pois antes dos créditos por eles garantidos são pagos, na ordem de preferência, os créditos extraconcursais (remuneração do administrador judicial, quantias fornecidas à massa pelos credores, despesas com os atos do processo de falência e as custas dela e obrigações resultantes de atos jurídicos posteriores à falência ou recuperação judicial que a tenha antecedido, bem como tributos posteriores à falência), os créditos trabalhistas até 150 salários mínimos por credor e a indenização por acidente de trabalho (artigos 83 e 84 da Lei nº 11.101/05). No regime do Decreto-lei nº 7.661/45, a posição dos créditos com garantias reais é ainda mais desvantajosa, na medida em que a eles preferem os seguintes: indenização por acidente de trabalho (art. 102, *caput*, do Decreto-lei nº 7.661/45); salários e indenizações dos empregados (artigo 186 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional; artigo 449, § 1º do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho),<sup>594</sup> créditos fiscais da União, Estados e Municípios, no mesmo plano de igualdade, assim como os parafiscais (artigo 60, parágrafo único, do Decreto-lei nº 960, de 17 de dezembro de 1938; artigos 186 e 187 do Código Tributário Nacional); encargos da massa (artigo 124, § 3º, da Lei de Falências) e dívidas da massa (artigo 124, § 3º, da Lei de Falências).

Já na alienação fiduciária e propriedade fiduciária a garantia se mantém, em princípio, íntegra após a falência e como consequência se justifica pedido de restituição do bem por parte do credor, com base no artigo 7º do Decreto-lei nº 911/69<sup>595</sup> e nos artigos 85 da Lei nº 11.101/05<sup>596</sup> e 76 do Decreto-lei nº 7.661/45. A razão da integridade da garantia é que a alienação fiduciária e propriedade fiduciária retiram o bem da propriedade do devedor, que só tem a posse direta dele. Portanto, os bens constritos por tais negócios não podem integrar a massa e estar à disposição da generalidade dos credores.<sup>597</sup>

594 A estes são equiparados os créditos dos representantes comerciais (artigo 44 da Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965). Note-se que para falências decretadas posteriormente ao advento da Lei nº 11.101/05, e por ela regidas, não vale mais a equiparação. Isto porque a referida lei tratou de maneira abrangente em seu artigo 83 as preferências creditícias, sem mencionar os representantes comerciais, sendo que o artigo 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que uma lei revoga a anterior quando trata inteiramente do assunto sobre o qual esta versava.

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

596 “Artigo 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data de decretação da falência poderá pedir sua restituição.”

597 “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.”