

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Magno Flores Alves

**A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS GARANTIAS MOBILIÁRIAS ROTATIVAS
NO DIREITO BRASILEIRO**

**Porto Alegre
2018**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Magno Flores Alves

**A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS GARANTIAS MOBILIÁRIAS ROTATIVAS
NO DIREITO BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para a obtenção do título de doutor.

Orientadora: Profa. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera

**Porto Alegre
2018**

Dedico esta tese à pessoa maravilhosa com quem decidi compartilhar a minha vida e que esteve ao meu lado em todos os momentos desta jornada que ora se conclui, dando-me amor, carinho e incondicional apoio. À minha esposa
Fernanda, exemplo de mulher na plenitude da palavra.

AGRADECIMENTOS

A Professora Véra Fradera esteve presente em todos os momentos da minha formação jurídica: foi minha professora na graduação, participou da banca do meu TCC, foi minha orientadora no mestrado e, agora, no doutorado. Se com minha esposa compartilho a minha vida pessoal, com a Professora Véra Fradera compartilho a minha vida acadêmica. É um prazer ser seu aluno e foi um grande privilégio ter desfrutado do seu agradável e produtivo convívio em todos esses anos de estudo. Por tudo o que me ofereceu nessa jornada lhe agradeço. Dentre as inúmeras razões pelas quais tenho a Professora Véra como um exemplo, tanto do ponto de vista acadêmico, quanto pessoal, destaco a sua implacável aversão à repetição estéril de ideias tidas por consolidadas. Esse, para mim, o seu aspecto mais marcante e de maior influência na minha formação, com reflexos profundos na elaboração desta tese.

Embora de modo mais remoto, igualmente importante para esta conquista foi o exemplo do meu pai. Dele herdei uma característica essencial para a atividade acadêmica: a obstinação. Vindo do interior do Estado e oriundo de uma família de agricultores, as metas do meu pai foram mais modestas. Não obstante isso, nossa trajetória é idêntica em, pelo menos, um aspecto: o esforço inabalável dirigido à conquista de cada objetivo estabelecido.

Agradeço a todos os meus colegas. Especialmente, às colegas Ivana Formigheri e Carolina Mallmann Tallamini pelos momentos que passamos, pelas experiências que compartilhamos e pela vanguarda que tomaram na verdadeira batalha que culminou na manutenção da Professora Véra como nossa orientadora. A colega Carolina passa por um momento difícil, mas, certamente, irá recuperar-se e dar seguimento à sua promissora carreira jurídica.

Agradeço aos membros da banca, doutores Maria Cláudia Mércio Cachapuz, Fábio Siebeneichler de Andrade, Fábio Machado Baldissera e Leonardo Brandelli, cujas orientações foram essenciais para o aprimoramento da tese.

Agradeço aos bibliotecários e funcionários da Biblioteca João Bonumá, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, pela valiosa ajuda na busca dos materiais de pesquisa.

Por fim, agradeço aos meus funcionários do Tabelionato Feliz, cuja competência e confiabilidade me deram a necessária tranquilidade para enfrentar a reta final dos preparativos da tese.

RESUMO

O tema das garantias rotativas é riquíssimo. Do ponto de vista prático, examina-se uma técnica indispensável ao atendimento da vasta necessidade de crédito da economia moderna. Pela perspectiva teórica, o seu estudo leva a desafiar concepções nucleares da teoria dos direitos reais há muito carentes de renovação, especialmente no âmbito do direito das garantias mobiliárias. Não se conhece, contudo, nenhum estudo sobre o tema no direito brasileiro. O objetivo desta tese é contribuir com a colmatação dessa lacuna teórica, promovendo uma análise voltada a demonstrar a legitimidade do instituto e a sua disponibilidade aos agentes econômicos em geral.

Palavras-chave: disciplina da eficácia real, liberdade contratual nos contratos de disposição, tipicidade dos direitos reais de garantia, garantias mobiliárias, garantias rotativas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1ª PARTE - A FORMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO DAS GARANTIAS MOBILIÁRIAS	15
CAPÍTULO 1 - DO DIREITO ROMANO AO DIREITO PORTUGUÊS	17
1 A formação do antigo direito luso das garantias mobiliárias	17
1.1 <i>As garantias mobiliárias no direito romano</i>	18
1.2 <i>Romanismo versus germanismo na Península Ibérica: as bases das correntes modernas sobre o direito das garantias na civil law</i>	26
2.1 <i>O direito romano justiniano das garantias mobiliárias no antigo direito lusitano</i>	33
2.2 <i>A influência do direito francês sobre o direito português das garantias mobiliárias</i>	41
CAPÍTULO - 2 DO DIREITO PORTUGUÊS AO DIREITO BRASILEIRO.....	50
1 O Séc. XIX das garantias mobiliárias no Brasil	52
1.1 <i>O antigo direito luso das garantias mobiliárias no Brasil</i>	52
1.2 <i>O divisor de águas: a manutenção da tradição romanista do penhor sem entrega pelo direito brasileiro</i>	54
2 O Séc. XX das garantias mobiliárias no Brasil	63
2.1 <i>Até a década de 1960: a superação do regime restritivo do Código Civil de 1916</i>	66
2.2 <i>Após a década de 1960: novas perspectivas abertas pela introdução da alienação fiduciária em garantia no Brasil e pelas reformas posteriores à década de 1990</i>	77
2ª PARTE - AS GARANTIAS ROTATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO: A QUESTÃO DA SUA LEGITIMIDADE NO ÂMBITO DA TEORIA DOS CONTRATOS DE DISPOSIÇÃO	89
CAPÍTULO 1 – O PROBLEMA DOS CONTRATOS DE DISPOSIÇÃO NO CAMPO DAS GARANTIAS MOBILIÁRIAS	92
1 A dogmática dos contratos de disposição diante da complexidade das garantias mobiliárias	94
1.1 <i>Os desafios à tipicidade vinculante e fixa</i>	100
1.2 <i>Possíveis bases para o desenvolvimento estável do direito das garantias mobiliárias fora dos quadros legislativos estritos</i>	114

2 Os conflitos de interesses postos pelas garantias mobiliárias e os seus novos pontos de equilíbrio.....	134
<i>2.1 A relação devedor-credor e a noção de garantia relacional.....</i>	<i>145</i>
<i>2.2 Conflitos com terceiros: a eficácia real da garantia.....</i>	<i>154</i>
CAPÍTULO 2 – A TEORIA DAS GARANTIAS ROTATIVAS: UMA TÉCNICA FORJADA PELA INICIATIVA PRIVADA PARA DAR SOLUÇÃO A PROBLEMAS DIFÍCEIS.....	158
1 As garantias rotativas.....	160
<i>1.1 A noção de garantia rotativa.....</i>	<i>160</i>
<i>1.2 As cláusulas de rotatividade.....</i>	<i>171</i>
2 Uma aplicação prática da teoria das garantias rotativas: a questão da trava bancária na recuperação judicial.....	187
<i>2.1 Especialidade objetiva e trava bancária na jurisprudência.....</i>	<i>190</i>
<i>2.2 O enfrentamento do problema da trava bancária a partir da teoria das garantias rotativas.....</i>	<i>197</i>
CONCLUSÃO.....	205
REFERÊNCIAS.....	212

INTRODUÇÃO

Os moldes do passado já não servem para hoje, e menos para as conveniências do futuro.

O movimento economico sempre crescente do seculo actual, approximando os continentes e os povos, não lhes multiplica só de modo prodigioso as relações industriaes e mercantis, tambem dilata os horizontes e alonga os limites da sciencia do direito.

Nos ultimos 50 annos não ha paiz culto, que não tenha procurado transformar a sua legislação commercial, para adaptal-a ás necessidades da época, que se traduzem nesta simples formula – *credito e mobilisação de valores*.¹

A concepção de garantia rotativa é própria de um tempo caracterizado pelo dinamismo, pelas relações creditícias em série e pela pretensão de que todos os bens, inclusive os circulantes, sejam empregados como garantia do crédito. O núcleo da ideia está na extensão automática do vínculo real para novos bens substitutivos dos originais, afastada a novação. Com isso, dispensa-se nova formalização, novo registro e mantém-se a ordem original de prelação, viabilizando-se, além da redução dos custos, a formação e a renovação de linhas de crédito garantidas. Ainda mais: os bens onerados continuam no ciclo econômico, conservando as suas funções tradicionais, compatibilizadas com a função de garantia do crédito.

A técnica da rotatividade é antiga no Brasil e, devido à sua importância para a economia moderna, está consolidada na praxe das garantias mobiliárias, contando com apoio na legislação nacional². Apesar disso, não foi identificado nenhum estudo brasileiro específico sobre o tema³, permanecendo obscuros os aspectos dogmáticos do instituto e inviabilizando-se a sua aplicação na superação de

¹ OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *O penhor segundo a legislação civil e commercial*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886, p. 11 (grifo original). O livro não identifica o autor, limitando-se a indicar que a obra é de um colaborador da reforma da legislação ali comentada. Na obra *Credito movel: pelo penhor e o bilhete de mercadorias*, contudo, o autor assume o escrito, referindo que o texto de 1886, publicado sob um pseudônimo, compõem a primeira e a segunda parte do livro então publicado: OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *Credito movel: pelo penhor e o bilhete de mercadorias*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1898, p. V.

² A afirmação será comprovada na primeira parte da tese, voltada à história das garantias mobiliárias no direito brasileiro, partindo da tradição luso-romana.

³ Conforme será visto, Moreira Alves aproximou-se do instituto ao tratar da alienação fiduciária em garantia. Embora o autor não tenha utilizado a terminologia “garantia rotativa”, a noção aparece em germe na sua obra (ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 123 et seq.).

problemas complexos, jurídicos e econômicos. Evidencia-se, assim, um manancial rico para inúmeros estudos teóricos originais e de grande relevância prática.

Pela perspectiva pragmática, a concepção de garantia rotativa dá enquadramento para práticas importantes do mundo dos negócios, permitindo obter soluções jurídicas consistentes e sofisticadas para problemas graves verificados na praxe forense, sobre os quais doutrina e jurisprudência se debatem⁴. Na mesma esteira, o enquadramento teórico dessas práticas irá conferir aos agentes econômicos melhores subsídios para avaliarem juridicamente suas próprias ações, com potencial aprimoramento. Ainda, será possível demonstrar a legitimidade de práticas vistas com desconfiança e como excepcionais.

Do ponto de vista precipuamente teórico – que constitui o foco desta tese –, o tema central toca na própria legitimidade do instituto, pois, segundo a posição corrente, os diversos tipos de garantias mobiliárias são rígidos e estão contidos por compartimentos estanques, tendendo-se a pensar que as previsões legislativas específicas sobre a rotatividade são exclusivas dos tipos para às quais foram previstas de modo expresse. O principal objetivo desta tese é demonstrar o contrário: o mecanismo sofisticado das garantias mobiliárias rotativas pode ser generalizado e empregado em todos os ramos da atividade econômica, apesar de estar previsto em tipos específicos de garantias.

Impõe-se, portanto, retomar os passos do Visconde de Ouro Preto, cujas palavras, citadas na epígrafe, atualizadas na sua ortografia, estariam em perfeita conformidade com os dias de hoje. Trata-se do ponto mais alto da doutrina brasileira das garantias mobiliárias. Novas perspectivas reais de renovação teórica apenas são visíveis na década de 1960, quando foram introduzidas as garantias "fiduciárias" no direito pátrio, sendo a obra de Moreira Alves⁵ a referência sobre o tema. Após, salvo melhor juízo, as garantias mobiliárias não receberam incremento teórico decisivo, nem mesmo sendo possível ver a riqueza e a importância atual do tema, que dificilmente desperta o interesse de algum estudante brasileiro⁶.

⁴ Essa afirmação será exemplificada no último capítulo da tese, voltado a apresentar uma aplicação prática da teoria das garantias rotativas na solução de um problema jurídico difícil.

⁵ ALVES, 1987.

⁶ Essa afirmação, no geral, pode ser estendida para todo o campo do direito das coisas. Com efeito, conforme observou Rui Geraldo Camargo Viana, "Na Lei Civil de 2002, o direito das coisas, dentre os ramos clássicos do direito, foi o que menos ingerência sofreu ou inovação carregou. Enquanto o mundo dos contratos é dinâmico por excelência os direitos reais possuem, como marca registrada,

Outra imagem se vislumbra quando os olhos são voltados para o cenário mundial: é difícil identificar um tema tão vivamente discutido no direito comparado e no direito internacional privado quanto o das garantias mobiliárias, pois as reformas legislativas se avolumam⁷, as tentativas de uniformização internacional se multiplicam⁸⁻⁹, a atividade jurisprudencial se abre¹⁰ e a doutrina floresce.

o estatismo, a estabilidade. Razão por que não implicaram ímpetus reformatórios ou necessidade de modificações radicais.” (VIANA, Rui Geraldo Camargo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil Brasileiro e outros temas: homenagem a Túlio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latim, 2008, p. 601-618, p. 604). Essa situação, contudo, se deve muito mais à desatenção dos juristas brasileiros ao direito das coisas do que às necessidades desse rico ramo jurídico, há muito carente de reconstrução teórica.

⁷ O exemplo mais simbólico de reforma legislativa do direito das garantias é o francês. Com efeito, conforme será visto ao longo deste estudo, é uma tradição firme do direito francês a rejeição às garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor e à fidúcia. Ainda, é conhecido o orgulho dos franceses quanto ao seu *Code civil* e quanto à posição que, nos últimos séculos, ocuparam como exportadores de direito. Não obstante isso, a disciplina codificada das garantias foi radicalmente reformada na primeira década deste século, acrescentando-se ao *Code civil*, no ano de 2006, um livro integralmente dedicado ao direito das garantias: o *Livre IV : Des sûretés*, composto dos artigos 2.284-2.488. Ainda, no ano de 2007, foi acolhida no *Code* a fidúcia, à qual foi dedicado um título específico: o *Titre XIV: De la fiducie*, integrante do *Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, composto dos artigos 2.011-2.030. A reforma recebeu confessada influência do direito estrangeiro: as garantias mobiliárias tiveram influência marcante do artigo 9 do *Uniform Commercial Code* norte-americano, amplamente desenvolvido quanto às garantias não possessórias; a *fiducie* foi acolhida e recebeu mais influência do *trust* do que da *fiducia* romana; o direito hipotecário, por fim, foi aproximado do alemão. Ver, a respeito, o relatório do grupo de trabalho que preparou tal reforma: FRANÇA. Groupe de Travail Relatif a la Reforme du droit des Suretes. *Rapport a Monsieur Dominique Perben Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230.pdf>>. Acesso em: 2018. Para uma visão mais atual da situação do direito francês das garantias, cujas reformas acima referidas já receberam reparos, ver: AYNÈS, Laurent; CROCCQ, Pierre. *Les sûretés: la publicite foncière*. Paris: LGDJ, 2014.

⁸ Quanto à uniformização internacional do direito das garantias mobiliárias, Mauro Bussani observa que todos os meios possíveis de integração vêm sendo empregados, destacando-se as leis modelos, os guias legislativos e os tratados internacionais (BUSSANI, Mauro. L'intégration juridique et le droit des sûretés réelles. *Revue de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles*, v. 24, p. 111-136, 2001. Disponível em: <http://works.bepress.com/mauro_bussani/26/>. Acesso: 2018). Seguem alguns exemplos, sem a pretensão de ser exaustivo. No contexto da abertura econômica dos países do leste europeu, por iniciativa do *European Bank for Reconstruction and Development*, foi criada a lei modelo *EBRD Model Law for Secured Transactions* de 1994 (ver: RÖVER, Jan-Hendrik. *Secured lending in Eastern Europe: comparative law of secured transactions and the EBRD model Law*. New York: Oxford University Press, 2007). Na América Latina, em 2002, a OEA criou a lei modelo *Model Inter-American Law on Secured Transactions* (em língua portuguesa, ver a apresentação feita em: BRIGIDO, Eveline Vieira. *Garantias mobiliárias: a lei modelo interamericana e o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009), que já foi internalizada por alguns países (ver KOZOLCHYK, Boris. Implementation of the OAS Model Law in Latin America: current status. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 28, n. 1, p. 1-42, 2011). No âmbito da UNCITRAL, foi criado o *Legislative Guide on Secured Transactions* de 2008 (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Legislative guide on secured transaction*. 2008. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/09-82670_Ebook-Guide_09-04-10English.pdf>. Acesso em: 2018) e, mais recentemente, a lei modelo *UNCITRAL Model Law on Secured Transactions* de 2016 (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Model law on secured transactions*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security/MLST2016.pdf>>. Acesso em: 2018).

Impõe-se, portanto, atualizar a teoria brasileira das garantias mobiliárias, superando-se o seu descolamento com o direito hoje vigente no Brasil e com os resultados obtidos no direito comparado. Um pequeno passo nessa direção será dado nesta tese, cujo objetivo é desenvolver uma fundamentação jurídica voltada a demonstrar a legitimidade das garantias rotativas.

Para isso, contudo, será necessário tocar em questões de fundo relativas ao direito das garantias mobiliárias em geral¹¹, pois a construção de uma fundamentação para aquele fenômeno jurídico particular somente pode ser realizada a contento desafiando-se entendimentos consolidados relativos ao direito das

⁹ O modelo utilizado como padrão para as tentativas de uniformização internacional do direito das garantias mobiliárias é o estabelecido no artigo 9 do *Uniform Commercial Code (UCC)* norte-americano (para um primeiro contato, em língua latina: ROJO AJURIA, Luis. Las garantías mobiliarias: fundamentos del derecho de garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América. *Anuario de Derecho Civil*, v. 42, n. 3, p. 717-812 1989; e LEITÃO, Luís Manuel de Menezes. O artigo 9 do Uniform Commercial Code e a sua aptidão como modelo de uniformização do sistema de garantias. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 85, p. 679-692, 2009), que exerceu grande influência, exemplificativamente, sobre o Canadá, incluindo o Código Civil de Québec de 1994 (PAYETTE, Louis. *Les Sûretés réelles dans le Code civil du Québec*. Montreal: Yvon Blais, 2015). É importante esclarecer que, apesar do nome, o artigo 9 do *UCC* equivale, na técnica legislativa da civil law, ao livro de uma codificação, sendo composto por diversos capítulos. Quanto à técnica legislativa, considerando a conhecida desconfiança dos norte-americanos à legislação, tem-se uma redação minuciosa, contendo as regras, as exceções e as exceções das exceções. Eis como o artigo 9 do *UCC* é qualificado por Ingrid Michelsen Hillinger e Michael G. Hillinger: “It is no longer a code but an elaborate, sometimes but not always interlocking, except-as-otherwise-provided-for MASS of specific rules seemingly designed to address every conceivable issue an asset-based financier might confront.” (HILLINGER, Ingrid Michelsen; HILLINGER, Michael G. A code odyssey: new dawn for the article 9 Secured Creditor. *Commercial Law Journal*. v. 106, n. 2, p. 105-198, 2001, p. 107, grifo original).

¹⁰ Cita-se o exemplo da admissão do *pegno rotativo* pela *Cassazione* italiana no ano de 1998, em decisão reproduzida e comentada no seguinte texto: AZZARO, Andrea Maria. Il pegno «rotativo» arriva in Cassazione, ovvero «come la dottrina diventa giurisprudenza». *Banca Borsa e Titoli di Credito*. n. 2, 1998, p. 485. Tal exemplo será explorado ao longo do texto.

¹¹ Outros temas específicos poderiam ter sido selecionados como ambiente para promover uma discussão crítica do regime da eficácia real no âmbito do direito das garantias mobiliárias. Por exemplo, temas de grande interesse referem-se ao crédito garantido. Aqui, as maiores questões referem-se às linhas de crédito garantidas, pondo-se o problema dos créditos futuros (Sobre o tema, ver: STELLA, Giovanni. *Il pegno a garanzia di crediti futuri*. Padova: CEDAM, 2003. Também aborda o tema o estudo clássico de Carlo Maiorca: MAIORCA, Carlo. *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*. Milano: Società Editrice Libreria, 1938). Além da necessidade de delimitar o campo de estudo, esse corte se justifica porque a questão é menos problemática no Brasil, devido à boa aceitação de arranjos sofisticados. Com efeito, têm apoio legal e sempre foram admitidas as chamadas *garantias de máximo*, desenvolvidas para dar cobertura a créditos futuros mantidos dentro de um valor estipulado. Também são admitidas as garantias associadas a contratos de abertura de crédito ou de conta corrente, possibilitando-se a construção de sofisticadas linhas de crédito garantidas. Indubitavelmente, o direito brasileiro não tem a mesma abertura dos direitos da *common law*. Mas os instrumentos disponíveis permitem soluções assemelhadas, que não deixam de ser ousadas. Assim, as principais questões problemáticas referem-se aos limites dentro dos quais o Brasil admite a exploração de tais possibilidades, tema importante, passível de excelentes estudos. Para a discussão das questões de fundo do direito das garantias mobiliárias, contudo, o tema escolhido é mais significativo.

garantias mobiliárias no seu conjunto, especialmente quanto aos princípios da especialidade objetiva e da tipicidade legal estrita dos direitos reais. Nessa esteira, a concretização do objetivo proposto levará a discutir o papel da liberdade contratual nesse âmbito jurídico, tirando da penumbra o desconhecido contrato de garantia mobiliária¹².

Quanto ao rumo a ser seguido no estudo, é imprescindível a recolocação histórica dos temas, daí resultando os pontos de partida para desafiar algumas concepções tidas por inevitáveis. Trata-se de necessidade sentida com tal força que toda a primeira parte da tese foi dedicada à história das garantias mobiliárias no Brasil, partindo das suas raízes luso-romanas.

Estabelecidos os pontos de partida históricos, serão discutidas questões relativas à dogmática que rege a eficácia real no âmbito das garantias mobiliárias. Eis o objeto do primeiro capítulo da segunda parte, voltado a desafiar o entendimento corrente sobre alguns dos princípios reitores do direito das garantias mobiliárias, recolocando-se o problema do papel da liberdade contratual em tal âmbito jurídico.

Somente então, estará estabelecido um ambiente teórico favorável à abordagem do fenômeno das garantias rotativas, tema enfatizado nesta tese devido à sua importância prática e à sua riqueza teórica. Este o tema do último capítulo do estudo, cujo objetivo é apresentar a teoria das garantias rotativas no direito brasileiro, verificar se a técnica pode ser generalizada a partir da liberdade contratual e demonstrar a sua relevância para a solução de problemas práticos difíceis (mediante a discussão de um exemplo significativo).

Os objetivos específicos de cada capítulo serão apresentados à medida que o estudo progredir.

Antes de passar ao estudo proposto, impõe-se dois esclarecimentos. Em primeiro lugar, o objetivo pretendido não é a elaboração de um modelo dogmático. Provavelmente, no futuro, o direito das garantias mobiliárias poderá contar com modelos dessa natureza. O momento, contudo, não parece adequado para construí-

¹² Ainda é atual a observação de J.X. Carvalho de Mendonça, destacando que o contrato de penhor passa despercebido pela doutrina (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953-55, v. 6, p. 593-594).

los, pois não é chegado o momento da “sístole jurídica”¹³ do direito das garantias. Concorda-se com as palavras empregadas por Corine Dauchez no encerramento da sua tese: “*La cohérence du droit des sûretés est certainement la promesse du vingt-et-unième siècle.*”¹⁴ Põe-se em causa, então, no presente momento, a exploração de possibilidades.

Além disso, o direito comparado terá grande espaço neste estudo. Mas o objetivo precípua é extrair-lhe subsídios teóricos para esclarecer e questionar o direito pátrio. Não é descartada, ao menos *a priori*, a possibilidade de empregar subsídios do direito comparado na formulação de propostas para o direito nacional. Mas esse tipo de diálogo com o direito comparado pressupõe uma boa compreensão do direito nacional. Do contrário, não é possível saber muito bem o que se está fazendo.

Prestados esses esclarecimentos, passa-se ao enfrentamento do desafio proposto, iniciando-se pela abordagem histórica do direito das garantias mobiliárias no Brasil.

¹³ O termo é empregado por Abelardo Lobo, que explica o fenômeno da evolução jurídica por meio da metáfora da sístole-diástole. A “sístole jurídica” é própria de momentos posteriores a períodos de grande desenvolvimento jurídico (diástole), no qual há um aumento da complexidade do direito, gerando a necessidade de simplificação e de consolidação dos resultados depurados pela ação do tempo. O fenômeno da codificação é o exemplo mais radical de “sístole jurídica” (LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 126-127). Apesar de este estudo assentar-se sobre aspectos do direito das garantias depurados e consolidados pelo tempo, não se considera que tenha chegado ainda (sendo discutível até se algum dia chegará) o momento da “sístole” do direito das garantias no Brasil.

¹⁴ DAUCHEZ, Corine. *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*. 2013. Thèse (Doctorat) - École Doctorale de Droit Privé, Université Panthéon-Assas, Paris. Disponível em: <<https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/bd5b7e70-d479-40ac-9f8d-c7288b8ee9e7>>. Acesso em: 2018, p. 337.

1ª PARTE - A FORMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO DAS GARANTIAS MOBILIÁRIAS

O tema das garantias mobiliárias no direito brasileiro é fértil, dando ensejo a estudos originais em todas as frentes: histórica, comparatista e dogmática. Mas, tendo em vista a apontada carência de renovação teórica, convém começar o estudo pelo início, tateando-se as bases históricas do direito pátrio das garantias mobiliárias. Isso conduz o foco da análise para o antigo direito luso-romano e para o interessante caminho por ele percorrido em solo sul-americano.

Trata-se de uma perspectiva pretenciosa – talvez, até mesmo perigosa –, mas inevitável, pois o caminho para a recolocação de ideias tidas por consolidadas passa pela história. Do contrário, nada é possível além de uma “justaposição de soluções jurídicas, sem que se defina a sua estrutura íntima.”¹⁵.

O tema, sob esse viés, é pouco explorado. Por exemplo, no ano de 2009, Antônio dos Santos Justo escreveu artigo discutindo a base romanista de algumas figuras jurídicas luso-brasileiras do direito das coisas¹⁶, sendo eloquente a falta de referência ao tema das garantias mobiliárias. Inocêncio Galvão Teles, por outro lado, discutiu o assunto pela perspectiva luso-brasileira em artigo de 1959¹⁷. Conforme será demonstrado no momento oportuno, contudo, o jurista não deu relevância às influências diversas sofridas por um e outro sistema jurídico após a independência do Brasil, deixando de destacar os rumos muito divergentes tomados em cada uma das pátrias pelo direito das garantias mobiliárias. Com efeito, a forte influência francesa sobre o direito português o levou a uma postura bem restritiva às garantias mobiliárias. O Brasil, por outro lado, mais protegido da – quase inevitável – influência franca, manteve-se mais fiel à tradição luso-romana, conseguindo entrar no Séc. XX

¹⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, p. 163-180, 1988b, p. 163. O artigo está reproduzido na seguinte coletânea dos textos de Clóvis do Couto e Silva, selecionados pela Professora Véra Maria Jacob de Fradera: SILVA, Clovis do Couto e. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Organização dos textos Véra Maria Jacob de Fradera. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁶ JUSTO, Antonio Santos. A base romanista do direito luso-brasileiro das coisas: algumas figuras jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 30, p. 41-69, [2009]. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/30/revista30%20\(9\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/30/revista30%20(9).pdf)>. Acesso em: 2018.

¹⁷ TELES, Inocêncio Galvão. O penhor sem entrega no direito luso brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 24, p. 27-44, 1959.

mais bem aparelhado para enfrentar os desafios de um tempo cujas necessidades, na expressiva afirmação do Visconde de Ouro Preto, “se traduzem nesta simples formula - *crédito e mobilização de valores*.”¹⁸.

Eis, como dito, um manancial de temas a serem explorados, iniciando-se pelo estudo do romanismo que, filtrado pelo antigo direito português, formou a base do direito das garantias mobiliárias no Brasil.

A tese sustentada nesta primeira parte é a seguinte: o direito brasileiro, mantendo-se mais fiel à tradição luso-romana, apresentou, desde a origem, grande abertura para as garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor, abertura que resistiu à tendência restritiva do Código Civil de 1916. Como resultado, é possível cogitar que a tradição romanista tenha contribuído para o direito brasileiro das garantias mobiliárias alinhar-se mais facilmente e mais cedo ao movimento mundial que se avoluma, em direção a uma maior abertura à liberdade contratual.

Quanto à estrutura, esta primeira parte será composta de dois capítulos. No primeiro, buscar-se-á apresentar os traços principais do direito das garantias mobiliárias que, partindo do direito romano, fixou-se no antigo direito português, sofrendo, no início do Séc. XIX, grande impacto do direito francês codificado. Feito isso, ter-se-á o material para, no segundo capítulo, identificar “o galho da planta, que o colonizador português [...] trouxe e enxertou no novo continente”¹⁹ e – seguindo na expressiva metáfora de Pontes de Miranda – verificar as condições sob as quais se desenvolveu o enxerto para, a partir disso, tentar visualizar o esboço da nova planta que aqui vingou²⁰.

¹⁸ OURO PRETO, 1886, p. 11 (grifo original).

¹⁹ Conforme destaca Pontes de Miranda, o “Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde a semente; nasceu de galho de planta [...]”. Na mesma página, após esse expressivo modo de apresentar o tema, o autor põe a questão: “Resta saber se [o colonizador português] trouxe tudo o que tinha, se criou direito novo, ou se, forçado pelas circunstâncias, modificou o que trouxe.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1981, p. 27.

²⁰ O emprego da metáfora de Pontes de Miranda não implica uma tomada de posição a respeito da questão dos transplantes jurídicos, defendida por Alan Watson e vivamente criticada por Pierre Legrand no seguinte texto: LEGRAND, Pierre. The impossibility of ‘legal transplants’. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 4, p. 111-124, 1997. Há tradução do artigo para o português: LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. 9, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49746>>. Acesso em: 2018.

CAPÍTULO 1 - DO DIREITO ROMANO AO DIREITO PORTUGUÊS

Tratando das garantias reais no direito romano, Lacerda de Almeida observou que o “desenvolvimento gradual da garantia pignoratícia desde o contracto de *fiducia* até á *hypotheca*, passando pelo penhor, é assumpto banal, e encontra-se em todos os escriptores”²¹.

Apesar disso, é relevante o estudo de alguns traços dessa evolução, especialmente quanto ao modo como o direito privado vem se desenvolvendo desde sempre, com ênfase para o papel desempenhado pelas cláusulas contratuais moldadas pelos agentes econômicos na formação progressiva dos institutos jurídicos. Trata-se de aspecto a ser resgatado no estudo do direito pátrio, pois os juristas brasileiros do Séc. XIX²² argumentaram com base em certas práticas romanas, a que tiveram acesso a partir do antigo direito luso, para a satisfação de interesses econômicos no novo Estado independente em organização. O fato não foi sem relevância para o desenvolvimento do direito brasileiro das garantias mobiliárias, aí estando, inclusive, conforme será demonstrado, a base de um verdadeiro divisor de águas entre os direitos luso e brasileiro. Assim, impõe-se partir do direito romano.

Ao longo deste primeiro capítulo, a concepção romanista será confrontada com uma concepção histórica rival, identificando-se, a partir disso, duas correntes de pensamento cuja compreensão será essencial para as discussões a serem feitas no segundo capítulo desta primeira parte.

1 A formação do antigo direito luso das garantias mobiliárias

Antes de passar ao estudo da evolução do direito romano das garantias, pontuam-se dois aspectos essenciais para a abordagem a ser feita, para os quais se chama a atenção do leitor.

O núcleo da concepção técnica tradicional de direito real de garantia na *civil law* foi alcançado a partir dos resultados obtidos pelos romanos. Com efeito, do direito fixado ao tempo de Justiniano, os estudiosos extraíram a ideia de direito real

²¹ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1910, v. 2, p. 81, n. 2.

²² Os principais deles serão apresentados no primeiro tópico do capítulo 2 desta primeira parte.

sem transmissão da propriedade²³, noção própria de um estágio avançado de abstração do pensamento jurídico. Trata-se de exemplo claro do ideal de proporcionalidade das categorias jurídicas, próprio dos direitos romanísticos, desde cedo voltados à correspondência entre a estrutura e a função dos institutos.

Outro dado digno de relevo, também relacionado à abstração do pensamento jurídico romanista, refere-se à diferenciação entre o mundo fático e o mundo jurídico, daí resultando ações específicas e autônomas para a proteção da posse, diversas das ações voltadas à proteção dos direitos. Trata-se de um dado importante a ser retido para as discussões adiante apresentadas, pois é essencial para a concepção de garantia mobiliária sem desapossamento do devedor a proteção de posições jurídicas que não se refletem no mundo dos fatos através do poder físico sobre uma coisa.

Eis os dois pontos capitais sobre os quais irá girar a análise a seguir feita, pois, a partir deles, basicamente, serão confrontados os pontos de vista romano e germânico sobre as garantias mobiliárias.

Chamada a atenção para esses dois pontos capitais, passa-se a uma breve exposição da linha de evolução do direito romano das garantias.

1.1 As garantias mobiliárias no direito romano

A forma primitiva de garantia romana foi a *fiducia cum creditore*, operada mediante a conjugação de um “negócio” de transferência da propriedade (*mancipatio* ou *in iure cessio*) com o chamado *pactum fiduciae*, pelo qual o credor se obrigava a retransferir a propriedade ao devedor quando adimplida a dívida²⁴. Como resultado

²³ Sobre isso, Wolff refere que “sólo nace el concepto jurídico de los derechos reales de garantía, cuando surge a la vida jurídica la *garantía real sin transmisión*.” (WOLFF, Martín. Derecho de cosas: gravámenes. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Bosch, 1948, t. 3, v. 2).

²⁴ Este constitui apenas um dos exemplos – talvez o mais eloquente da tradição romanista – de uma constatação feita por James White no âmbito dos debates sobre a *common law*: as garantias são onnipresentes e não foram uma criação dos juristas, mas dos agentes econômicos em eras primitivas. Assim, argumenta o autor, a eliminação de mecanismos disponíveis ou o esvaziamento de sua força levaria os agentes a construírem outros, provavelmente com maiores custos: “*for every weird animal killed by statute another would take its place*.” Disso o autor extrai uma conclusão: mesmo que se identificassem algumas ineficiências nas garantias, ineficiências maiores decorreriam do seu combate (WHITE, James J. Work and Play in Revising Article 9: Symposium on the Revision of Article 9 of the Uniform Commercial Code. *Virginia Law Review*, v. 80, n. 8, p. 2089-2102, 1994. O trecho citado é da p. 2092.).

tem-se, grosso modo, uma propriedade *obrigacionalmente* limitada, pois os reflexos da função garantia são mantidos externos ao direito constituído, não exercendo influência sobre a conformação da sua estrutura íntima.

Por intermédio do direito pretoriano, contudo, a função garantia foi penetrando mais fundo e refletindo-se, cada vez mais intensamente, na modelagem da estrutura do direito real. Isso se efetivou pela tutela jurídica conferida a certas práticas negociais nas quais, ao invés da transferência da propriedade, o devedor transferia ao credor apenas a detenção material de uma coisa para a garantia do crédito. Originalmente, tinha-se uma mera situação de fato despida de amparo jurídico, podendo o devedor reivindicar o objeto apenhado apesar do não pagamento da dívida²⁵. Deparando-se com isso, o pretor passou a conceder tutela interdital ao credor, protegendo-lhe a posse. Por outro lado, passou a conceder ao devedor a *actio pignoratícia*, possibilitando-lhe, extinta a dívida, a restituição da coisa²⁶.

Com o tempo, desenvolveu-se e lapidou-se a figura tosca assim obtida²⁷. Se, inicialmente, o mecanismo apenas conferia o direito de reter a coisa até o pagamento da dívida, pactos específicos possibilitaram ao credor, em caso de inadimplemento, vender a coisa para satisfazer-se ou ficar com ela a título de pagamento. O primeiro (*pactum de distrahendo*), de tão comum, desenvolveu-se de modo completo: após se tornar cláusula de estilo nos contratos de garantia, converteu-se em elemento natural do penhor e, por fim, no período clássico, passou a compor a sua essência. O segundo (*lex comissoria*), apesar de nunca se ter naturalizado, era admitido até o princípio do período pós-clássico, quando foi vedado por Constantino²⁸.

Na versão madura, a estrutura jurídica do penhor está perfeitamente ajustada à sua função, conforme evidencia a concepção romana de acessoriedade da garantia, cujo significado está na vinculação, agora no plano real, do objeto empenhado ao crédito garantido. Em outros termos, o vínculo de acessoriedade –

²⁵ A esse respeito: BAPTISTA, Mário Neves. *Penhor de créditos* [manuscrito]. Recife, 1947, p. 78.

²⁶ Sobre a formação do penhor no Direito Romano, consultar: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1997a, p. 351, et. seq.

²⁷ A esse respeito, ver, por todos, Moreira Alves, conforme a referência da nota anterior.

²⁸ Não se proibiu, contudo, ao credor tornar-se proprietário da coisa pelo seu justo preço, disciplina acolhida nas Ordenações, inclusive nas Ordenações Filipinas (Livro 4, Título LVI). Outro pacto concebido pelos romanos foi o de *antichresis*, possibilitando ao credor perceber os frutos da coisa e imputá-los nos juros e/ou no capital.

reflexo jurídico da função garantia do crédito – passa a compor a estrutura da garantia real.

Até aqui, o produto das construções romanas soa com naturalidade ao jurista moderno, principalmente no ambiente da *civil law* latina, onde as garantias reais estrito senso são configuradas como um *ius in re aliena* dominado pelo princípio da acessoriedade, possibilitando ao credor promover a alienação da coisa para satisfazer-se. Ainda, o pacto comissório é vedado por lei e a fidúcia é vista com desconfiança – até mesmo com aversão²⁹.

Mas talvez cause estranheza ao jurista moderno, que recebeu a obra acabada, tendendo a vê-la como natural, o modo como ela foi elaborada: foram as práticas negociais legitimadas pela atuação do pretor que imprimiram, ao longo do tempo, uma estrutura e um conteúdo bem determinados a essa categoria de *ius in re aliena* funcionalizada à tutela do crédito.

Além disso, os tipos de garantias reais admitidas pelos romanos diferiam radicalmente dos atuais. Quando o *Corpus Iuris Civilis* foi elaborado, a fidúcia já havia caído em desuso, restando apenas o penhor e a hipoteca, institutos recepcionados na modernidade. Mas as figuras modernas divergem dos seus homônimos romanos em aspectos importantes.

Conforme ficou claro acima, as garantias romanas constituem o produto de práticas negociais que, diante das renovadas necessidades econômicas e sociais,

²⁹ No direito francês, paradigma de uma mentalidade jurídica tradicionalmente avessa às garantias mobiliárias, a resistência à fidúcia manteve-se forte até o final do Séc. XX: na década de 1980, no prefácio da tese que Claude Witz dedicou ao tema, Dominique Schmidt manifestava a perplexidade: *La fiducie em droit privé français?* (WITZ, Claude. *La fiducie em droit prive français*. Paris: Economica, 1981, p. V). A esse respeito, Michel Grimaldi, tratando da “*introduction de la fiducie en droit français*”, refere que “*Durant le XIXe siècle et les trois premiers quarts du XXe siècle, la question de la fiducie n'émerge pas en France : on n'y parle pas de fiducie*”, trata-se dos *temps de l'ignorance*. É na década de 1980 que se iniciam os *temps de l'acclimatation*, sendo que os *temps de la consécration* e de *l'épanouissement* são obra do Séc. XXI. (GRIMALDI, Michel. *L'introduction de la fiducie en droit français*. *Revue de Droit Henri Capitant*, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=309>>. Acesso em: 2018). O impacto da tradicional resistência francesa à fidúcia no âmbito do direito das garantias fica visível no exemplo clássico da entrada de bens móveis sujeitos às garantias fiduciárias alemãs em território francês. É sabido que as garantias fiduciárias sobre bens móveis, apesar de serem bem desenvolvidas na Alemanha, são, tradicionalmente, repudiadas na França por violarem princípios considerados cardeais, relacionados à circulação dos bens (*en fait de meubles, la possession vaut titre*), à proteção do devedor (vedação do pacto comissório) e à proteção dos credores (*par conditio creditorum*). Com base nisso e considerando que, em se tratando de direitos reais sobre bens móveis, vige a *lex rei sitae*, tem-se que a entrada de bens sujeitos a uma garantia mobiliária alemã em território francês levava à sua requalificação como penhor e a uma possível invalidação. Sobre o tema: CABRILLAC, Michel. *La reconnaissance em France des Sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger*. *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 68, n. 3, p. 487-505, 1979.

sofreram aprimoramento gradual e constante, transformando-se as toscas estruturas primitivas em mecanismos sofisticados. O primeiro instituto de garantia real (em sentido técnico de direito real sem transmissão) foi o penhor, cuja criação foi impulsionada pela necessidade de superar certos inconvenientes da fidúcia. Os principais deles eram a insegurança e a privação da posse, ambos pesando negativamente sobre o devedor-fiduciante³⁰. Com o penhor, conferiu-se maior segurança ao devedor, pois, tratando-se de *ius in re aliena*, deixava de operar-se a transferência da propriedade ao credor, limitando-se o poder de abuso deste.

Contudo, o outro inconveniente persistia, pois era da natureza do penhor a transferência da posse do bem dado em garantia ao credor. Mesmo em uma economia pouco desenvolvida como a romana, já se sentia o peso dessa exigência, pois ela impossibilitava ao devedor-proprietário explorar o bem e empregá-lo para a garantia de outro crédito, não obstante o seu valor fosse suficiente. Desenvolveu-se, então, no tronco do próprio penhor – que se bifurcou³¹ –, a hipoteca, forjada para permitir ao devedor manter a posse e a exploração produtiva da coisa dada em garantia.

Dessa exposição já é possível extrair o critério distintivo entre os dois institutos no direito romano: a transferência da posse no penhor e a não transferência da posse na hipoteca. Outros fatores, como a natureza dos bens, eram indiferentes para a classificação das garantias romanas. Penhor e hipoteca podiam incidir, indiferentemente, sobre móveis e sobre imóveis³². Assim, chegou-se a resultados diversos dos consolidados na modernidade³³.

³⁰ Conforme ressalta Moreira Alves, o segundo inconveniente poderia ser superado acordando as partes que o devedor continuasse com a posse da coisa a título de precário ou de locação. Para os outros inconvenientes da fidúcia, contudo, não havia remédio jurídico (ALVES, 1997a, p. 351).

³¹ A hipoteca nasceu do tronco do penhor, como uma derivação dele. Isso, inclusive, se refletiu na nomenclatura inicial de ambos os institutos: *pignus datum* (penhor) e *pignus obligatum* (hipoteca). O *pignus*, portanto, era o gênero. O nome *hypotheca* é pós-clássico, somente surgindo no direito justinianeu. A esse respeito, *ibidem*, p. 351-353. Mas não é pacífica a ideia de que a hipoteca tenha derivado do penhor, conforme se vê na exposição de Emilio Bussi: BUSSI, Emilio. *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune: diritti reali e diritti di obbligazione*. Padova: Dott. Antonio Milani, 1937.

³² Segundo Moreira Alves, inclusive, para a teoria mais aceita, a hipoteca surgiu nos contratos de arrendamento de imóveis rurais, incidindo sobre os *bens móveis* do locatário, vinculados como garantia ao pagamento dos aluguéis. Como o locatário necessitava dos bens dados em garantia (animais, escravos, utensílios agrícolas) para explorar a terra, passou-se a admitir a manutenção deles em seu poder. Foi da generalização dessa solução construída pelos agentes econômicos para um caso particular, tendo em vista as necessidades econômicas da época, que derivou a hipoteca. Sobre o modo como essa solução foi admitida no direito pretoriano, inicialmente por meio

Mesmo essa diferença, contudo, foi se esvaindo ao longo do tempo, conforme evoluiu o regime dos bens em Roma.

No direito romano primitivo, a divisão dos bens em móveis e imóveis já era conhecida, mas não constituía um critério jurídico geral de classificação, tendo pouca relevância prática³⁴. A classificação tinha por base um critério naturalístico (possibilidade ou não de movimento), dela derivando certas consequências de detalhe em termos de disciplina jurídica. O verdadeiro critério classificatório amparava-se em razões econômico-sociais, dividindo-se os bens em *res Mancipi* e *res nec Mancipi*³⁵. Sobre essa dicotomia articulou-se a disciplina jurídica dos bens nos primeiros tempos, atendendo-se à necessidade de dar um regime diferenciado aos bens componentes do núcleo da riqueza romana, constituintes da categoria das *res Mancipi*, cuja alienação era dificultada³⁶.

Como é sabido, tal distinção foi, progressivamente, perdendo o seu valor durante o período clássico³⁷, a ponto de se tornar um mero *souvenir historique*³⁸ cujos resíduos foram eliminados por Justiniano. Em contrapartida, a distinção entre móveis e imóveis foi conquistando espaço, atingindo, no período pós-clássico, o *status de summa divisio rerum*: a partir dela, os romanos passaram a estruturar o seu pensamento jurídico sobre os bens.

de um interdito, após pela ação serviana, generalizada para todas as espécies de créditos, ver: ALVES, 1997a, p. 352-353.

³³ A garantia na qual o devedor ficava com a posse da coisa *móvel* ou imóvel era uma hipoteca; A garantia na qual o *imóvel* ou o *móvel* era transmitido ao credor caracterizava um penhor.

³⁴ Nesse sentido, ver a tese de Charles Jacques: JACQUES, Charles. *Histoire de la distinction des biens em meubles e immeubles a Rome, em Pays Coutumier et dans le Code civil*. Paris: L. Larose et Forcel, 1884. Moreira Alves, inclusive, refere que a distinção *res mobilis* e *res immobilis* é, segundo a opinião dominante, pós-clássica. O autor cita a opinião de Bonfante, no sentido de que todas as referências dos textos clássicos às *res immobilis* são interpolados. Mas cita juristas de renome sustentando que a distinção entre móveis e imóveis é clássica (ALVES, op. cit., p. 140 e sua nota 11).

³⁵ C. Jackes refere que a origem de tal distinção não é certa, sendo certo, contudo, ser conhecida dos primeiros romanos (JACQUES, op. cit., p. 40).

³⁶ Em se tratando de uma economia agrária, eram *res Mancipi*, em traços gerais, a terra e os bens necessários para a sua exploração, como escravos, animais e instrumentos empregados na agricultura. Conforme destaca C. Jacques (Ibidem, p. 43), o fim visado pelo regime próprio das *res Mancipi* era conservar “l’élément stable des fortunes, la base solide et inébranlable de la richesse des citoyens” no patrimônio familiar, objetivo atingido por meio da submissão de sua circulação a um conjunto de formalidades voltados a levar ao conhecimento da cidade as alienações.

³⁷ A razão para isso, segundo C. Jacques, está em que a categoria das *res Mancipi* manteve-se inflexível (Ibidem, p. 41). Em primeiro lugar, ela não foi atualizada para abranger os novos bens que adquiriram importância. Além disso, o regime a que eram submetidas era demasiado formal, passando a representar um inadmissível embaraço para o tráfico. Daí o anacronismo, declínio e desaparecimento da categoria.

³⁸ Ibidem, p. 41. Um “verdadeiro fóssil”, nas palavras de Moreira Alves (ALVES, op. cit., p. 147).

Não obstante isso, conforme C. Jacques, o núcleo da disciplina de tais bens acabava por assemelhar-se³⁹⁻⁴⁰, sendo o direito de propriedade e a posse sobre eles incidentes concebidos do mesmo modo. O direito de propriedade, por exemplo, segundo observou o autor francês, era suscetível dos mesmos desmembramentos e de modos de transmissão equivalentes, fosse o objeto móvel ou imóvel.

Além disso, o regime dos bens uniformizou-se justamente no ponto determinante da principal divisão romana dos bens em duas categorias distintas. Como dito, uma das principais razões para a divisão mais básica que os romanos conceberam para as *res* era disciplinar a circulação de certos bens, aplicando-lhes critérios especiais de transmissão. Mas, eliminada a figura das *res Mancipi* e, por consequência, superadas as formalidades arcaicas constitutivas da *Mancipatio*, e eliminada a *in iuri cessione*, aplicada tanto às *res Mancipi* quanto às *res nec Mancipi*, no direito pós-clássico, firmou-se a *traditio* como único modo de transmissão da propriedade, abrangendo tanto a mobiliária quanto a imobiliária⁴¹.

Ainda, além de se tornar o modo fundamental de transmissão da propriedade em Roma, a *traditio* sofreu um progressivo processo de abstração, cujo ápice foi atingido no direito justiniano, quando se admitia a tradição da posse sem qualquer entrega material da coisa, sendo o exemplo mais evidente disso o constituto possessório⁴²⁻⁴³.

³⁹ “Enfin l’influence de la distinction est nulle en ce qui concerne la naissance, la conservation ou l’extinction des obligations.” (JACQUES, 1884, p. 61.)

⁴⁰ Moreira Alves destaca como principais diferenças entre os regimes das coisas móveis e das imóveis a necessidade de formalidades especiais para a transmissão das coisas imóveis e a diferença dos prazos de usucapião (ALVES, 1997a, p. 140). No texto será visto, contudo, que a primeira diferença foi eliminada no direito pós-clássico, com a generalização da *traditio* como modo de transmissão da propriedade.

⁴¹ Ver: *Ibidem*, p. 304-305.

⁴² O direito romano admitiu a transmissão da posse através dos seguintes modos, denominados pelos intérpretes como espécies de *traditio ficta*: *traditio symbolica*, dá-se pela entrega de alguma coisa que simboliza a coisa cuja posse se transmite (como a entrega da chave do armazém no qual as coisas estão depositadas ou de um documento) ou por meio da prática de um ato material que substitua a entrega material da coisa (como a aposição de uma marca no objeto); *traditio longa manu*, que ocorre quando se mostra, à distância, o imóvel transferido; *traditio brevi manu*, operada pela alteração do título com base no qual se exerce poder sobre a coisa, como se dá no caso de o detentor adquirir a propriedade da coisa detida e tornar-se, após a aquisição, possuidor dela com base em declaração de vontade do alienante; e *constitutum possessorium*, que é a hipótese contrária à *traditio brevi manu*. Ela pode ser verificada quando o proprietário transfere a propriedade e a posse da coisa, mas a mantém em seu poder, agora na condição de depositário, como ocorre na hipótese de venda na qual o alienante mantém, ininterruptamente, a coisa em seu poder ao celebrar com o adquirente um contrato de locação. Sobre isso: *Ibidem*, p. 308-309.

⁴³ Não obstante essa transformação, Moreira Alves, tratando da transferência da propriedade, referiu que continuava em vigor o princípio de que a propriedade não se transferia pelo simples acordo de vontades (*Ibidem*, p. 309). A afirmação, contudo, merece reflexão. É certo que a transferência não

O impacto dessas transformações foi grande para os direitos reais de garantia. A constituição do penhor exigia, além do *contractus pigneraticius*, a tradição da posse. Nisso diferenciava-se da hipoteca, cuja constituição derivava do *pactum hypothecae*: um mesmo pacto estabelecia a justa causa e já operava a constituição do direito real⁴⁴. Com a abstração da tradição⁴⁵, contudo, essa diferença entre os institutos se esvaiu e, se não foi totalmente eliminada, fez-se muito tênue, a ponto de Marciano sustentar que *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*, regra acolhida no Digesto (D. XX, 1, 5, 1). A aproximação foi intensa e os princípios reitores de ambos os institutos se tornaram, em geral, os mesmos, possibilitando a Moreira Alves estudá-los em um mesmo tópico, como princípios comuns ao penhor e à hipoteca, apenas apontando as – não numerosas – diferenças de um e de outro instituto⁴⁶.

Outra expressão importante da convergência entre o penhor e a hipoteca diz respeito à identidade de tutela que lhes era dispensada, pois, ao tempo de Justiniano, ambos os institutos eram assistidos pela mesma ação real (*Serviana utilis* ou *quasi Serviana*), admitindo-se ao credor seguir o bem em mãos de terceiro, fosse ele móvel ou imóvel. Eis um dos exemplos da identidade geral da tutela conferida pelos romanos aos direitos reais, a despeito do tipo de bem sobre o qual incidissem, o mesmo se observando na reivindicação, pois, conforme constatou Raymond

decorria do simples acordo de vontades que constituía a *iusta causa traditionis* (como o contrato de compra e venda, por exemplo), pois exigia-se sempre a *traditio*. Ocorre que, como visto, a *traditio* abstratizou-se a tal ponto que, em alguns casos, não passava de um acordo de vontades sobre a posse, somado ao acordo de vontades constitutivo da justa causa. Assim, é de se cogitar que o direito romano admitia a transmissão de propriedade por simples acordo de vontades, embora diferenciasse a) o acordo que constituía a causa da transferência e b) o acordo que, transferindo a posse, operava a transferência. Elucidativa é a exposição de Emilio Bussi ao afirmar que a figura do constituto possessório representou a última linha de defesa – desesperada – da ideia de que a transmissão do domínio requer tradição, mesmo que *larvata*. Mediante o constituto possessório, contudo, “se idealmente la tradizione viene affermata, praticamente viene distrutta.” (BUSSI, 1937, p. 41-42.).

⁴⁴ Nesse sentido: ALVES, 1997a, p. 354. Também Mário Neves Baptista: na “hipoteca não se verificava [...] nem *mancipatio*, nem *traditio*, como acontecia, respectivamente, na *fiducia* e no *pignus datum*. Havia unicamente uma simples convenção entre devedor e credor, uma *nuda conventio*, da qual, sem qualquer ato de formalidade exterior decorria a vinculação da coisa ao pagamento do débito.” (BAPTISTA, 1947, p. 83.).

⁴⁵ Que, como dito, deixou de se confundir com a transferência material do bem, bastando o acordo a esse respeito, como ocorria quando empregado o já citado constituto possessório.

⁴⁶ ALVES, op. cit., p. 353, et seq.

Poincaré⁴⁷, o seu regime era, no geral, o mesmo, tanto para os móveis quanto para os imóveis.

Em resumo, o penhor e a hipoteca, institutos multifuncionais, podendo incidir, indistintamente, sobre móveis e imóveis, passaram a poder ser constituídos por modos equivalentes e a ser tutelados pelos mesmos tipos de ação.

Outro aspecto digno de destaque diz respeito à amplitude do objeto das garantias reais: o direito justiniano assentou o princípio de que tudo o que era alienável era objeto possível de garantia. Tal amplitude apenas se tornou possível quando os romanos atingiram uma concepção mais sofisticada dos direitos reais de garantia. Com efeito, num estágio mais primitivo, quando o penhor somente atribuía ao credor o direito de possuir (*ius possidendi*) e quando a ideia de posse estava presa a uma concepção material, apenas coisas corpóreas podiam ser objeto de garantia real. Já no período clássico, admitida a possibilidade de o credor vender o bem empenhado para satisfazer-se, a ideia de garantia real passou a girar em torno do *ius distrahendi*, abrindo o caminho para a expansão do objeto do penhor: todos os bens patrimoniais, independentemente da existência material, tendiam a ser aceitos como objeto de garantia real, desde que alienáveis, possibilitando ao credor satisfazer-se com o produto da alienação. Trata-se de ampliação favorecida pela hipoteca, pois ela dispensava a posse material do bem, e pela desmaterialização da posse no penhor⁴⁸.

Como resultado, no período justiniano, a extensão dos bens passíveis de serem objeto de garantia real era máxima: todo bem alienável podia ser dado em garantia do crédito, aí incluídos os bens incorpóreos, como créditos e direitos reais (o usufruto, a servidão, a superfície e, inclusive, o penhor – *pignus pignoris* ou *subpignus*, na denominação medieval – podiam ser dados em garantia).

⁴⁷ Ver, a respeito: POINCARÉ, Raymond. *De la possession des meubles en droit romain: de la revendication des meubles, dans l'ancien droit et sous le Code civil, en droit Français*. Paris: Arthur Rousseau, 1883, p. 79.

⁴⁸ Desenvolvendo o assunto, para demonstrar a gestação do penhor de créditos, Mário Neves Baptista refere que o *pignus nominis* (penhor de créditos) surgiu como última fase no desenvolvimento da garantia pignoratícia, quando já estava “estruturado em definitivo o penhor de coisas corpóreas, com o reconhecimento do direito de vender [...] do credor pignoratício, e a admissão do penhor *solo consensu*, isto é, independentemente de transferência da posse”. Somente então “[...] pode manifestar-se o penhor de créditos, natural extensão do *ius pignoris* a todas as coisas alienáveis, inclusive às insuscetíveis de tradição ou posse.” (BAPTISTA, 1947, p. 73-74. O tema é desenvolvido pelo autor nas p. 73-91.

O próprio patrimônio era objeto possível de garantia real, formando-se, assim, uma garantia fluante, suscetível de atingir bens presentes e futuros. Trata-se da conhecida hipoteca geral do direito romano, recepcionada e combatida na modernidade, assim como diversas outras características aqui apresentadas, pois, conforme a exposição de Zwolve⁴⁹, a história recente de tal ramo do direito na *civil law* pode ser sintetizada, em traços gerais, descrevendo-se a reação a certas características herdadas do direito romano⁵⁰.

Mas, antes de estudar o direito romano recepcionado na modernidade, tem relevância observar que ele teve história na Península Ibérica durante o medievo, ali travando bons embates com o germanismo, tema cujo estudo é importante para a apreensão de alguns aspectos das correntes de pensamento constitutivas da base dos regimes das garantias mobiliárias dos dias de hoje.

1.2 Romanismo versus germanismo na Península Ibérica: as bases das correntes modernas sobre o direito das garantias na civil law

Ao estudar o “Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro”, Almiro do Couto e Silva identificou a existência de “vários direitos romanos”⁵¹. Quando se

⁴⁹ ZWOLVE, W.J. *A labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods*. 2004. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1887/3418>>. Acesso em: 2018.

⁵⁰ “An assessment of the Roman origins of the Continental European system of security interests in movables is important, particularly since many aspects of the modern system have been consciously developed as a reaction to the Roman system. The current statutory provisions on the creation of a valid pledge, for example, are only comprehensible if it is appreciated that they were formulated as a response to the deviating provisions of Roman law.” (op. cit., p. 38). Sem desenvolver aqui o tema, o autor identifica a fonte de algumas diferenças dos atuais sistemas de garantias no modo como se deu a contrarreação ao estado de coisas obtido a partir da superação do regime romano recepcionado (Ibidem, p. 50 et. seq.). Explica-se: a reação ao direito romano implicou uma grande desvalorização das garantias mobiliárias sem desapossamento. Quando as necessidades econômicas passaram a exigir a utilização de tais garantias, os diversos países acabaram por adotar soluções nem sempre convergentes (contrarreação), conduzindo à formação de sistemas diversos. Exemplar, a esse respeito, o direito alemão: mesmo compondo a *civil law*, o regime alemão das garantias é radicalmente diverso do regime de outros ordenamentos tradicionais desta mesma “família”. Sobre esse ponto, ver: BUSSANI, Mauro. *Los modelos de las garantías reales en civil y en common law: una aproximación de derecho comparado. Garantías reales mobiliaria en Europa*. 2007. Disponível em: <http://works.bepress.com/mauro_bussani/37/>. Acesso em: 2018.

⁵¹ A obra comumente citada a respeito do tema é a seguinte: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. Emprega-se, contudo, pela síntese, o seguinte texto: SILVA, Almiro do Couto e. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 13, p. 7-27, 1997. A título ilustrativo, reproduz-se o seguinte trecho do artigo: “Sem preocupação de exaustividade, pode-se falar num direito romano do período arcaico, em outro do período clássico, em outro do período pós-clássico, em outro da

fala em recepção do direito romano na Europa, está-se falando do direito romano do *Corpus Iuris Civilis*, ou seja, do direito romano do Império Romano *do Oriente*, “codificado” ao tempo de Justiniano. As diversas formas tomadas pela reação a esse direito conduziram, como dito, à formação dos diversos regimes de garantias mobiliárias da *civil law*.

Mas também pode ser questionada a existência de um direito romano *ocidental* pós-clássico para aferir se ele teve alguma influência sobre o direito moderno das garantias mobiliárias. Trata-se de uma perspectiva valorizada por Paulo Merêa na sua reação “contra a obsessão germanista” e contra “o axioma [d]a insignificância do factor romano” no ocidente após as invasões bárbaras. No entender do historiador português, há muito excesso na proclamação de “que o nosso direito medieval não era mais do que um capítulo da história do direito germânico”, pois “o Ocidente não estivera inerte e improdutivo durante os últimos séculos da dominação romana”. Com efeito, “não houve apenas um direito romano *clássico* e um direito romano *oriental*, mas sim também um direito post-clássico *ocidental*”⁵².

Conforme fica claro, enveredar por tal caminho leva a pôr o foco no “confronto” entre o germanismo⁵³ e o romanismo durante a idade média e a questionar, como fez Almiro do Couto e Silva, as influências de um e de outro sobre o direito moderno. É essa tensão, em última análise, o pano de fundo deste capítulo, pois ela permite identificar algumas concepções de base quanto ao pensamento moderno sobre o direito das garantias na *civil law*.

codificação justinianéia, em outro dos glosadores, em outro dos comentaristas, em outro da pandectística alemã do século XIX. Dessas distintas expressões do direito romano é assente que a mais pura é a que corresponde ao período clássico, ou seja, o período que compreende os dois primeiros séculos do Principado, do mesmo modo como não se discute que a mais científica é a da pandectística.” (SILVA, A. C., 1997, p. 10).

⁵² MERÊA, Paulo. *Estudos de direito visigótico*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1948, p. VIII a X. As mesmas questões são discutidas na introdução de: MERÊA, Paulo. *Estudos de direito hispânico medieval*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1952, v. 1.

⁵³ No texto acima citado, Almiro do Couto e Silva referiu que o termo “germanismo” também pode ser adotado em acepções diferentes. Em uma primeira acepção, designa o conjunto de instituições, regras e costumes jurídicos observados pelos povos germânicos antes da recepção do direito romano, que foi tardia na Alemanha, ocorrendo a partir do Séc. XIV. Em uma segunda acepção (que, segundo o autor, não tem significado para os alemães, mas é empregada pelos juristas estrangeiros), como o conjunto de criações científicas alemãs posteriores à recepção do direito romano na Alemanha. Neste texto, a expressão germanismo será adotada no primeiro significado. A referência ao segundo significado será feita por termos diversos, como direito alemão ou com alguma especificação que o diferencie do primeiro.

Conforme relatam os historiadores do direito português, a Península Ibérica – na qual Portugal estava “diluído”, pois apenas no Séc. XII tornou-se independente – caracterizou-se, desde cedo, por um conjunto de invasões sucessivas no tempo.

Uma das invasões que deixou marcas indeléveis no direito peninsular foi a romana⁵⁴, quando os nativos tiveram contato com o direito romano do período *clássico*. Em tal período, os romanos já tinham atingido um nível de abstração de pensamento que permitia *distinguir posse e direito*, concebendo-se *meios de tutela autônomos* para cada um deles. Trata-se de um ponto chave, pois a concepção de garantia mobiliária sem desapossamento do devedor depende da possibilidade de conferir proteção jurídica a posições despidas da visibilidade exterior própria ao apoderamento físico sobre uma coisa. Eis a concepção a ser debatida neste capítulo, em confronto com as tradições germânicas⁵⁵.

Devido a uma série de fatores, contudo, o direito romano que chegou à Península Ibérica não foi aquele direito acentuadamente técnico e permeado de sutilezas vigente em Roma, tratando-se, antes, de uma forma vulgarizada sua, o chamado direito romano vulgar. Não obstante isso, esse direito possuía um nível de sofisticação inigualável e sedutor, impondo-se quase naturalmente e sobrevivendo ainda quando deixava de ter por traz de si uma autoridade impondo a sua observância⁵⁶.

Com as invasões bárbaras, no Séc. V, ultrapassados os períodos de instabilidade, fixaram-se na Península os Visigodos. Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, trata-se de um povo germânico que não chegou ali em “estado

⁵⁴ A conquista da Península pelos Romanos foi um processo conturbado, que durou dois acidentados séculos, tendo por início a II Guerra Púnica, em 218 a.C. Somente nos primeiros anos da nossa era a conquista se estabilizou, iniciando-se mais intensamente a romanização da Península, ou seja, a assimilação da cultura romana, impulsionada pela superioridade técnica dos romanos, que revolucionou todos os métodos tradicionais de produção dos povos aborígenes (sobre isso: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 85, et seq.).

⁵⁵ Mesmo com esse foco restrito, trata-se de percorrer um caminho acidentado, de muitas idas e vindas, e permeado de obscuridades e sutilezas. As próprias autoridades que estudaram o tema no direito peninsular deixam claro existir grandes – talvez insolúveis – dúvidas sobre a relação entre o germanismo e o romanismo no direito medieval e sobre o legado desses direitos – que em muitos pontos se fundiram, formando “um complexo inscindível” (MERÊA, 1948, p. XII.) – para a formação do direito posterior.

⁵⁶ A esse respeito, Abelardo Lobo chega a sustentar que o direito romano nunca era inteiramente dominado, pois a sua superioridade incontestemente sempre o fazia prevalecer (LOBO, 2006, p. 319-320). Mário Júlio de Almeida Costa, na obra citada, destaca a permanência do direito romano na península como fonte importante mesmo quando suas instituições foram “entregues a si próprias” (COSTA, op. cit., 2000, p. 98).

bruto”, pois já havia sofrido algum estágio de “romanização” por ter vivido na fronteira do Império Romano, onde teve contato com os costumes romanos. Trata-se de um dado importante, pois os autores destacam que este fator, aliado à vulgarização do direito romano, facilitou o contato, a integração e, em estágio mais avançado, a fusão do direito visigodo com o romano.

Dessa fusão resultou a *Lex Visigothorum*, do ano de 654, apontada como a mais filosófica das “codificações” do período intermédio⁵⁷ e reconhecida como repositório privilegiado do direito romano vulgar. Mas aí se tem o ponto de partida de um imbróglio entre o romanismo e o germanismo, conforme se vê, muito claramente, nas discussões sobre a questão da reivindicação mobiliária.

Tratando do tema, Raymond Poincaré⁵⁸ constatou que alguns autores sustentaram a possibilidade geral de reivindicação dos bens móveis entre os germanos. O entendimento foi criticado pelo jurista francês justamente por ter sido construído a partir de textos visigodos: como tais textos haviam sofrido intensa influência romana, eles não refletiam as verdadeiras tradições germânicas, mais bem expressas na Lei Sállica⁵⁹, que não sofrera a mesma influência. Essa constatação sobre os textos visigóticos conta com o apoio de historiadores do direito peninsular, como Paulo Merêa⁶⁰ e Valdeavellano⁶¹, ambos sustentando que a possibilidade de reivindicação de bens móveis na *Lex Visigothorum* foi uma característica do direito romano introduzida no direito peninsular.

Não obstante isso, superada a monarquia visigótica⁶², veio à tona uma regra de sinal contrário à estabelecida na *Lex Visigothorum*, barrando a reivindicação dos bens móveis. Discutem os estudiosos a explicação para esse fenômeno. Mas não se

⁵⁷ Abelardo Lobo enfatiza a resistência da *Lex Visigothorum*, que persistiu como fonte na Península até as *Siete Partidas*, do ano de 1.265, tendo um papel de importância na formação do direito português (LOBO, 2006, p. 337, et seq.).

⁵⁸ POINCARÉ, 1883, p. 83-84.

⁵⁹ A Lei Sállica será referida adiante, quando for abordado o direito francês.

⁶⁰ Paulo Mêrea trata do tema em uma série de artigos onde foram apresentados vários estágios da evolução do seu pensamento, publicados nos seguintes lugares: MERÊA, Paulo. *Estudos de história do direito*. Coimbra: Coimbra, 1923, p. 87, et. seq. MERÊA, Paulo. Nótulas histórico-jurídicas: sobre a regra <<Hand muss Hand wahren>> na legislação visigótica. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 27, 1951, p. 145 et seq. MERÊA, 1952, v. 1, p. 1-36. Neste último texto, o autor faz uma síntese da evolução do seu posicionamento sobre o tema.

⁶¹ Ver os estudos do autor reunidos no seguinte livro: VALDEAVELLANO, Luis Garcia de. *Estudios medievales de derecho privado*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1977.

⁶² A queda do Reino Visigótico deu-se no Séc. VIII, com a invasão muçulmana. Sobre o tema, ver: COSTA, 2000, p. 149 et. seq.

discute o conteúdo germânico da regra⁶³, sintetizada na fórmula germânica *Hand muss Hand wahren* (*mobilis non habent sequelam*), que se estabeleceu e dominou o direito hispânico durante o medievo. De lado o conjunto de questões aí envolvidas, o importante é perceber que esse confronto tem por base uma diferença bem marcada de posicionamento frente aos bens móveis nas tradições romana e germânica, com reflexos sobre a questão da reivindicação mobiliária, aceita tranquilamente pelos romanos, mas não pelos germanos.

A regra *Hand muss Hand wahren* é expressão da *Gewere* germânica, noção indissolúvelmente presa, no âmbito dos bens móveis, à detenção material. Com efeito, apesar de a *Gewere* não ser uma concepção de fácil apreensão⁶⁴, é possível tomá-la por um equivalente germânico da posse, traduzindo-se no poder físico sobre uma coisa. Como os costumes germânicos não estabelecem uma distinção precisa entre poder de fato e poder jurídico, tem-se, grosso modo, que a *Gewere*, calcada na detenção física da coisa, seria equivalente à exteriorização de um direito sobre ela⁶⁵.

Assim, a concepção jurídica dos bens móveis no medievo hispânico, influenciada pelo germanismo, foi dominada pela ideia de detenção material, ficando o reconhecimento e a defesa de posições jurídicas vinculados à aparência exterior. Como a *Gewere* transitava para aquele a quem era confiada a coisa, o titular original não poderia reivindicá-la em caso de abuso de confiança e alienação a terceiro⁶⁶.

⁶³ Segundo uma das explicações possíveis para tal fenômeno, a regra germânica teria sobrevivido como direito costumeiro, entrando no terreno da discussão tormentosa sobre a persistência de costumes germânicos à margem da *Lex Visigothorum*, que puderam respirar livremente quando caído o poder que a sustentava. Sobre isso, ver os estudos de Mêrea e Valdeavellano já citados. Cita-se o seguinte trecho de Mêrea: “O facto, bem conhecido dos historiadores do direito peninsular, da existência, nas fontes jurídicas dos Estados da Reconquista, de instituições ignoradas da *Lex Visigothorum* ou por ela combatidas – facto que, pelo menos no que respeita a algumas instituições, se explica pela subsistência dum direito visigodo consuetudinário – encontra, a nosso ver, no presente caso mais uma confirmação, tanto mais para notar, quanto é certo que, não sendo [...] a regra <<*mobilis non habent sequelam*>> característica comum dos direitos primitivos, se avoluma a probabilidade de que a sua vigência nos estados da Reconquista seja a subsistência duma norma consuetudinária de importação germânica.” (MERÊA, 1923, p. 95). O tema da persistência do direito consuetudinário visigótico também é estudado por COSTA, 2000, p. 139. et. seq.

⁶⁴ Sobre a *Gewere*, na literatura brasileira: ALVES, José Carlos Moreira. A “*Gewere*”: um instituto do antigo direito germânico. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 63, p. 193-228, 1968. Do mesmo autor: ALVES, José Carlos Moreira. *Posse I: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1997b, p. 74-108.

⁶⁵ Eis porque Moreira Alves identificou a influência da teoria da *Gewere* sobre a teoria da posse de Ihering: ALVES, 1997b, p. 221-233.

⁶⁶ Por exemplo: se A confiasse a coisa a B (a título de empréstimo, por exemplo) e este a vendesse a C, A não poderia reivindicar o bem frente a C, podendo apenas voltar-se contra B, que deveria

Seguindo-se a explicação dada pela teoria da publicidade⁶⁷, “a pessoa que entrega uma coisa móvel perde *ipso facto* a *gewere*, reveste o accipiente da forma de publicidade inerente a esta *gewere* e despoja-se da faculdade de acionar terceiros.”⁶⁸

Segundo essa concepção, há graves obstáculos às garantias mobiliárias sem privação da posse do devedor sobre a coisa dada em garantia: ficando ele com o poder físico sobre o bem, o credor garantido ficará sem proteção caso haja alienação a terceiro, pois – repete-se – os costumes germânicos são refratários à tutela de posições jurídicas despidas de expressão material exterior.

Aí está o eixo do confronto entre o romanismo e o germanismo no tema das garantias mobiliárias, pois a concepção romana, separando com nitidez fato e direito, admitia posições jurídicas defensáveis para além do âmbito da detenção física, conduzindo à solução oposta, ou seja, à admissão de garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor: embora sem a detenção física da coisa, o credor adquiria uma posição juridicamente tutelável sobre ela, podendo, em princípio, reivindicá-la frente ao terceiro que a adquirisse do devedor.

Assim sendo, a recepção do direito romano na Europa, desta vez justinianeu, a partir do Séc. XIII, inverteu novamente a regra, debilitando o germanismo no âmbito das coisas móveis e abrindo caminhos mais promissores para as garantias mobiliárias, conforme se passa a expor.

2 A formação do moderno direito português das garantias mobiliárias

Não interessa aqui repisar o tema do renascimento do direito romano e da sua recepção em Portugal.⁶⁹ Para os objetivos pretendidos neste tópico, é suficiente

adotar as medidas necessárias para lhe restituir a coisa ou compensar os danos causados. Essa solução é contrária à romana, que admite ao proprietário a reivindicação da coisa. Na tradição germânica, ao contrário, apenas é admitida a reivindicação mobiliária nos casos de furto ou roubo.

⁶⁷ Segundo Merêa e Moreira Alves, nos textos já citados, autores alemães como Meyer e Schultze desenvolveram a teoria da publicidade para explicar a *Gewere*, imprimindo-se à ideia uma formulação nova e mais perfeita, clareando-se muitas das inúmeras questões nebulosas relacionadas à figura.

⁶⁸ MERÊA, 1952, v. 1, p. 3-4.

⁶⁹ Sobre isso, o livro de Mário Júlio de Almeida Costa já citado. Também o seguinte artigo: CRUZ, Guilherme Braga da. O direito subsidiário na história do direito português. *Revista da Consultoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 4, n. 10, p. 11-150, 1974. É de se destacar que o fenômeno passou a ocorrer em um momento no qual Portugal, recém desmembrado do Reino de Leão, buscava autonomizar o seu direito do direito leonês, buscando apoio em outras fontes,

ressaltar que, ao tempo das Ordenações, o direito romano havia adquirido uma autoridade incontestada entre os lusitanos, já estando firmado como expressão da *ractio escripta* na consciência dos juristas portugueses. Assim, a ele se recorria para cobrir o espaço vago deixado pela legislação portuguesa, imenso no âmbito do direito privado, pouco tocado pela intensa atividade normativa anterior e paralela às Ordenações⁷⁰. Como resultado dessa confluência de fatores, o direito romano dominou incontestada o direito privado português por vários séculos⁷¹.

favorecendo-se, assim, a penetração do direito romano justinianeu no novo Reino. Paralelamente a isso, ocorria a centralização do poder político e o incremento da legislação geral, que ia se superpondo aos costumes e ao direito foraleiro, o que alimentou e foi alimentado pelo recurso ao direito romano. Em outros termos, houve uma espécie de simbiose entre romanização e centralização política, fenômenos que se alimentaram reciprocamente. Daí o grande incentivo ao estudo do direito romano, sendo contemporânea a esses fenômenos a fundação da universidade de Portugal, no final do Séc. XIII, na qual o curso jurídico ganhou papel destacado, com predomínio do ensino do direito romano.

⁷⁰ Conforme ressalta Mário Júlio de Almeida Costa, “nunca a vida jurídica portuguesa esteve comprimida em legislação minuciosa”, ficando nas mãos da “actividade doutrinal dos jurisconsultos a orientação do direito privado” (COSTA, 2000, p. 408-409). Nesse ambiente, ganha todo o vigor a afirmação de Braga da Cruz: o efetivo conhecimento de um direito requer o “conhecimento exacto do direito aplicável no caso de insuficiência das fontes jurídicas imediatas”, o que “cresce de intensidade e importância quando recuamos em data e remontamos a épocas em que a escassez e a imperfeição das fontes imediatas – e, sobretudo, o seu carácter incompleto – obrigavam a recorrer constantemente às fontes subsidiárias, que assim obtinham, não poucas vezes, no quadro dos diversos direitos nacionais, um lugar de maior relevo e de mais larga aplicação do que as próprias normas de direito pátrio.” Fica claro o papel de peso que o direito romano passou a jogar na história do direito português, pois, além de ter contribuído para a formação da legislação portuguesa centralizada e geral, conforme já dito, era a ele que os juristas recorriam como direito subsidiário para preencher o mar que cercava as ilhas de direito legislado. Se isso for considerado pouco, pode-se acrescentar que os historiadores do direito são concordes em afirmar que não foi incomum o recurso ao direito romano contra a legislação portuguesa. Mesmo quando não se chegava a esse extremo, o direito romano valia como critério hermenêutico a partir do que se interpretavam, restritiva ou extensivamente, as disposições legisladas portuguesas, conforme se afastassem ou se aproximassem das soluções dos jurisconsultos romanos (CRUZ, 1974, p. 110-111). Assim se tem que as ilhas a que se reduzia o direito privado Português ainda eram constantemente invadidas pelo mar de direito romano. Para que isso fique bem salientado, segue um exemplo no qual tais entendimentos são explorados como ponto de partida decisivo para resolver questões a respeito do direito vigente em Portugal na época em que o direito romano vigorava como fonte subsidiária. João Baptista Villella, ao analisar a Consolidação de Teixeira de Freitas, destaca o seu carácter “bifronte” (o autor não emprega tal expressão), pois, ao mesmo tempo em que era consolidado o direito vigente, preparava-se o direito futuro. Trata-se de uma apreciação justa, pois não existem dúvidas de que a *Consolidação* foi concebida como uma etapa avançada do processo de codificação. Na expressão de Pontes de Miranda, adotou-se a estratégia de “primeiro conhecer-se, para depois expressar-se: codificar após consolidar” (MIRANDA, 1981, p. 79). Daí Baptista Villella ter identificado, também justamente, o carácter criativo do trabalho de Freitas e, nessa esteira, o carácter doutrinário da introdução à Consolidação, cujo discurso, em muitos aspectos, era persuasivo, ao invés de meramente descritivo (VILLELLA, João Baptista. Da Consolidação das Leis Civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, v. 23, n. 89, p. 323-338, 1986). A esse respeito, o autor mineiro destaca a questão clássica dos efeitos da compra e venda: Teixeira de Freitas esforçara-se para convencer da superioridade do sistema romano frente ao francês, deixando de lado, contudo, a demonstração de que as Ordenações efetivamente se filiavam ao sistema romano, demonstração de rigor, pois os textos das Ordenações seriam duvidosos, havendo autores, como Cunha Gonçalves, sustentando,

Isso se refletiu fortemente sobre o direito das garantias, conforme se passa a expor.

2.1 O direito romano justinianeu das garantias mobiliárias no antigo direito lusitano

A influência do direito romano justinianeu sobre o direito português das garantias mobiliárias é facilmente constatável a partir do ambiente onde Coelho da Rocha escreveu as suas célebres *Instituições*, datadas da primeira metade do Séc. XIX: na legislação, não existia artigo especial sobre as garantias reais, tratadas apenas em disposições dispersas⁷²; na doutrina, Mello Freire havia abordado “mui de passagem” a questão e as notas de Lobão tinham “pouco merecimento”⁷³. Como consequência, “o escriptor, até certo ponto, é obrigado a tomar a vez do legislador” para “suprir as immensas lacunas das leis patrias”⁷⁴, sendo necessário um constante recurso ao direito romano, cujas noções, contudo, quanto à hipoteca, já tinham sido muito alteradas pela jurisprudência moderna⁷⁵.

Na obra de Mello Freire, do final do Séc. XVIII, contudo, ainda é apresentada, basicamente, uma concepção romanista do direito das garantias, não se

com base em alguns dispositivos do texto compilado, que o regime adotado foi o da transmissão solo consenso. Trata-se, contudo, de questão cujas dúvidas não parecem ter sustentação. Certamente, frente à “ameaça” francesa – com repercussões profundas em Portugal, que adotara o regime francês da transmissão solo consenso –, o Jurista brasileiro empregou toda a força do seu espírito para defender a *manutenção* do regime romanista, considerado por ele superior. Mas Freitas defendia um entendimento tão arraigado que a questão da demonstração da sua vigência nas Ordenações nem mesmo se colocava. Quanto a isso, não interessa tanto avaliar qual seria o sentido imanente de tais textos [embora, a esse respeito, Santos Justo tenha citado dispositivos das três Ordenações que se sucederam, sustentando haver, em todas elas, “uma sintonia perfeita” no que toca à adoção da tradição romanista a respeito dessa questão: JUSTO, [2009]. Para que fosse possível *cogitar* da existência de *dúvida* a respeito da vigência da concepção romanista da compra e venda, seria necessário que as Ordenações trouxessem regra expressa e clara contrária a tal tradição. Ainda assim, seria necessário demonstrar não se tratar de caso no qual a tradição romana era aplicada à revelia do disposto nas Ordenações ou no qual ela incidisse restringindo o ali disposto. Mas é certo que as Ordenações não traziam regra expressa e clara contrária à tradição romanista nesse aspecto, de modo que, mesmo que o texto das Ordenações deixasse margem para dúvidas, as dúvidas não teriam espaço para florescerem, pois o espírito da época estava condicionado a enxergar os textos a partir de lentes romanizadas.

⁷¹ Conforme se verá, tal império passou a ser ameaçado apenas no final dos setecentos, com as reformas pombalinas, que conseguiram alterar, com efetividade, o quadro das fontes do direito português.

⁷² Com exceção da legislação sobre o penhor mercantil, tratado no Código Comercial, conforme refere o autor. No mesmo sentido, Inocêncio Galvão Teles destacou que muito pouco foi legislado a respeito do penhor antes do Séc. XIX, tanto em Portugal, quanto no Brasil (TELES, 1959, p. 31.).

⁷³ COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. *Instituições de direito civil portuguez*. Coimbra: Livraria J. Augusto Orcel, 1857, v. 2, p. 490.

⁷⁴ *Ibidem*, v. 1, p. IV e VI.

⁷⁵ *Ibidem*, v. 2, p. 490.

vislumbrando maiores reflexos da jurisprudência moderna referida por Coelho da Rocha. E isso apesar de ser objetivo declarado do autor, que escreveu *após a reforma pombalina*⁷⁶, interpretar o direito Português a partir “das suas genuínas fontes”, dando-se, assim, o devido cuidado “às nossas leis e costumes”, com a consequente “queda total de muitos axiomas do direito romano e de conclusões recebidas [...] e que ainda hoje não sabemos porque motivo se respeitam no foro.”⁷⁷ Tem-se, assim, na obra de Mello Freire, a base para esboçar o romanismo do direito luso das garantias mobiliárias na modernidade⁷⁸, tema de grande interesse para o estudo do direito brasileiro, conforme se verá ao seu tempo.

O direito romano aparece nas *Instituições* de Mello Freire tanto através de recurso direto às fontes, quanto nos comentários aos poucos dispositivos das Ordenações sobre a matéria, em quase nada destoantes do que fora consolidado no *Corpus Iuris Civilis*.

⁷⁶ Um dos principais eixos da reforma pombalina foi a profunda reforma do ensino jurídico em Portugal. Tal reforma arrancou de um diagnóstico preciso da situação das fontes da juridicidade portuguesa: eram os juristas que, atuando a partir de uma multiplicidade desordenada de fontes e empregando seus métodos tradicionais, determinavam o conteúdo do direito privado. Como resultado, eram entorpecidas as iniciativas do poder central voltadas a transformar a realidade pelo direito, pois a legislação nacional se “diluía” no conjunto desordenado das fontes em vigor e era submetida ao filtro dos juristas. Com tal diagnóstico, foi possível atacar o problema na raiz: agiu-se sobre a formação dos juristas, de modo que, em poucas décadas, conseguiu-se transformar radicalmente o modo de pensar dos juristas daquela pátria e, assim, direcionar a sua atuação para outros horizontes. Um dos alvos da reforma foi o excesso de recurso ao direito romano, que entorpecia a aplicação do direito nacional. Frente a isso, uma das estratégias foi o estabelecimento de novos critérios para determinar o conteúdo da noção, antiga no direito português, de boa razão, que constituía o eixo no qual girava a aplicação do direito subsidiário, de importância decisiva diante das extensas lacunas da legislação. Nessa esteira, forneceu-se aos juristas um critério prático para facilitar a identificação da boa razão: o uso moderno do direito romano pelas nações civilizadas. O resultado, contudo, foi de que o direito romano conforme a boa razão passou a ser o direito exposto pelos grandes autores do *usus modernus pandectarum*, cujos textos, indiretamente convertidos em fontes subsidiárias, passaram a penetrar no direito português. Sobre isso: CRUZ, 1974, p., 127, et. seq., especialmente p. 136, et. seq.

⁷⁷ MELO FREIRE, Pascoal José de. *Instituições de Direito Civil Português*. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 165, p. 35-156, 1967, p. 38.

⁷⁸ No tema das garantias mobiliárias, não se vislumbra grandes variações ao exposto por Mello Freire na obra dos seus comentadores, Liz Teixeira (LIZ TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de. *Curso de direito civil portuguez: ou commentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1848. Parte segunda, divisão 2) e Lobão (LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza de. *Notas de uso pratico e criticas addições, illustrações e remissões á imitação das de Muller a Struvio: sobre todos os titulos, e todos os §§ do livro 3º das Instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1883, v. 3), apesar de o último ser reconhecido como um dos primeiros juristas a utilizar as codificações modernas em Portugal. Há, por certo, variações no pensamento de tais autores, que, em alguns pontos, discordam de Mello Freire. No conjunto, contudo, o que impera é o romanismo.

O primeiro aspecto em que o romanismo ali transparece refere-se ao tratamento das garantias como *ius in re aliena* cujo fim é a segurança de uma dívida, conforme fora estabelecido pelo direito romano e acolhido nas Ordenações⁷⁹.

O romanismo também salta aos olhos quando se estudam os tipos de garantias expostos pelo autor, que parece empregar as expressões penhor e hipoteca promiscuamente. Mello Freire observou a existência de diferenciação entre penhor e hipoteca, mas teve por guia a sempre citada afirmação de Marciano: “entre penhor e hipoteca existe apenas uma diferença de palavras”. A diferença apontada por Mello Freire – “que não tem uso e utilidade alguma no foro”, pois “não diz respeito ao direito de agir”⁸⁰ – refere-se ao modo de constituição da garantia: o penhor constitui-se pela entrega da coisa; a hipoteca, mediante simples convenção⁸¹.

Ainda, colocar a posse como base da distinção entre o penhor e a hipoteca e desconsiderar a natureza dos bens constitui outra manifestação clara do direito romano, acolhida nas Ordenações, cuja disciplina modelava o penhor e a hipoteca como garantias aplicáveis, indistintamente, aos bens móveis e imóveis⁸².

O romanismo arraigado na obra de Freire – e nas Ordenações – também se manifesta na aceitação tranquila das garantias gerais ao lado das especiais. As garantias gerais são tratadas com certa ênfase pelo autor, destacando-se as discussões sobre a sua incidência sobre coisas futuras. Em nenhum momento, se põe em causa a possibilidade de garantia geral abrangendo coisas futuras: o objeto da discussão é o critério subsidiário a aplicar caso o contrato não fosse claro sobre a

⁷⁹ Ver a Ord. L. IV, tit 10, §2: “não he movida questão sobre o domínio dela [da coisa empenhada]”. O autor refere que “Entre os Germanos o domínio útil da coisa dada em penhor passava temporariamente para o credor [...], razão pela qual entre eles mal se distinguia o penhor da venda feita com pacto de retrovendendo. [...] O mesmo direito ainda agora agrada aos Saxões e outras nações. [...] Agora, se ele vigorou entre nós é matéria que ignoro por completo.” (MELO FREIRE, 1967, p. 165-166).

⁸⁰ Ibidem, p. 165. Mello Freire manifesta muito enfaticamente o seu entendimento de que as diferenças entre o penhor e a hipoteca “nada valem no foro” (Ibidem), o que não contou com a concordância integral de Liz Teixeira e de Lobão, pois ambos identificaram algumas diferenças entre eles na prática forense, apesar de reconhecerem que a ação aplicável a ambas as figuras era a mesma e que havia grandes afinidades entre elas.

⁸¹ Ibidem, p. 164-165.

⁸² Em Liz Teixeira (LIZ TEIXEIRA, 1848, Parte segunda, divisão 2, p. 294, et. seq.), já se verifica, claramente, a especialização da hipoteca para os imóveis e do penhor para os móveis. Mas, desde o início, fica nítido que isso ainda não é algo firme, pois o autor refere que o penhor se aplica, *ordinariamente*, para os móveis. Ao longo do texto, vai ficando clara a inexistência de firmeza a esse respeito. Pelo que se vê, trata-se de especialização que se ia impondo na prática dos negócios. O autor também deixa claro que o conteúdo real do direito gerado por ambos os institutos é o mesmo, repetindo a máxima de Marciano, pelo menos, duas vezes.

sua inclusão ou não no objeto da garantia⁸³. Trata-se de aspecto tratado pelos comentadores de Mello Freire, Lobão e Liz Teixeira, ambos aceitando as garantias gerais.

Além disso, Mello Freire destaca a não existência de superioridade da garantia especial sobre a geral: a única questão refere-se à forma, pois a forma pública gera uma garantia prioritária, seja geral, seja especial. Eis um trecho do seu texto:

A hipoteca pública tanto geral como especial, anterior, prefere à posterior, quer geral, quer especial [...]. A razão é porque o direito de penhor, adquirido genericamente para o primeiro credor, não pode ser prejudicado por feito do devedor que depois obriga especialmente alguns bens, lei 3 do tit. *De remissione pignoris*.⁸⁴

Em síntese, a obra de Mello Freire expõe, com algumas variações, o núcleo do sistema romano das garantias, destacando-se a grande abertura para garantias mobiliárias sem o desapossamento material do devedor, especialmente na hipoteca, que podia incidir sobre bens móveis, inclusive sobre o conjunto dos bens de propriedade do devedor, até mesmo os futuros.

Mas a análise até aqui feita não está completa, pois há aspectos sobre a inexistência de diferenças entre penhor e hipoteca no direito romano não tratados pelos autores portugueses até então referidos. Da análise até aqui feita, são bem claros os reflexos disso sobre a concepção portuguesa da hipoteca, aplicável tanto aos móveis, quanto aos imóveis. Como visto, contudo, a indiferenciação entre o penhor e a hipoteca chegou ao grau extremo quando a tradição da posse se abstratizou e, a partir disso, admitiu-se a constituição do penhor sem a entrega efetiva da coisa, por meio do constituto possessório. Assim, no sulco da tradição

⁸³ Trata-se de um ponto no qual a solução defendida por Mello Freire afasta-se do direito justiniano, segundo o qual a garantia geral abrangia, por natureza, os bens futuros. O autor português discorda, argumentando que “o devedor, que obrigou todos os seus bens, sem acrescentar os futuros, parece pensar apenas nos presentes [...]; e na dúvida deve fazer-se a interpretação contra o credor, que percebia uma utilidade especial se os bens presentes e futuros estivessem contidos na obrigação geral e indefinida.” (MELO FREIRE, 1967, p. 166-167). Liz Teixeira sustenta que o entendimento contrário ao de Freire, além de estar claramente estabelecido na lei – citando os dispositivos legais em que se amparou a afirmação –, não era contrário à razão. Como se vê, até aqui, os autores não põem em causa a possibilidade de garantias gerais e a possibilidade de abrangerem bens futuros. A questão é, pura e simplesmente, determinar se a abrangência dos bens futuros dependia de disposição expressa.

⁸⁴ Ibidem, p. 172.

romanista, além da hipoteca, o penhor também abre a porta para a constituição de garantias mobiliárias sem o desapossamento material do devedor.

O direito português não foi indiferente a isso, pois é possível encontrar notícias, nos Séc. XVIII e XIX, do emprego do penhor sem entrega pelos lusitanos, uma delas de surpreendente sofisticação. Um exemplo mais remoto gira em torno do disposto no L. 4, tit. III, das Ordenações Filipinas, dispondo o seguinte:

Se o devedor, que obrigou alguma sua cousa⁸⁵ ao seu credor, a vender a outrem, ou a alhear per qualquer outra maneira, e a passar a seu poder, passará a cousa com seu encargo da obrigação, e poderá o credor demandar o possuidor della, que ou lhe pague a divida⁸⁶, por que lhe foi obrigada, ou lhe dê e entregue a dita cousa, para haver per ella pagamento de sua divida; demandando porém o credor primeiro o seu devedor, e fazendo em seus bens e de seu fiador (se o tiver dado) execução, como se per Direito deve fazer.

Tratando-se de uma garantia na qual a coisa é mantida sob a posse do devedor, os comentadores a qualificam como hipoteca. Observe-se, contudo, a disciplina do benefício de ordem estabelecido em favor do adquirente: “demandando porém o credor primeiro o seu devedor”. Da nota de Cândido Mendes de Almeida a tal texto extrai-se que, para conhecimento do direito antigo, seria necessário consultar Silva Pereira, no Repertório das Ordenações, onde se encontram casos nos quais era possível demandar logo o adquirente/possuidor (excluir o benefício de ordem). Um dos caminhos para isso era a constituição de penhor pelo constituto possessório: “se no contracto estiver a clausula constituti, i. e., que o devedor se constitue possuidor em nome do credor”.⁸⁷ Eis um penhor no qual o devedor

⁸⁵ Obrigar a coisa é o modo como as ordenações expressam a constituição do vínculo real sobre ela.

⁸⁶ Nesse ponto, as ordenações se afastam do direito romano, pois permitem que o terceiro adquirente da coisa onerada seja demandado pela obrigação garantida, ao invés de, simplesmente, suportar a execução da garantia. Trata-se de disciplina que fora instituída por D. Afonso III, em 1274, a qual, segundo Melo Freire, constituiu a primeira vez que se estabeleceu, em Portugal, “que a coisa penhorada passasse com seu ônus a qualquer possuidor” (MELO FREIRE, 1967, p. 179), no que é acompanhado por Inocêncio Galvão Teles, sustentando ser essa a “mais antiga lei que se conhece, neste capítulo” (TELES, 1959, p. 31-32). Verifica-se, nos autores citados, existir dúvidas sobre o ano da referida legislação. Na *Portvgalia Monvmenta Historica*, vol. I, Fasc. II, 1858, p. 232-233, consta o ano de 1275. Ali se verifica, conforme referem os autores, tratar-se de legislação promulgada a pedido da comunidade dos judeus e restrita a eles. A disciplina foi incorporada nas Ordenações Afonsinas e dela transitou para as ordenações posteriores, mas como direito geral, aparecendo no L. IV, tit. 3, das Ordenações Filipinas, conforme referido no texto.

⁸⁷ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I* – L.IV. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Consultando-se o Repertório das Ordenações, lá se encontra a reprodução do texto das Ordenações, L. IV, t. 3, nos seguintes termos: “Hypotheca, que paffou a terceiro poffuidor,

mantinha o poder de fato sobre a coisa por meio da cláusula constituti, um segundo caminho para a obtenção de garantia mobiliária sem desapossamento material do devedor. No caso, o instituto era empregado para a exclusão do benefício de ordem previsto pelas Ordenações em favor do terceiro adquirente do bem: o devedor mantinha o poder físico sobre a coisa, mas, pelo constituto, transferia a posse ao credor, fortalecendo a posição deste, pois a posse, mesmo indireta, superava o benefício de ordem conferido ao adquirente.

Já no Séc. XIX, de grande interesse é o emprego dessa possibilidade pelo Código Comercial Português de 1833 na disciplina do contrato de empenho. Apesar dos vários pontos de interesse em tal disciplina, estuda-se apenas o disposto nos artigos 314, 317 e 318, com os primorosos comentários que lhes fez Diogo Forjaz de Sampaio Pimentel⁸⁸. Os dispositivos referidos estabelecem o seguinte:

Art. 314. A entrega do penhor ao credor ou a terceiro convencional pode ter logar effectiva ou symbolicamente: [...] 2º per declarações ou verbas nos livros de quaisquer estações publicas, onde se acharem; [...].

Art. 317. O preço do penhor é sub-rogado na obrigação, por que este responde.

Art. 318. Quando um commerciante ou mercador empenha seus bens em geral em segurança de divida, que deve, não se entendem empenhadas ou hypothecadas as mercadorias de seu commercio, estantes nos seus armazéns ou lojas, no sentido de não poderem alhear-se ou de passarem com vinculo de obrigação para poder de terceiro adquiridor. As mercadorias empenhadas em geral são obrigadas por todo o tempo que param no poder do commerciante, e são da obrigação, quando outras fazendas se adquirem, e entram no logar das primeiras.

O autor português referido explica as potencialidades dessa disciplina⁸⁹, esclarecendo que, em comércio, o bem empenhado pode ficar nas mãos do devedor. Ocorrendo isso, contudo, o vínculo real não persiste sobre a mercadoria quando ela é vendida, adquirindo o comprador uma propriedade livre e desembaraçada. Em contrapartida, a garantia se sub-roga sobre o preço da venda,

naõ poderá haver o credor por ella o feu pagamento, fem primeiro demandar o devedor, ou o feu fiador, fe o tiver.” Em nota, são estabelecidos os casos em que o benefício de ordem não se aplica, dentre os quais se encontra o referido por Cândido Mendes de Almeida: “Limita 3. fi in contractu interveniat claufula confituti, id eft, quod debitor confituat fe poffidere nomine creditoris.” Esses trechos foram extraídos de: PORTUGAL. *Repertorio das Ordenações, e Leis do Reino de Portugal*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1795, Disponível em: <http://www.governodosoutros.ics.ul.pt/?menu=consulta&id_obra=68&acciao=ver>. Acesso em: 2018, p. 678-679.

⁸⁸ PIMENTEL, Diogo Pereira Forjaz de Sampaio. *Anotações ao Código de commercio portuguez*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1866, v. 2.

⁸⁹ *Ibidem*, v. 2, p. 45 et. seq.

nos termos do art. 317, ou sobre as novas mercadorias adquiridas pelo comerciante/devedor para substituírem as vendidas, tomando o lugar delas na garantia, nos termos do art. 318. Como observa Diogo Forjaz, essa já era a disciplina do direito romano, citando as fontes de base para a sua afirmação. O autor reconhece tratar-se de um penhor com menor segurança para o credor, pois o devedor poderia vender as mercadorias e não comprar outras. Mas é indubitável a sofisticação da disciplina legislada, cuja lógica é exposta com maestria pelo jurista português:

Combinam-se com estas disposições o interesse dos credores e a conveniência pública. Esta pressuppõe rápida circulação: as fazendas empataadas nos armazens do devedor e o penhor parado nas mãos do credor não produzem. Mas o interesse dos credores seria offendido, a garantia do penhor perder-se-hia, se o devedor podesse com inteira liberdade eximir-se da responsabilidade pela venda do penhor.⁹⁰

Quem está acompanhando as discussões atuais sobre as garantias mobiliárias facilmente percebe a sofisticação dessa disciplina⁹¹. Diante disso, a disciplina do contrato de empenho no Código Comercial de 1833 entra na afirmação de Coelho da Rocha: “Este Codigo proveitoso poderia concorrer para o melhoramento do commercio, se a decadencia geral da nação, e outras causas, o não empecessem”⁹². Dentre as causas que empeceram o florescimento do Código de Comércio estão os péssimos acordos firmados pelos portugueses com a Inglaterra, resultando que “as manufacturas inglezas correram então por todo o reino, inundando até as aldeias mais miseraveis, como uma alluvião. O commercio e

⁹⁰ PIMENTEL, 1866, v. 2, p. 46.

⁹¹ Veja-se a constatação de Grant Gilmore: as discussões em torno da *inventory security* foram o “*great nineteenth century controversy*.” (GILMORE, Grant. Article 9: What It Does for the Past. *Louisiana Law Review*, v. 26, p. 285-316, 1966, p. 288 et. seq.). Com efeito, em tal século, o sonho dos agentes econômicos em estabelecer uma *floating charge on shifting stock* era visto como um *bug-a-boo* (GILMORE, Grant; AXELROD, Allen. Chattel Security: I. *The Yale Law Journal*, v. 57, n. 4, p. 517-548, 1948, p. 540 e p. 542, et. seq.), sendo que, embora se tenha conseguido alguma evolução através da inserção de cláusulas especiais nos institutos tradicionais, “*a chattel mortgage with mortgagor in possession plus power of sale clause plus after-acquired property clause was about the largest camel which could be swallowed*.” (Ibidem, p. 534.). Essa questão, pelo que se extrai da exposição do autor, foi problemática para os norte-americanos, pelo menos, até a década de 1870 quanto aos bens corporais, recolocando-se, na década de 1920, quanto aos créditos.

⁹² COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. *Ensaio sobre a historia do governo e legislação de Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1896, p. 241. O verbo empecer, empregado por Coelho da Rocha, significa, segundo o Dicionário Aurélio, causar dano, prejudicar, transtornar, estorvar, dificultar, criar obstáculos, etc.

a industria, assim abafados pela superioridade dos Inglezes, não pôde mais respirar até o fim d'esta Epocha.”⁹³.

Então, como reflexo dessa economia debilitada, incapaz de ocupar todo o âmbito do juridicamente possível, certas áreas do direito ficaram ociosas e alguns de seus institutos acabaram por se atrofiar. Eis o ambiente propício para um movimento, já forte no direito português, passar a exercer pressão decisiva sobre o direito das garantias mobiliárias, alterando radicalmente o seu curso. A partir da segunda década do Séc. XIX, a Lei da Boa Razão passou a sofrer o revés da tática, por ela própria empregada, de “meter vinho novo em odres velhos”⁹⁴. Como já visto, uma das estratégias adotadas por tal Lei foi manipular a noção antiga de boa razão. Meio século após, sob o influxo do liberalismo, é a vez do critério prático estabelecido por ela ser manipulado: a boa razão ganha um figurino liberal no qual o *usus modernus* equaciona-se com o direito estabelecido nas modernas codificações europeias, o *Code civil* à frente⁹⁵. Como resultado, por meio desse novo direito subsidiário, o direito codificado de outras nações europeias passou a penetrar fortemente em território lusitano e a determinar o destino do direito privado português, como sempre nas mãos da doutrina e da jurisprudência⁹⁶.

Em tal contexto econômico e diante dessa nova mentalidade jurídica, o direito português das garantias mobiliárias sofreu uma radical transformação, já aparecendo nas *Instituições* de Coelho da Rocha em estágio de transição: a legislação da época ainda admitia a hipoteca para os bens móveis, mas, com a introdução do registro de imóveis, aplicável apenas aos bens de raiz, tornava-se necessário acomodar-se às novas circunstâncias e adotar a solução dos códigos modernos, que restringiram a hipoteca aos imóveis⁹⁷. Mesmo admitindo-se a hipoteca para os móveis, constatou o autor ser corrente a não possibilidade da ação hipotecária contra terceiros, ficando a garantia restrita ao seu outro efeito, a preferência. Enfim, conclui Coelho da Rocha “que entre nós se vai introduzindo a regra de que nos moveis – *la possession vaut titre*.”⁹⁸.

⁹³ COELHO DA ROCHA, 1896, p. 205.

⁹⁴ CRUZ, 1974, p. 143-144.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 143, et. seq.

⁹⁶ Ver, nesse sentido, a conclusão de *Ibidem*, p. 150.

⁹⁷ COELHO DA ROCHA, 1857, v. 2, p. 496.

⁹⁸ *Ibidem*, v. 2, p. 505.

Trata-se da influência francesa incidindo sobre o direito português, trazendo à tona, mais uma vez, o conflito entre o romanismo e o germanismo, assunto do próximo tópico.

2.2 A influência do direito francês sobre o direito português das garantias mobiliárias

Neste momento, o curso da exposição que vem sendo feita sofrerá um desvio inevitável, pois se impõe refletir na estrutura do texto a estrutura descontínua da evolução histórica portuguesa, radicalmente alterada pela influência francesa. Como consequência, será aberto um longo parêntese para o direito francês, voltado ao estudo das concepções que dominaram a modelagem dos regimes modernos das garantias mobiliárias nos direitos da família latina – aí incluso o direito português –, a serem confrontadas, no próximo capítulo, com a evolução do pensamento brasileiro sobre as garantias mobiliárias no mesmo período.

Um bom ponto de partida para esse estudo é a constatação de que, ao contrário do que ocorreu em Portugal, a centralização político-jurídica da França foi bem tardia, ainda estando muito viva, às vésperas da Revolução Francesa, a divisão entre *pays de droit coutumier* (região norte da França) e *pays de droit écrit* (região sul da França), cujas raízes estão profundamente enraizadas na história francesa⁹⁹.

Conforme destaca Eugênio Facchini Neto, após a queda do Império Romano no Ocidente, o Reino Visigodo ocupou a parte sul da França, ali vigendo a *Lex Visigothorum* – cujo romanismo já foi ressaltado –, facilitando-se, quando da redescoberta do direito romano, a sua difusão nessa região, conhecida como *pays de droit écrit*. O norte da França, ao contrário, caracterizou-se por uma influência mais marcante do direito costumeiro germânico, especialmente o de origem franca, fundado, substancialmente, na chamada *Lex Salica*, na qual, como dito, Raymond

⁹⁹ A obra de referência sobre o tema é a seguinte: ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du Code Civil français*. Paris: L.G.D.J., 1969. Utilizou-se, contudo, o texto de Eugênio Facchini Neto (FACCHINI NETO, Eugênio. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 198, p. 59-88, 2013), do qual se destaca o seguinte trecho: “às vésperas da Revolução Francesa, a França se encontrava ainda muito longe de ter logrado uma unidade jurídica no campo do direito civil”. O autor enfatiza esse fato através de uma frase célebre de Voltaire, de meados do século XVIII: “*et n’est-ce pas une chose absurde et affreuse que ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre ? ... Il en est ainsi de poste en poste dans le royaume; vous changez de jurisprudence en changeant de chevaux*” (Ibidem, p. 63).

Poincaré sustentou encontrarem-se os genuínos costumes germânicos. Trata-se da região conhecida como *pays de droit coutumier*¹⁰⁰.

É comumente reconhecido que o *Code civil* derivou de uma solução de compromisso entre essas duas forças¹⁰¹, sendo até mesmo curiosa a constatação de qual delas predominou:

No conjunto, a influência dos costumes germânicos foi muito grande, a ponto de, paradoxalmente, se poder dizer que “o código, geralmente considerado a codificação mais importante dos sistemas jurídicos romanistas, conserva um maior número de elementos germânicos do que o próprio Código Civil alemão”, por ter sido este baseado largamente sobre o direito romano estudado nas universidades – é a constatação feita por Zweigert e Kötz [...], bem como por David e Jauffret-Spinosi [...], citando texto de Raymond Saleilles de 1904. No mesmo sentido opina Van Caenegem [...].¹⁰²

Assim sendo, não é difícil concluir que a França foi palco de um importante capítulo da saga entre o germanismo e o romanismo, com fortes reflexos sobre o destino do direito das garantias em uma parte muito considerável do mundo, aí incluído o direito português, impondo-se uma breve passagem de olhos sobre o direito francês.

Apesar da divisão apontada, a recepção do direito romano justinianeu das garantias foi um fenômeno comum em praticamente toda a França. Variou bastante, contudo, o nível de recepção e o nível de reação ao direito romano recepcionado nos diversos lugares, sendo de se imaginar, pelas razões expostas, terem sido diversas as respostas no Sul e no Norte do País.

Quanto à hipoteca, segundo Marcel Planiol, a sua introdução na França não se deu de um só golpe: no Séc. XIII, através da noção de *obligation*¹⁰³, ela passou a penetrar em território francês; no Séc. XVI, já estava constituído um instituto equivalente à hipoteca romana. O fenômeno, é sabido, não se restringiu à França,

¹⁰⁰ Para evitar equívocos, refere-se que essa divisão não é rígida. Ver, a esse respeito, o texto de Facchini, acima citado.

¹⁰¹ Veja-se a frase enfática de Facchini: “Sem medo de errar, pode-se dizer que o direito civil francês foi o feliz resultado da combinação do *droit écrit* do sul da França, de origem romanista, com o *droit coutumier* no norte francês, baseado nos costumes germânicos.” (FACCHINI NETO, 2013, p. 60).

¹⁰² Ibidem, p. 60.

¹⁰³ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1902, v. 2, p. 806-807. Os autores que tratam do aspecto histórico deixam claro que a recepção da hipoteca pelo *trés ancien droit* se deu através da ideia de *obligation*. A *obligation* operava mediante uma cláusula pela qual o devedor autorizava o credor a *saisir* e a vender todos os seus bens (*obligation générale*) ou alguns deles (*obligation spéciale*) em caso de inadimplemento.

pois, conforme observou Zwalve¹⁰⁴, no final do Séc. XV, o sistema romano das garantias já estava integrado em toda a Europa, com exceção do País de Gales e da Inglaterra.

Mas as características mais marcantes do direito romano das garantias mostraram-se problemáticas para a economia moderna, avessa às garantias gerais e ocultas. As garantias mobiliárias sem desapossamento também não foram recebidas com entusiasmo, pois eram vistas como um risco para a circulação dos bens. Na base do problema estava a impossibilidade de distinção entre os bens livres e os gravados, gerando insolúveis conflitos dos credores entre si e deles com os adquirentes dos bens. Conforme Ressalta Zwalve, a percepção moderna sobre o direito das garantias recepcionado foi bem sintetizada por Voet como um *labirinth of creditors*¹⁰⁵.

O combate a esse fenômeno foi forte no direito francês. A reação, contudo, não foi homogênea em nenhum dos seus aspectos. Conforme Zachariae, antes da Revolução, ainda vigoravam os princípios romanos na maior parte das províncias da França:

On pouvait donc prendre une hypothèque non-seulement sur un immeuble déterminé, et non-seulement pour une somme d'argent déterminée, mais encore sur tous les biens présents et à venir du débiteur, et sans qu'il fût nécessaire de préciser la somme pour sûreté de laquelle l'hypothèque était prise. En outre, l'efficacité des hypothèques n'était point subordonnée à leur inscription sur un registre public.¹⁰⁶

Para os imóveis, tais “vícios” – hipoteca geral, indeterminada e oculta – foram satisfatoriamente corrigidos apenas meio século após o *Code*, pela conhecida legislação de 1855, que, finalmente, conseguiu instituir um regime hipotecário bem-acabado na França¹⁰⁷.

A tolerância não foi a mesma com a hipoteca mobiliária. Com efeito, Planiol chega a sustentar que, no Séc. XVI, ela já havia sido banida da França: “Pendant plus de trois siècles (du XVI^e au milieu du XIX^e) l'hypothèque mobilière s'est trouvée

¹⁰⁴ ZWALVE, 2004, p. 43.

¹⁰⁵ A expressão é de Johanes Voet, adotada como título do já citado artigo de Zwalve.

¹⁰⁶ ZACHARIAE, K. S. *Le droit civil français*. Paris: Libraire Auguste Durand, 1860, v. 5, p. 221-222.

¹⁰⁷ PLANIOL, 1902, v. 2, p. 807, et. seq..

suprime em France.”¹⁰⁸. A opinião, contudo, parece ser controversa, pois se trata de assunto cuja evolução não foi linear em nenhum de seus pontos: “*La réalité est plus complexe, confuse même.*”¹⁰⁹. Parece ser seguro que, no Séc. XVI, já estava firmada a impossibilidade de sequela hipotecária para os bens móveis. Mas isso não significa, necessariamente, a exclusão da própria hipoteca, conforme será exposto adiante.

Não há dúvidas do papel de destaque exercido pelos costumes germânicos nesse contexto. De Paul Pont extrai-se que, apesar de ser certa a recepção dos princípios romanos também nos *Pays de Coutume*, foi ali que as reações a eles não tardaram a aparecer¹¹⁰. A linha de frente contra a hipoteca mobiliária foi ocupada pela versão francesa da fórmula germânica *Hand muss Hand wahren: meubles n'ont pas de suite*. Conforme já estudado, nos termos dessa regra, quem entrega uma coisa sua a outrem perde o direito de reivindicá-la frente a um terceiro que a tenha adquirido ou recebido em garantia.

Mas a reação francesa não foi, propriamente, à reivindicação mobiliária: o foco do combate foi o direito de sequela decorrente da hipoteca¹¹¹, conforme ficou lapidarmente expresso no *Coutume de Paris*, posteriormente acolhido no art. 2.119 do *Code*, mediante a adição de duas palavras à versão francesa da fórmula *Hand muss Hand wahren: meubles n'ont pas de suite par hypothèque*.

Apesar disso, como referido, é controversa a opinião de Planiol, no sentido de que a hipoteca mobiliária já estava eliminada no Séc. XVI. Com efeito, à máxima *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* foi objeto de interpretações diversas e o direito francês anterior ao *Code* caracterizou-se por uma diversidade de regimes, correspondentes à diversidade de interpretações dadas à regra¹¹².

Uma interpretação rigorosa vigorava na maioria dos *pays de coutume*, rejeitando-se, em absoluto, a hipoteca mobiliária. Dentre eles se destaca o *Coutume*

¹⁰⁸ PLANIOL, 1902, v. 2, p. 797. Até a metade do Séc. XIX, pois, a partir daí, o direito francês passou a admitir alguns casos pontuais de hipotecas mobiliárias.

¹⁰⁹ Essa a constatação de Emanuel Putman: PUTMAN, Emanuel. Sur l'origine de la règle : <<meubles n'ont point de suite par hypothèque>>. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 3, p. 543-555, 1994, p. 548.

¹¹⁰ PONT, Paul. *Explication du Code Napoléon*. Paris: Libraire du Conseil d'État, 1859, v. 1, p. 404.

¹¹¹ Sobre isso, ver: PLANIOL, op. cit., p. 814. POINCARÉ, 1883, p. 132 et. seq.

¹¹² Nesse sentido: PONT, Paul. *Explication du Code Napoléon*. Paris: Libraire du Conseil d'État, 1859, v. 1, p. 404-406; PLANIOL, op. cit., p. 814-815, et. seq.; POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres complètes de Pothier*. Paris: Thomine et Fortic Libraires, 1821, v. 20, p. 193-194; PUTMAN, op. cit., p. 543-555.

de Paris, cujo peso na elaboração da codificação francesa foi marcante e, como dito, constituiu a base para a redação do art. 2.119 do *Code*. Segundo Putman, a interpretação dada ao *Coutume de Paris* foi de que a exclusão da sequela implicava a eliminação da própria hipoteca, pois aquela era vista como essencial a esta.

As razões apontadas para essa postura são variadas. Mais modernamente, há consenso de que a regra se liga à publicidade e à proteção do tráfico. Putman, contudo, destaca tratar-se de uma razão construída *a posteriori*, pois os antigos autores franceses não haviam dado uma explicação plenamente satisfatória à regra e os trabalhos preparatórios do *Code* demonstrariam tratar-se de um *préjugé* acolhido como *une évidence*.¹¹³ Não se entrará profundamente nesse mérito. Apenas se destacará o que tem interesse para a análise que segue. A afirmação de Putman encontra conforto em Planiol¹¹⁴, para quem a razão antiga para a regra está em que a hipoteca mobiliária não constituía uma garantia séria para o credor, pois não era possível conferir-lhe a sequela frente a terceiros. Segundo este autor, tal razão subsiste, mas surgiu uma nova, mais decisiva: a impossibilidade de organizar a publicidade para os bens móveis, problema sério para a modernidade¹¹⁵.

Mas em Paul Pont vê-se que Loyseau já relacionava a regra à segurança do tráfico. Conforme observou o autor, o comentador do *ancien droit*, após afastar como insubsistente a razão vulgarmente apontada (*mobilia vilis est possessio*), identificou três razões, a última das quais é a seguinte:

si les meubles avaient suite par hypothèque em vertu de la simple convention [...] le commerce seroit grandement incommodé, même aboly presque tout à fait, pour ce qu'on ne pourroit pas disposer d'une épingle, d'un grain de bled, sans que l'acheteur en pust être évincé par tous les créanciers du vendeur.¹¹⁶

Mas o mesmo Loyseau destacara – seguindo-se sempre a citação de Pont – que esta razão, certamente a mais plausível, toca apenas ao *adquirente* do bem (a ser protegido da sequela em vista da necessidade de conferir segurança à sua aquisição e, assim, ao tráfico dos bens), nada dizendo sobre os *credores*

¹¹³ PUTMAN, 1994, p. 543-544.

¹¹⁴ PLANIOL, 1902, v. 2, p. 815.

¹¹⁵ *Ibidem*, v. 2, p. 849

¹¹⁶ PONT, 1859, v. 1, p. 404-405.

*concorrentes do hipotecário*¹¹⁷. Tendo isso por base, alguns costumes admitiam uma hipoteca mobiliária “incompleta”: apesar de ser vedada a sequela contra o adquirente do bem, protegido contra a evicção, admitia-se a preferência frente aos demais credores¹¹⁸. O entendimento, segundo Putman, além vigorar em alguns *pays de droit coutumier*, vigorava em todos os *pays de droit écrit*, caracterizados por uma maior influência romana¹¹⁹.

Como se vê, vigiam no direito francês anterior ao *Code* duas interpretações possíveis para a regra *meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. Uma delas, pautando-se pelo “equilíbrio entre l'intérêt du créancier d'une part, de l'autre la sécurité des transactions et la protection du débiteur”¹²⁰, não eliminava de todo a hipoteca mobiliária.

A questão, agora, é investigar qual a interpretação prevaleceu no *Code civil*, cuja redação é dúbia, pois o art. 2.119 exclui apenas o *droit de suite* (sequela), não a hipoteca em si. Já se sabe, contudo, que a redação do *Code* seguiu o *Coutume de Paris* nesse ponto. E aqui, conforme destaca Putman, foi decisivo o peso da tradição: ela, além de determinar a letra da codificação, determinou a sua interpretação, não tardando a firmar-se o entendimento de que o art. 2.119 significava, pura e simplesmente, a vedação da hipoteca mobiliária.¹²¹

Sumulando o exposto: a partir do *Code*, a hipoteca francesa restringiu-se aos bens imóveis.

Quanto ao *gage*, não se vislumbra tenham os autores franceses discutido muito a possibilidade da sua constituição por meio do constituto possessório. Zwolve

¹¹⁷ PONT, 1859, v. 1, p. 405.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ PUTMAN, 1994, p. 549.

¹²⁰ Essa a opinião de Ibidem, p. 549.

¹²¹ Além disso, Putman dá conta de que se argumenta que o art. 2.119 é superabundante, em vista do disposto nos art. 2.114 e 2.118, já limitando a hipoteca aos imóveis (nesse sentido, também: PONT, op. cit., p. 406; e PLANIOL, 1902, v. 2, p. 814, et. seq.). Por outro lado, o autor francês refere que, para alguns autores, a regra *possession vaut titre* do art. 2.279 torna qualquer discussão sobre a organização da sequela para os bens móveis inútil ou de medíocre interesse prático, pois ela apenas teria lugar por exceção, fora dos casos de aquisição de boa-fé. Se tal for considerado pouco, há mais: o mesmo autor questiona se o disposto no art. 2.119 é de ordem pública e se não seria cogitável a possibilidade de abertura à liberdade contratual, de modo que as partes poderiam estabelecer uma hipoteca mobiliária dotada apenas do direito de preferência. Aqui, contudo, entra em jogo o forte obstáculo oposto pelo *sacro-saint* princípio *pas de privilège sans texte*, que, na visão do autor, costuma ser aceito como axioma, dispensando demonstração. O autor, então, questiona se, em época na qual se discute os princípios *pas de droit réelle sans texte* e *pas de sûreté réelle sans texte*, aquele *pas* é ainda inquestionável, principalmente considerando que a análise comparatista (EUA, Québec e Louisiana) demonstraria ser a hipoteca mobiliária um instituto sedutor (PUTMAN, op. cit., p. 554).

utilizou o direito Holandês em sua exposição, referindo a posição de Voet: a máxima *mobilia non habent sequelam* abrangeria o penhor, impossibilitando a sua constituição mediante *constructive delivery*, meio que poderia ser empregado para burlar as regras sobre a hipoteca. Segundo refere Zwolve, contudo, a Suprema Corte Holandesa rejeitou o entendimento de Voet em decisão do ano de 1.737, mantendo essa posição posteriormente.

No direito francês, Pothier sustentou, de modo categórico, a necessidade de tradição real para a constituição da garantia. Do contrário, haveria apenas uma promessa obrigatória:

Il est de l'essence du contrat de nantissement que le créancier soit mis en possession réelle de la chose que lui est donnée en nantissement.

[...]

Il est vrai que je puis convenir avec mon créancier que je lui donnerai des gages, et que cette convention est valable et obligatoire par le seul consentement : mais cette convention n'est pas le contrat de nantissement ; elle le précède, et en est différente, comme la promesse de vendre est différente du contrat de vente [...].¹²²

E o *Code* cortou o problema pela raiz: eliminou qualquer possibilidade de *gage* – de sua constituição e manutenção – sem o desapossamento material do devedor. O art. 2.276 é categórico a esse respeito: “Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties.”

Eis o regime que se difundiu pela Europa: contando com o apoio da autoridade do *Code*, esse sistema que fechava todas as portas para garantias mobiliárias sem o desapossamento do devedor foi adotado pelos Códigos Civis holandês de 1838 (art. 1198), italiano de 1865 (art. 1882) e Espanhol (art. 1863)¹²³. O BGB, bem mais recente, não seguiu rumo diverso (§§ 1204, 1205 e 1253)¹²⁴.

Já é possível presumir, a partir do exposto no tópico anterior, que tais soluções também não sofrerem grandes resistências quando pressionaram as fronteiras portuguesas, tema retomado após esse longo parêntese aberto para o direito francês.

¹²² POTHIER, 1821, v 9, p. 211.

¹²³ Os exemplos são os referidos por ZWALVE, 2004, p. 47.

¹²⁴ Conforme será visto no momento oportuno, o sofisticado regime alemão das garantias mobiliárias foi construído à margem do BGB – melhor seria dizer contra o disposto no BGB – por meio dos negócios fiduciários.

No ponto em que ficou o estudo do direito português, referiu-se, com base na obra de Coelho da Rocha, que o direito das garantias mobiliárias estava em período de transição. O mesmo pode ser verificado em Correa Telles. Seguem alguns exemplos. No *Digesto*, já aparece caracterizada a hipoteca como garantia imobiliária sem entrega e o penhor como garantia mobiliária com entrega¹²⁵. Mas ainda se verifica uma certa abertura para a hipoteca mobiliária – ou um vacilo em sustentar a sua eliminação cabal: “em geral, a hypotheca de bens móveis não tem efeito. Se passar às mãos de terceiro, passa sem ônus hypothecario”¹²⁶. E segue a citação de dispositivos estrangeiros em amparo à afirmação, dentre eles o art. 2.119 do *Code*. Mas ainda não se vislumbra em Correa Telles reação às hipotecas gerais, colocadas no mesmo plano das especiais, não sendo derogadas por elas¹²⁷.

Desde então, tudo se transformou rápido e a transição já estava concluída no Código Civil de 1867, que “nesta matéria não inovou, limitando-se a recolher os resultados das transformações produzidas nos decênios que o antecederam”, conforme observou Inocêncio Galvão Teles¹²⁸.

No art. 855 do Código, o penhor foi disciplinado como garantia mobiliária constituída mediante a entrega da coisa. A hipoteca, nos termos do art. 891, apenas podia recair sobre bens imóveis e immobilizados, exigia bens certos e individualizados e se aplicava para a garantia de quantia certa e individualizada, ao menos aproximadamente, nos termos do art. 911. Ainda, o Código reservou uma subseção específica para o registro imobiliário (art. 949), onde foi disciplinado o registro das hipotecas.

Comentando esse Código, José Dias Ferreira sustenta que a diferença entre a hipoteca e o penhor “é completa e cabal”¹²⁹. O penhor dependia sempre da entrega, com a consequência de que uma coisa não poderia ser empenhada a mais de uma pessoa ao mesmo tempo, por impossibilidade física¹³⁰. Quanto à hipoteca, os seus fundamentos eram a publicidade e a especialidade. Superadas, portanto, as hipotecas mobiliárias, gerais e ocultas. Também superado o penhor sem entrega.

¹²⁵ CORRÊA TELLES, José Homem. *Digesto portuguez*. Coimbra: J.A. Orcel, 1860, v. 3, p. 193.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 202.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 200 e p. 210.

¹²⁸ TELES, 1959, p. 34.

¹²⁹ FERREIRA, José Dias. *Código Civil Portuguez anotado*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1871, v. 2, p. 302.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 303.

No entendimento de Dias Ferreira, contudo, continuavam em vigor as disposições do Código Comercial a respeito do penhor, não obstante o Código Civil ter revogado toda a legislação geral e especial relativa às matérias nele disciplinadas¹³¹. Mas o Código Comercial de 1888 eliminou as regras mais sofisticadas do Código Comercial anterior. É verdade que o art. 398, parágrafo único, manteve a possibilidade de entrega simbólica, nos mesmos termos do Código anterior. Ele também admitiu a constituição do penhor mediante a entrega do bem empenhado a terceiro e, em caso de bens depositados em armazéns gerais, estabeleceu que a entrega simbólica podia dar-se pela cautela dos produtos depositados, circulável por endosso. Admitiu ainda o empenho de títulos e de ações e previu uma hipoteca mobiliária, mas de âmbito restrito, aplicável apenas aos navios (art. 574 et. seq.). São aberturas, mas elas em nada são comparáveis à sofisticação da codificação comercial anterior.

Além disso, é de se duvidar que a interpretação dada a tais dispositivos tenha lhes conferido alguma amplitude considerável. Veja-se, a respeito, já no início do Séc. XX, o entendimento de Guilherme Alves Moreira¹³², no sentido de exigir o penhor a entrega efetiva da coisa, sem o quê se tem uma mera promessa de penhor. Seria possível a entrega a terceiro de confiança das partes, mas, de modo nenhum, poderia o devedor manter o poder físico sobre a coisa: “O que se torna em todo o caso indispensável [...] é que o devedor ou o terceiro que o presta sejam desaposados da coisa”, inclusive para o penhor mercantil: “É assim pelo código civil, e de harmonia com as suas disposições foi regulado o penhor mercantil”¹³³. Quanto à hipoteca, a exposição do autor segue a opinião consolidada, de que apenas é possível para os imóveis, com a exceção pontual da hipoteca sobre navios.

Foi completa, portanto, a transição do regime português ao regime francês das garantias mobiliárias. Em última análise, isso constitui o desfecho do confronto entre o romanismo e o germanismo na península ibérica, que, passando pelo direito francês, moldou o direito Português das garantias mobiliárias no Séc. XIX. O núcleo

¹³¹ FERREIRA, J. D., 1871, v. 2, p. 303.

¹³² MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do direito civil português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907.

¹³³ *Ibidem*, p. 349.

desse evolver de fatos foi sintetizado em um rico parágrafo de Valdeavellano¹³⁴, que, tratando da reivindicatória, liga os pontos até aqui abordados, servindo de remate à exposição feita:

Téngase en cuenta que los principios jurídicos romanos y germánicos influyen en nuestro Derecho medieval, unas veces mezclados; otras, fundidos en una norma jurídica peculiar; inspirando a veces los romanos una institución o regla jurídica peculiar; los germánicos, otra; en ocasiones, dentro de un mismo derecho local o territorial. Pero, con todo, el germanismo de la reivindicación mobiliaria en el Derecho español medieval parece haber sido la característica predominante, y ese germanismo ha llegado incluso a informar el espíritu de las disposiciones sobre bienes muebles del Código civil vigente, cuyos autores, al seguir con manifiesta fidelidad la regulación contenida en el Código napoleónico, entroncaron inconscientemente en este aspecto, a través de una codificación extranjera, con el Derecho español medieval anterior a la Recepción romanista.¹³⁵

Um último dado convém destacar: ao tempo da obra de Guilherme Alves Moreira, foi instituída a inovação trazida no bojo do Decr. de 01 de março de 1910, que organizou o crédito agrícola e admitiu a constituição do penhor sem a entrega dos bens agrícolas empenhados à Caixa de Crédito. Trata-se, contudo, do início de uma nova era do direito português das garantias mobiliárias, que não interessa aqui analisar, pois a exposição feita já avançou muito além do necessário para identificar o “galho da planta”¹³⁶ que os portugueses enxertaram no Brasil, tema ao qual se passa.

CAPÍTULO - 2 DO DIREITO PORTUGUÊS AO DIREITO BRASILEIRO

Os dados apresentados no capítulo anterior oferecem um ótimo ponto de partida histórico para fixar a posição do direito brasileiro sobre as garantias mobiliárias.

Conforme já referido, Inocêncio Galvão Teles foi um dos poucos autores a tratar do tema pelo viés histórico-comparatista, focando as origens do direito luso-brasileiro das garantias. A sua exposição deixa clara a importância do assunto, pois a expansão do crédito requer um sistema idôneo de garantias, para o que o penhor sem entrega dá uma contribuição em dobro: podendo o devedor manter a utilização

¹³⁴ O autor está tratando do direito espanhol, que seguiu a mesma trajetória observada em Portugal.

¹³⁵ VALDEAVELLANO, 1977, p. 21-22.

¹³⁶ A expressão, conforme visto, é de Pontes de Miranda: MIRANDA, 1981, p. 27.

dos bens empenhados, “a economia lucrará duplamente, porque o produtor obtém o crédito de que precisa para o lançamento ou expansão da sua atividade criadora de riqueza e, ao mesmo tempo, não fica privado de instrumentos necessários ou úteis a essa atividade.”¹³⁷. Trata-se de necessidade, continua Galvão Teles, já sentida pelos romanos, ensejando o desenvolvimento da hipoteca, garantia sem desapossamento do devedor, aplicável tanto aos bens móveis, quanto aos imóveis, diferenciando-se do penhor, com o qual conviveu, apenas pela desnecessidade de entrega da posse do bem ao credor¹³⁸.

No direito luso-brasileiro vigente sob a égide das Ordenações imperava o mesmo estado de coisas. No Séc. XIX, contudo, operou-se uma transformação radical, em Portugal e no Brasil, cujo resultado foi o seguinte:

Estabelecia-se ou tendia a estabelecer-se, ao arripio da tradição milenária, separação radical entre o penhor e a hipoteca.

[...]

Esta absoluta e incisiva distinção fêz ressurgir o velho problema que há dois mil anos os juriconsultos de Roma tinham encarado e satisfatòriamente resolvido.

A história repetiu-se a uma distância de vinte séculos: o que nos adverte do perigo de inovações legislativas contrárias a uma tradição muito enraizada [...].

Como dar, pois, em garantia as coisas móveis de que o proprietário não pudesse despojar-se sem gravíssima perturbação?¹³⁹

Assim apresentado o problema, o autor passa a explorar os caminhos adotados nas duas pátrias para superar os inconvenientes da eliminação das garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor, todos passando pela autorização legal da constituição do penhor sem entrega, fenômeno do qual o autor apresenta incontáveis exemplos, o maior número deles do direito brasileiro.

Como se vê, Inocêncio Galvão Teles equipara a evolução do direito brasileiro à do português e apresenta o penhor sem entrega, em ambos os casos, como uma concessão do legislador do Séc. XX. A exposição a seguir tem por objetivo principal questionar se (e quanto) o Brasil, efetivamente, se desviou das tradições luso-romanas, a exemplo de Portugal.

¹³⁷ TELES, 1959, p. 29.

¹³⁸ Ibidem, p. 30-31.

¹³⁹ Ibidem, p. 35.

1 O Séc. XIX das garantias mobiliárias no Brasil

Conforme visto no primeiro capítulo, a revolução jurídica ocorrida na Europa atingiu Portugal por meio da ideia de boa razão, noção antiga do direito luso que, reinterpretada, tornou-se o veículo para o direito codificado por outros Estados nacionais europeus penetrar, cada vez mais intensamente, no território português, fenômeno massificado a partir da segunda década do Séc. XIX.

Nesse momento, contudo, o Brasil tornou-se independente e deixou de ter o seu rumo jurídico determinado por Portugal, não colhendo os frutos mais radicais da Lei da Boa Razão, fato decisivo para que o direito brasileiro das garantias mobiliárias tenha tomado rumo diverso do adotado na Europa. Eis o tema deste tópico, cujo ponto de partida é a recepção do direito luso no Brasil.

1.1 O antigo direito luso das garantias mobiliárias no Brasil

Conforme resulta claro da introdução deste tópico, os traços básicos da mentalidade jurídica imperante no momento da independência do Brasil devem ser buscados no período anterior à manipulação liberal da ideia de boa razão.

A obra jurídica paradigma da época foram as *Instituições*¹⁴⁰ de Melo Freire, o compêndio oficial empregado no ensino jurídico português. Sendo filha da Lei da Boa Razão na sua interpretação original, ela reflete as tradições lusitanas em estado mais puro. Além disso, o núcleo legislado do direito português comentado por Melo Freire era composto pelas Ordenações Filipinas, vazadas no direito romano justinianeu e fazendo remissão a ele nas suas áreas – não pontos – lacunosas. Como consequência, pôde-se observar que o direito das garantias apresentado nas *Instituições* tinha um elevado grau de romanismo.

Em complemento a isso, a maioria dos juristas brasileiros da época da independência era formada em Portugal¹⁴¹, de onde foi trazido o modelo introduzido nos cursos jurídicos brasileiros, organizados a partir de 1828. Ainda, a nova ordem

¹⁴⁰ MELO FREIRE, 1967, p. 35-156.

¹⁴¹ A esse respeito, segue-se a seguinte tese de doutorado: ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O direito civil nas academias jurídicas do império*. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais, 2008. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/DIRE-7PYKYE/direito_giordanobrunosoaresroberto_tese.pdf?sequence=1>. Acesso em: 2018.

instaurada no Brasil recepcionou todo o direito português vigente em território pátrio até a independência. Aí está, inclusive, a base de uma das características do direito privado brasileiro, marcado por uma evolução orgânica, sem rupturas, apesar das diversas rupturas políticas¹⁴². Foi, portanto, uma escolha natural a adoção, também aqui, das *Instituições* de Melo Freire como compêndio oficial dos cursos jurídicos, pois, além de constituírem a base da formação dos juristas brasileiros, elas comentavam o direito que continuou vigendo no Brasil.

Esse conjunto de fatores permite tomar tais *Instituições* como a expressão teórica mais fiel do pensamento jurídico da época e adotar o direito das garantias nelas exposto como ponto de partida da análise a seguir feita. Assim sendo, o direito luso-brasileiro das garantias, ao tempo da independência, pode ser sumariado nos seguintes traços: a) *ius in re aliena*; b) percepção da existência de diferença entre penhor e hipoteca, mas sem lhe conferir grande relevância prática; c) possibilidade de aplicação de ambos os tipos de garantias, indiferentemente, para os bens móveis e imóveis; d) possibilidade ampla de garantias mobiliárias sem o desapossamento do devedor; e) possibilidade de garantias gerais e incidentes sobre bens futuros; e f) inexistência de regime de publicidade organizado.

Esse ponto de partida ganha confirmação quando se expõe a evolução posterior do direito das garantias no Brasil, impulsionada, no mais das vezes, pela reação a essas características. Com efeito, em suas linhas gerais, o conjunto do direito brasileiro das garantias experimentou a mesma evolução observada em Portugal, conforme resulta claro dos comentários de Teixeira Freitas a dois dos artigos da sua *Consolidação*¹⁴³.

No art. 767, o penhor é apresentado como um instituto multifuncional, aplicável tanto aos bens móveis, quanto aos imóveis, tendo por base o disposto nas Ordenações L. 4, t. 56. Na nota a tal artigo, contudo, Teixeira de Freitas constatou que a prática e a doutrina já restringiam o penhor aos bens móveis.

O art. 1.284 do texto consolidado também é exemplar: “Preferem entre si as hypothecae convencionaes, ou sejam geraes, ou especiaes, pela prioridade de suas inscripções.” Já é claro aí o registro como critério determinante da prioridade da hipoteca, mas as hipotecas gerais ainda estão presentes e aparecem no mesmo

¹⁴² Sobre isso, ver: SILVA, C. C., 1988b.

¹⁴³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Brasília: Senado Federal, 2003.

patamar das especiais. Ao tempo da terceira edição da Consolidação, contudo, o regime hipotecário fora reformado de modo tão profundo que Teixeira de Freitas referiu a necessidade, em caso de uma quarta edição, de pedir faculdade ao Governo para desprezar completamente o texto antigo¹⁴⁴. E a mudança foi mesmo radical: na nota ao artigo 1.284, verifica-se que, no novo regime, as hipotecas convencionais deviam ser especiais, com quantia determinada e sobre bens presentes.

A reforma referida por Freitas fora efetivada pela Lei nº 1.237/1.864, fixando as bases para o florescimento do crédito territorial no Brasil por meio do aperfeiçoamento do sistema registral imobiliário. A referida Lei, no seu art. 2º, § 1º, reduziu a quase nada a hipoteca mobiliária, pois estabeleceu apenas poderem ser objeto de hipoteca os imóveis e seus acessórios, desde que estes fossem hipotecados juntamente com aqueles. Em outros termos, um bem móvel, para ser hipotecado, deveria atender a duas condições: ser acessório de um imóvel e ser hipotecado juntamente com ele. De hipoteca mobiliária propriamente dita apenas sobrou a de navios, prevista no Código Comercial¹⁴⁵.

Até aí, então, o caminho tomado no Brasil não divergiu, nos seus largos traços, do seguido por Portugal, pois fica clara a instituição do registro das hipotecas e a vedação de hipotecas mobiliárias, gerais e sobre bens futuros. Mas em um ponto importante o direito brasileiro manteve-se no sulco da tradição romanista: sempre foi mantida aberta uma larga porta ao penhor sem entrega, conforme se passa a expor.

1.2 O divisor de águas: a manutenção da tradição romanista do penhor sem entrega pelo direito brasileiro

No capítulo anterior, destacou-se a concepção de penhor sem entrega, por meio do constituto possessório, ideia de origem romana e não desconhecida da

¹⁴⁴ Ver, a esse respeito, a nota da página 727 à terceira edição da *Consolidação*, inserida no início do capítulo destinado às hipotecas.

¹⁴⁵ “Art. 468 - As alienações ou hipotecas de embarcações brasileiras destinadas à navegação do alto-mar, só podem fazer-se por escritura pública, na qual se deverá inserir o teor do seu registro, com todas as anotações que nele houver (artigo nºs 472 e 474); pena de nulidade.”

tradição lusa. Mas foram os juristas brasileiros do Séc. XIX que exploraram com vigor essa possibilidade, conduzindo o Brasil a um rumo diverso do português¹⁴⁶.

No clássico sobre o direito das coisas no Brasil¹⁴⁷, por exemplo, Lafayette Rodrigues Pereira apresenta o penhor como uma garantia constituída mediante a tradição, podendo esta ser operada pelos diversos modos conhecidos no direito civil, dentre eles o constituto possessório. Trata-se de um posicionamento adotado com conhecimento de causa, pois o jurista conhecia a posição do direito francês e o entendimento do sempre citado Voet: o constituto não podia ser aceito na formação do penhor, pois *mobilia non habere sequelam*. Apesar disso, conclui o autor brasileiro:

Mas, segundo o nosso Direito, os moveis são susceptíveis de sequela. – O credor pignoratício, que perde a posse do movel, pode rehavê-lo ou por via de interdito possessório, ou por via de ação real competente [...]. Não vigora entre nós o princípio francês – *la possession vaut titre*. – Não há, pois, razão para excluir a doutrina do Direito Romano.¹⁴⁸

Às vésperas do Código Civil de 1916, é possível verificar uma manifestação forte do mesmo entendimento na *Nova Consolidação das Leis Civis* de Carlos de Carvalho, do ano de 1899, consolidando regra do seguinte teor: “Art. 674. - A tradição, ainda que pelo constituto possessorio, é necessaria á constituição do penhor.”¹⁴⁹ Dentre os dispositivos utilizados por Carlos de Carvalho para redigir o artigo, destaca-se o art. 274 do Código Comercial de 1850, cujo teor era o seguinte: “A entrega do penhor pode ser real ou simbólica, e pelos mesmos modos por que pode fazer-se a tradição da coisa vendida (artigo nº. 199).”

¹⁴⁶ Qual a razão dessa larga abertura ao constituto possessório no Brasil, ao contrário de outros direitos da mesma linhagem? Moreira Alves oferece uma boa pista para a busca da resposta (ALVES, 1997b, p. 243 et. seq.). Segundo o autor, tudo levava a crer que o constituto possessório não teria lugar no direito moderno, dado o enorme peso atribuído à publicidade. Como explicar, então, a abstração do *corpus* e a conseqüente transmissão da posse sem qualquer sinal externo da mudança? Quanto ao direito brasileiro, concorreram para isso os usos de país exportador. Após citar alguns exemplos a esse respeito, Moreira Alves conclui: “tudo isso era o constituto possessório a serviço da vida agrícola exportadora.” Quanto aos juristas teóricos, sempre tiveram certa hostilidade ao constituto possessório, pois daria azo à fraude, exagerando-se, na visão de Moreira Alves, “o papel da exterioridade na distinção entre aparência e realidade”.

¹⁴⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal, 2004, v. 2.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 15, n. 20.

¹⁴⁹ CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1899. Os dispositivos de que o autor partiu para redigir a regra consolidada são os seguintes, segundo consta da nota ao referido artigo: “Ord. 4. 56. Pr. – Cod. Com. art. 274. – L. 2687 de 1875, art. I § 9. – D. 370 de 1890, art. 362.” (Ibidem, p. 204).

Apesar do apoio legislativo citado, é importante perceber não se tratar de uma concessão do legislador do Séc. XIX, conforme ensina o Visconde de Outro Preto:

O penhor sem a tradição *physica* era uma instituição legítima, desde que essa tradição podia operar-se pela *clausula constituti*.
O art. 274 do Código Commercial não autorizou uma novidade; cingio-se a antiquíssimo preceito de direito *commum*, que admittia o penhor sem a deslocação do objecto.¹⁵⁰

Idêntico posicionamento foi defendido por Bento de Faria, também comentando o art. 274 do Código Commercial¹⁵¹. Trata-se, mais uma vez, de um posicionamento fundamentado na tradição, pois o autor constatou que o Brasil se mantinha apegado à influência romana, muito embora fosse diferente a posição do direito francês, adotada na generalidade das codificações.

Não obstante isso, Andrade Bezerra, em texto de 1910, defendeu, com muita ênfase – chegando a empregar um tom nada amistoso –, a seguinte tese: “São nullas em nosso direito todas as clausulas que no contracto de penhor mercantil (*clausula constituti*, depósito em mão do devedor ou de terceiro) retiram do credor a detenção da coisa apenhada.”¹⁵²

O único jurista *brasileiro* que Andrade Bezerra conseguiu identificar confortando uma tese tão radical foi Trigo de Loureiro¹⁵³. Este autor, contudo, não oferece nenhum elemento idôneo para aferir a posição do direito brasileiro na época, pois, quanto ao tema das garantias, a sua obra é uma tradução do português de Portugal para o português brasileiro – sem indicação da fonte – das *Instituições* de Coelho da Rocha.

De lado esse detalhe, Andrade Bezerra estava discutindo o mundo platônico das ideias jurídicas puras, enquanto os juristas por ele criticados tratavam de problemas muito concretos e de relevância indiscutível para a economia brasileira, que ia tentando organizar-se e desenvolver-se. Eis a sua confissão:

¹⁵⁰ OURO PRETO, 1886, p. 6.

¹⁵¹ FARIA, Antonio Bento de. *Código commercial brasileiro*: anotado de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência nacional e estrangeira. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1912, p. 235.

¹⁵² BEZERRA, A. V. de Andrade. Do constituto possessório e das clausulas de depósito no penhor mercantil. *Revista de Direito*, v. 16, p. 3-24, 1910.

¹⁵³ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2004. v. 2.

Contra o que temos dito [...], poder-se-á objectar que a frequencia das clausulas referidas está a indicar uma necessidade que a lei terá de attender.

Estamos de accordo com esse modo de ver. Pensamos, porém, que da existência dessa necessidade surgirá com o correr dos tempos e com o estudo ponderado de suas condições reaes, um novo instituto juridico que attenda aos interesses sociaes e as inflexiveis regras da logica juridica. [...]

Hoje já não temos necessidade da benevolencia pretoria de uma jurisprudencia illegal.

[...]

Desvirtuar um typo definido de contracto, como o penhor, entressachando-o de clausulas e condições incompatíveis com a sua natureza, é um alvitre que repugna o proprio bom senso.¹⁵⁴

Tais aspectos não passaram despercebidos a Levi Carneiro na sua apreciação da tese de Andrade Bezerra¹⁵⁵. Constatou o jurista que o penhor constituído através do constituto possessório, além de ser dotado de uma importância econômica capital, era pacificamente aceito pela jurisprudência e pela doutrina. Após citar diversos juristas brasileiros com posição contrária à de Andrade Bezerra, o autor conclui o seguinte: “Todos aceitam, em face do Codigo, a pratica da clausula *constituti*” e “raramente se notará tal accôrdo entre nossos tratadistas”¹⁵⁶. Com relação aos tribunais, Levi Carneiro constatou que a jurisprudência, inclusive do mais alto tribunal brasileiro, reiterada e constantemente, entendia legítima a cláusula constituti no contrato de penhor mercantil, sendo isolado o julgado citado por Andrade Bezerra. Como remate, o autor refere que uma interpretação contrária seria “verdadeiramente calamitosa”¹⁵⁷, dada a difusão do instituto como instrumento de crédito comercial.

Bem vistas as coisas, com a sua crítica veemente ao penhor sem entrega do bem ao credor¹⁵⁸, a tese de Andrade Bezerra constitui o testemunho mais imparcial possível da necessidade econômica do instituto – atestada pela frequência da cláusula constituti nos contratos de penhor mercantil, reconhecida pelo próprio autor – e da sensibilidade da jurisprudência e da doutrina da época – criticadas pelo autor,

¹⁵⁴ BEZERRA, 1910, p. 23.

¹⁵⁵ CARNEIRO, Levi. Da entrega effectiva da coisa apenhada ao credor pignoraticio. *Revista de Direito*, v. 19, p. 252-288, 1911.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 279. Além dos autores aqui expostos, Levi Carneiro cita os seguintes, todos dando respaldo à sua afirmação: Ribas, Ferreira Vianna, Didimo da Veiga, João Monteiro e Barão do Loreto.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 286.

¹⁵⁸ Crítica que chegou ao extremo de condenar até mesmo a constituição do penhor mediante a entrega do bem a terceiro de confiança das partes, o que nem nos direitos mais restritivos se costuma ver.

justamente, por considerarem legítima a prática comercial difusa, amparada por uma tradição milenar.

É possível ver alguns exemplos dessas cláusulas frequentes nos contratos de penhor mercantil – consideradas legítimas, repete-se, pela jurisprudência e pela doutrina, pois amparadas no Código Comercial e indispensáveis às necessidades econômicas – na obra do Visconde de Ouro Preto, onde são reproduzidos alguns modelos de contratos empregados pelos bancos da época¹⁵⁹. Ali se verifica serem comuns cláusulas estabelecendo garantia de valor máximo nos contratos de penhor mercantil, normalmente, pela vinculação do penhor a uma conta corrente, meio para a constituição de fluxos constantes de crédito garantido, a serem empregados conforme as atividades do mutuário exigissem; também fica clara a possibilidade de empenhar bens fungíveis, títulos de crédito, ações e valores; comum em tais modelos era, ainda, a previsão de que os bens empenhados ficariam em poder do devedor ou depositados nas alfândegas ou em trapiches.

Destacam-se, pela sua expressividade, algumas cláusulas do modelo de um contrato de penhor em que títulos e valores eram dados em garantia de crédito disponibilizado em conta corrente pelo Banco Commercial do Rio de Janeiro:

1.^a Que pelo dito Banco lhe é aberto um credito até a importância de [...] que é por [...] garantido pelo deposito previo dos titulos e valores abaixo relacionados e constantes da respectiva caderneta, que se considerará parte integrante deste contracto para todos os efeitos.

2.^a Que todos os valores e quaesquer titulos assim depositados serão considerados penhores mercantis, de conformidade com as respectivas disposições do Codigo Commercial, para o fim de garantirem especialmente qualquer desembolso do Banco, ficando este por [...] autorizado a liquidar taes penhores, como entender conveniente, para pagar-se do que lhe for por [...] devido.

3.^a Que com prévia e expressa permissão do Banco poderão ser retirados e substituidos por outros, os titulos por [...] dados em penhor, ficando os novos entrados nas mesmas condições dos retirados ; sem que esta novação, possa de modo algum enfraquecer, alterar ou prejudicar o direito do Banco em relação á especialidade e natureza desta garantia e sua liquidação.¹⁶⁰

Dentre os diversos modelos citados por Ouro Preto, todos muito ricos, esse foi escolhido por uma razão específica: a cláusula terceira é uma *cláusula de rotatividade* em contrato de penhor empregado na prática mercantil brasileira do

¹⁵⁹ OURO PRETO, 1886, p. 89 et. seq.

¹⁶⁰ O modelo está reproduzido em: *Ibidem*, p. 98.

Séc. XIX. O aspecto central dessa prática está na continuidade da garantia não obstante a variação do bem que constitui o seu objeto, fenômeno explicado pelo afastamento do efeito novativo, configurando-se a sub-rogação real. Trata-se de mecanismo sofisticado mesmo na prática moderna, conforme será explorado no momento oportuno, onde será possível destacar melhor o seu significado. Por ora, esse exemplo enfático fica como remate do que se tem a dizer sobre o penhor mercantil antes do Código Civil de 1916.

Voltando o foco para o outro ramo da economia brasileira da época, o rural, verifica-se, antes e depois do Código de 1916, uma profusão de leis regendo o penhor agrícola (aí incluídos os bens pecuários), meio pelo qual o Estado tentava, insistentemente, injetar ânimo na economia agrária, incentivando o emprego de um instituto disponível, de bom rendimento no mundo mercantil. Conforme se vê em Ouro Preto, o caso era dar vida ao penhor sem entrega no âmbito rural, para o que o legislador tentava contribuir injetando subsídios e dando forma mais perfeita ao direito vigente¹⁶¹. É importante destacar a percepção desse autor sobre o papel a ser exercido pelo legislador no âmbito das garantias mobiliárias:

Novos meios, processos modernos de mobilizar valores, facilitar a circulação e suprir a necessidade de numerario.
 Conhecemos-os todos e os empregamos já, ainda que em pequena escala, esses aparelhos ou instrumentos correspondentes á vertiginosa actividade da industria e do commercio hodiernos, porque a pratica, mais adiantada sempre que a lei, os tem introduzido e consagrado.
 Mas não estão ainda devidamente regulados, e por vezes trabalham mal, actuando nocivamente por falta de regimen adequado.
 Aos poderes publicos incumbe organizal-os, ainda que simplesmente para explicar ou declarar o direito existente, como no penhor agricola, satisfazendo aos reclamos da opinião e ás mais imperiosas exigencias do momento.¹⁶²

E tentativas legislativas nesse sentido não faltaram, tanto para dar forma mais adequada ao penhor agrícola, quanto para incentivar/subsidiar o seu emprego. Sem pretensão de ser exaustivo, citam-se os seguintes exemplos: Lei 1.237/1.864¹⁶³;

¹⁶¹ OURO PRETO, 1886, p. 12-13. Conforme fica claro no livro, o Visconde de Ouro Preto atuou nesse movimento tanto como doutrinador, quanto como membro do corpo legislativo que promoveu, no final do Séc. XIX, importantes modificações legislativas no direito brasileiro.

¹⁶² Ibidem, p. 12-13.

¹⁶³ “Art. 6º § 6º O penhor de escravos pertencentes ás propriedades agricolas, celebrado com a clausula constituti, tambem não poderá valer contra os credores hypothecarios, se o titulo respectivo não fôr transcripto antes da hypotheca.”

Decreto 2687/1875¹⁶⁴; Decreto 955-A/1890¹⁶⁵; Lei 3272/1885, regulamentada pelo Decreto 9.549/1886¹⁶⁶; e Decreto 370/1890¹⁶⁷.

No mais, os problemas aí envolvidos constituem um tema complexo, interpenetrado no contexto da renovação da estrutura da economia brasileira em um período no qual se buscava transformar o modo de produção, até então baseado na mão de obra escrava. Uma das questões centrais refere-se à inversão da noção de riqueza ocorrida em tal período, pois o bem econômico por excelência até as vésperas do Séc. XX era móvel: o escravo, que tanto era instrumento de produção, quanto garantia do crédito. Com a abolição da escravatura, o principal bem econômico passou a ser a terra¹⁶⁸. É intuitivo o impacto disso sobre o crédito e suas garantias. Trata-se, por certo, de uma questão que não cabe neste estudo.

Assim, destacada a posição adotada pelo legislador frente às garantias mobiliárias no âmbito rural – incentivo ao emprego, repita-se –, o restante deste tópico será reservado para um ponto determinante do rumo posterior tomado pelo regime das garantias mobiliárias.

¹⁶⁴ O objeto do Decreto era o seguinte: “Autoriza o Governo para conceder, sob certas clausulas, ao Banco de Credito Real que se fundar segundo o plano da Lei nº 1237 de 24 de Setembro de 1864, garantia de juros e amortização de suas letras hypothecarias, e bem assim para garantir juros de 7 % ás companhias que se propuzerem a estabelecer engenhos centraes para fabricar assucar de canna.” Cita-se o seguinte dispositivo: “Art. 1º § 9º Será licito ao Banco fazer emprestimos aos proprietarios ruraes, a curto prazo e a juro até 7 %, sobre penhor de instrumentos aratorios, fructos pendentes, e colheita de certo e determinado anno, bem como de animaes e outros accessorios, não comprehendidos em escriptura de hypotheca.” “Este penhor, que terá os mesmos privilegios de penhor commercial, ficará em poder do mutuario, sendo inscripto no registro hypothecario competente para garantia do mutuante.”

¹⁶⁵ Esse Decreto regulamentou o Decreto 451-B/1890, que estabeleceu o registro e transmissão de imóveis pelo sistema Torrens. Veja-se o interessantíssimo artigo que segue, que pretendida dar máxima mobilidade aos bens imóveis em favor do crédito: “Art. 82. O titulo de propriedade, em relação aos immoveis sujeitos a este regimen, é susceptivel de penhor. Este constitue-se simplesmente pela tradição do dito titulo ao credor pignoraticio, obstando ella, emquanto durar, a alienação e a hypotheca do immovel respectivo.”

¹⁶⁶ Sobre essa legislação, ver a obra de Ouro Preto, inúmeras vezes citada neste texto.

¹⁶⁷ Esse Decreto traz uma ampla disciplina da matéria, substituindo a legislação anterior. Destaca-se o seguinte dispositivo: “Art. 364. [...] Poderá tambem ser feito por 10 a 15 annos sobre arbitramento da média da producção annual, recebendo o mutuario antecipadamente a importancia do emprestimo correspondente a um anno, e perdendo este direito quando falte ao pagamento do anno vencido.” Como se vê, trata-se de um crédito rotativo cujos avanços são feitos anualmente e ficam garantidos, dentre outros, pelos bens produzidos com o emprego do próprio empréstimo.

¹⁶⁸ Tocando nesse ponto, ver uma excelente monografia: VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: fundamentos do direito de propriedade no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, especialmente as p. 111 et. seq.

É um truísmo destacar a contribuição de Teixeira de Freitas para a formação do direito brasileiro¹⁶⁹, sendo possível, inclusive, cogitar de exemplo em que ele acabou influenciando sobre o destino do direito pátrio mesmo em pontos nos quais a evolução posterior seguiu caminho diverso do visualizado pelo jurista.

Na introdução à *Consolidação*, o autor sustenta ser o crédito o motor da sociedade moderna, sendo esse o âmbito onde o direito mais se aproxima da economia. O principal ponto de contato entre ambos está na íntima correspondência existente entre a teoria do crédito e a teoria dos direitos reais.

Ligada a isso está a concepção do autor de que a verdadeira sede dos direitos reais é o campo imobiliário¹⁷⁰, pois apenas ali tais direitos poderiam desenvolver plenamente as suas potencialidades¹⁷¹. Fica clara aí a ligação íntima entre *crédito*, *direitos reais* e *bens imóveis*, expressa na fórmula crédito real imobiliário.

E aqui se chega a um importante afloramento da divisão entre direitos reais e direitos pessoais, que, orientando o pensamento do autor, refletiu-se na estrutura da sua obra. Com efeito, na outra ponta, o *crédito* vem vinculado aos *direitos pessoais* e aos *bens móveis*, podendo ser cunhada a fórmula crédito pessoal mobiliário.

Em outros termos, os bens móveis constituem a base do crédito pessoal; os bens imóveis constituem a base do crédito real. O crédito pessoal floresce no comércio e na indústria, onde imperam os bens sujeitos à circulação incessantemente, ao consumo, ao desvio, etc.; O crédito real floresce na economia rural, baseada sobre os bens constitutivos da verdadeira sede dos direitos reais e da propriedade por excelência, pois são fixos, estáveis, imperecíveis, etc.¹⁷².

Sabe-se, contudo, que a evolução posterior forjou novas técnicas, possibilitando a ampliação exponencial do crédito real baseado em bens móveis,

¹⁶⁹ Não só para o direito brasileiro, mas para o direito da América Latina, a ponto de Pontes de Miranda referir, tratando do *Esboço*, que apenas o *Code civil* e o BGB tiveram tanta influência em países estrangeiros (MIRANDA, 1981, p. 98). A esse respeito, o mesmo autor destaca que foi o Código Civil Argentino o maior difusor das ideias de Teixeira de Freitas, pois o Código Brasileiro de 1916 só o teria seguido, em muitos pontos, pelo exemplo e incentivo da legislação do país vizinho (Ibidem, p. 459).

¹⁷⁰ FREITAS, 2003, v. 1, p. LXXIII.

¹⁷¹ Ibidem, p. LXXIX.

¹⁷² Sobre esses aspectos, ver: Ibidem, p. CLXXIII, et. seq.

razão pela qual se disse que o pensamento do autor, nesse ponto, acabou por não se confirmar no futuro¹⁷³.

Não obstante isso, mesmo aqui, as ideias de Teixeira de Freitas acabaram sendo relevantes para os novos rumos tomados pela evolução posterior. Veja-se a defesa enfática do “salutar princípio da *tradição*”, cujo reinado soberano no Brasil, segundo o autor, era incontestável, tanto para os móveis, quanto para os imóveis, fazendo com que direito real e direito pessoal nunca se confundissem. Eis a base da confiança, da segurança do tráfico, da solidez das transações e do crédito¹⁷⁴. Nesse ponto, Teixeira de Freitas conclui: a questão é de publicidade, ou seja, da existência de fatos positivos conferindo notoriedade aos direitos. Assim sendo, “não haverá inovação radical se a tradição dos imóveis fôr feita por modo uniforme, solenne, e bem notorio, qual o da inscrição, ou transcrição nos registros públicos.”¹⁷⁵ Trata-se da concepção do *registro como tradição solene*. Teixeira de Freitas a aplicou aos bens imóveis. Mas as diversas legislações que trataram da matéria após o Código Comercial a aplicaram, invariavelmente, ao penhor sem desapossamento¹⁷⁶.

Sobre isso, Zwolve referiu que o principal problema do direito romano das garantias para a modernidade decorria da falta de um adequado sistema de publicidade. Ocorre que, ao invés de suprir as deficiências desse regime, a solução adotada na Europa foi a eliminação gradual das garantias mobiliárias sem desapossamento, obtendo-se, assim, um *extraordinarily impractical and ill-considered statutory arrangement*¹⁷⁷. Já o Brasil seguiu caminho diverso,

¹⁷³ Não há aí nenhuma crítica ao jurista que, possivelmente, mais contribuiu para a evolução do direito brasileiro, pois não é possível condená-lo por não ter pensado o que, possivelmente, não era pensável na época e no contexto em que ele vivia. Ressalta-se, a esse respeito, que a doutrina absolve os autores do *Code* – assim como é possível absolver Teixeira de Freitas – destacando que o que é familiar ao jurista contemporâneo não se impunha com a mesma facilidade aos olhos da época em que o *Code* foi redigido, na qual ainda não era possível prever a grande importância que os móveis viriam adquirir no futuro, sendo, ainda, que apenas mais tarde se vislumbrou a possibilidade de constituição de regimes de publicidade para tais bens. Sobre esses aspectos, Putman (PUTMAN, 1994, p. 544-545) e Charles Jacques (JACQUES, 1884). Assim como foi posterior o desenvolvimento de técnicas de *control* e *monitoring* necessárias para o funcionamento adequado das garantias sobre tais bens. Nestas últimas afirmações, se está pensando nos direitos inglês e norte americano, nos quais estas noções são estratégicas, conforme será visto no momento adequado.

¹⁷⁴ FREITAS, 2003, v. 1, p. CLXXXIII, et. seq.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. CXCIX.

¹⁷⁶ A título exemplificativo, cita-se a legislação acima referida, quando se exemplificou as hipóteses de penhores sem entrega previstos na legislação brasileira voltada à disciplina das garantias mobiliárias no âmbito rural. A disciplina do Código de 1916, além da legislação posterior a ele, citada no tópico seguinte, também serve de exemplo.

¹⁷⁷ ZWALVE, 2004, p. 48.

estabelecendo a publicidade para as garantias mobiliárias sem desapossamento, ao invés de, simplesmente, eliminá-las.

Sumulando esse tópico, é possível dizer que o Séc. XIX das garantias mobiliárias no Brasil caracterizou-se pelo intenso aproveitamento da tradição romanista, da qual os juristas pátrios extraíram os fundamentos necessários para a satisfação de necessidades econômicas de grande expressão. Quanto aos problemas que o sistema romano representava para a economia, segundo a visão moderna, o direito brasileiro buscou contorná-los por meio da publicidade, ao invés de adotar a solução radical de eliminar as garantias mobiliárias sem desapossamento. Encontrou-se, assim, um amparo técnico para viabilizar o crédito real mobiliário¹⁷⁸.

Fica por esclarecer o impacto do Código Civil de 1916, reconhecidamente desfavorável às garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor, sobre esse estado de coisas. Trata-se, então, de estudar o direito brasileiro das garantias mobiliárias no Séc. XX.

2 O Séc. XX das garantias mobiliárias no Brasil

Para Tullio Ascarelli, jurista europeu que viveu no Brasil em meados do Séc. XX¹⁷⁹, talvez a mais nítida característica geral do direito brasileiro decorra da ausência de ruptura na passagem do direito das Ordenações Filipinas, que compunham o quadro do direito romano comum europeu, ao Código Civil de 1916. A isso estão associadas, na percepção do autor, uma série de hábitos, conceitos, orientações e problemas particulares, conformadores da tradição brasileira, que não sofreu a renovação radical verificada na Europa com a Revolução Francesa, expressa nas codificações do Séc. XIX, todas, um pouco, filhas do *Code civil*. Como

¹⁷⁸ No momento oportuno, será visto que a publicidade registral, por si só, não supera os problemas próprios das garantias mobiliárias. Mas não se discute que ela teve um importante papel na fundamentação do seu regime jurídico, dando base para a argumentação técnica utilizada para superar muitas das objeções contra elas levantadas.

¹⁷⁹ ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 81-98.

resultado, o Brasil se manteve mais fiel às antigas tradições lusitano-romanas do que Portugal¹⁸⁰.

O mesmo entendimento aparece enfatizado na exposição de Clóvis do Couto e Silva e Almiro do Couto e Silva¹⁸¹, ambos destacando que o Brasil recebeu o direito romano filtrado pela experiência portuguesa, desenvolvendo-se sem acidentes e revoluções, sendo o Código Civil de 1916 o “coroamento e conclusão de uma prolongada vigência do *ius commune*”.

Há consenso a esse respeito, pois o Código Civil de 1916 é reconhecido como o mais autônomo dos Códigos latino americanos¹⁸². Nisso se diferencia das demais codificações da América Latina, caracterizadas por uma maior influência francesa¹⁸³. Nessas afirmações, contudo, vai ficando claro tratar-se de entendimentos relativos: a partir do confronto com outras codificações latino-americanas, é possível concluir que a influência recebida pela brasileira foi menor. Em outros termos, o marco de referência é a Europa e a questão é de grau de influência. Dentre as razões aí envolvidas, destaca-se que o projeto do Código brasileiro de 1916 foi elaborado por um jurista acadêmico em um tempo no qual a elite brasileira “vivia obsessivamente com o pensamento fixado na Europa”¹⁸⁴. O espírito era progressista: buscava-se uma codificação à altura das europeias com o objetivo de constituir um lastro normativo favorável ao desenvolvimento do capitalismo de produção no Brasil. Assim, apesar de a codificação ter sofrido boa influência do “privatismo doméstico”¹⁸⁵, ganhando traços peculiares, ela incorporou

¹⁸⁰ Da mesma forma que, destaca o autor, em muitos pontos, os EUA ter-se-iam mantido mais fiel a certas tradições jurídicas inglesas do que os próprios ingleses.

¹⁸¹ SILVA, C. C. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, p. 163-180, 1988b; e SILVA, A. C., 1997. O trecho adiante reproduzido é do segundo autor (p. 20).

¹⁸² A esse respeito: ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 88, p. 185-238, 1993. No mesmo sentido, Pontes de Miranda, referindo-se ao projeto de Clóvis Bevilacqua, o que pode ser estendido ao Código dele resultante (MIRANDA, 1981, p. 91).

¹⁸³ A esse respeito, a profa. Véra Fradera questiona se isso não seria um obstáculo para o Mercosul: FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Circulação de modelos jurídicos europeus na america latina: um entrave à Integração no Cone Sul? *Revista dos Tribunais*, v. 86, n. 736, p. 20-39, 1997.

¹⁸⁴ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Universidade da Bahia, 1958, p. 21 et. seq.

¹⁸⁵ A expressão é de Orlando Gomes: *Ibidem*, p. 21.

muitos elementos alienígenas – no mais das vezes, esvaziados de força normativa pela inexistência de condições materiais propícias de aplicação¹⁸⁶.

Dado esse contexto, era impossível ao direito das garantias mobiliárias passar incólume às posições consolidadas nas demais codificações modernas. Assim, o Código de 1916 seguiu na linha de manter a hipoteca restrita aos imóveis; quanto aos bens móveis, submeteu a constituição do penhor à entrega material do bem ao credor. Ainda, o Código enrijeceu os princípios reitores das garantias mobiliárias. Conforme observou Lacerda de Almeida¹⁸⁷, por exemplo, a legislação anterior exigia especificação solene e rigorosa apenas para a hipoteca, exigência estendida pelo Código ao penhor. Mas nem mesmo o Código eliminou de todo o penhor sem entrega, permitindo a constituição do penhor rural por via do constituto possessório (Código Civil de 1916, art. 769).

Formalmente, houve encurtamento do âmbito das garantias mobiliárias sem desapossamento. Na vida prática, contudo, é pouco provável que isso tenha tido algum impacto, ao menos nos primeiros tempos. As necessidades mercantis continuaram sendo atendidas pelo Código Comercial; no âmbito rural, conforme se expôs, a questão era incentivar a adoção do penhor sem desapossamento, sendo possível concluir que mesmo as aberturas deixadas pelo Código Civil não foram plenamente exploradas. Em outros termos, toda a economia brasileira – cuja estrutura ainda era a colonial, limitando-se à produção rural, exportação de produtos primários e importação de manufaturas¹⁸⁸ – continuava atendida.

A situação da economia brasileira somente começou a alterar-se após a 1ª Guerra Mundial, quando o desenvolvimento econômico e a urbanização passaram a ganhar velocidade. Se, antes, o cunho progressista do Código esbarrava na estrutura rudimentar da economia brasileira, agora, encontrando condições mais favoráveis, ele passou a frutificar, arrancando de Orlando Gomes um elogio ao idealismo da elite: por meio do Código, ele contribuiu para a evolução cultural do país e favoreceu o seu desenvolvimento econômico-social¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Nesse sentido, além de Orlando Gomes, manifestou-se a profa. Véra Fradera, destacando que a influência europeia no Brasil deu-se por meio das obras dos intelectuais nativos, de excelente qualidade, mas com a sua implementação retardada por muito tempo devido à estrutura econômico-social desfavorável aqui estabelecida (FRADERA, 1997, p. 20-39.).

¹⁸⁷ ALMEIDA, 1910, v. 2, p. 326-327.

¹⁸⁸ GOMES, 1958, p. 7 et. seq.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 72 et. seq.

Mas a evolução subsequente a tal período foi tão intensa que o Código – cujo modelo era fechado, incapaz de evoluir – tornou-se limitado em pouco tempo. E isso era agravado por a mentalidade doutrinária brasileira da época ter-se acostumado a movimentar-se no sulco de uma codificação que, apesar do modelo fechado e das pretensões de totalidade¹⁹⁰, vinha funcionando como elemento propulsor da evolução¹⁹¹, estabelecendo-se um ambiente favorável à perpetuação dos ideais positivistas. Como resultado, o direito das garantias mobiliárias, assim como não pôde passar incólume à codificação, também sofreu o revés da mentalidade doutrinária formada sob o seu jugo¹⁹².

Eis o momento para questionar a produtividade do legado romanista: apesar de o pretencioso e prepotente art. 1.807 do Código ter eliminado todo o direito oficial anterior e apesar do entendimento firmado no período pós-Código, no sentido de que apenas a lei podia inovar na área dos direitos reais, é possível cogitar que a tradição romanista manteve a sua influência sobre o curso do direito posterior, fornecendo uma base tradicional para o florescimento de um espírito favorável às garantias mobiliárias, o qual, sobrevivendo à postura restritiva do Código, se manteve operante.

Mas como se manifestou essa mentalidade jurídica, de base romanista, favorável às garantias mobiliárias? Eis o tema deste capítulo, cujo ponto de partida é a discussão do modo como foi posto abaixo o regime restritivo do Código Civil de 1916.

2.1 Até a década de 1960: a superação do regime restritivo do Código Civil de 1916

Uma prova consistente de uma mentalidade brasileira receptiva às garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor parece extrair-se da facilidade e abundância com que elas foram sendo inseridas, aceitas e ampliadas na legislação.

¹⁹⁰ “Art. 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.”

¹⁹¹ Para o Código Civil recorriam até mesmo os comerciantes, pois, em muitos pontos, o Código Civil de 1916 era mais comercializado do que o Código Comercial, concebido mais de meio século antes. Nestes termos, a interessantíssima exposição de Ascarelli: ASCARELLI, 1952, p. 81-98.

¹⁹² Talvez uma obra doutrinária exemplar de tal período seja a escrita por Affonso Fraga, apresentando o direito das garantias mobiliárias com rigor dogmático e fechamento: FRAGA, Affonso. *Direitos reais de garantia: penhor, anticrese e hipoteca*. São Paulo: Saraiva, 1933.

Eis uma técnica que o legislador, ao invés de limitar, buscava incentivar nos setores econômicos onde não vingava naturalmente.

No âmbito comercial, o penhor mercantil estava consolidado. Nenhuma ruptura houve e pouco precisou ser feito além de ir acolhendo na lei as práticas consolidadas pela praxe comercial, que explorava com desenvoltura os termos abertos da codificação de 1850. Após o Código Civil de 1916, a inexistência de publicidade organizada para os atos mercantis trouxe turbulências para o instituto, mas isso foi superado pela evolução posterior.

Na atividade rural, por outro lado, como já dito, foi uma política legislativa forte, antes e após o Código, a elaboração de diversas leis voltadas a incentivar a utilização do penhor sem entrega, não sendo raros os subsídios governamentais nesse sentido. Não foi, contudo, tarefa fácil “imantar” o direito das garantias mobiliárias na economia rural. Conforme se observa em Waldemar Ferreira¹⁹³ e em Camilo Nogueira da Gama¹⁹⁴, até a década de 1940, haviam falhado as diversas iniciativas estatais nesse sentido, pois todo o conjunto de leis voltadas a incentivar o crédito rural por meio de garantias reais mobiliárias insistia em não penetrar na vida econômica. Mas o legislador estava obstinado. Veja-se a conclusão do primeiro autor citado, tratando dos títulos de crédito rural e das garantias pignoratícias cedulares:

Como do capítulo transcrito resulta, *legem habemus*.

Lei existe, longa e minuciosa a regular, incrementar e efetivar o crédito rural.
[...]

Necessidade não existe, pois, de lei nova sobre títulos de crédito rural. Eles estão criados, tanto sob a forma de bilhetes de mercadorias, quanto sob a de warrants agrícolas. Não há carencia, antes abundância de lei. O que se reclama não é, pois, mais uma lei, mas que se dê vida aos textos que estão a espera dela, em consequência de uma deliberada vontade de dar aos agricultores e aos criadores, de verdade, os recursos, de que tanto necessitam para o custeio dos seus serviços.¹⁹⁵

Repita-se, então: a questão não era limitar, mas incentivar.

Como resultado, o produto acumulado ao longo do tempo e consolidado pela intensa atividade legislativa tornou o direito brasileiro das garantias mobiliárias sem

¹⁹³ FERREIRA, Waldemar. O penhor rural e a cedula rural pignoratícia. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 33, n. 3, p. 543-580, 1937.

¹⁹⁴ GAMA, Camillo Nogueira da. *Penhor rural*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1942.

¹⁹⁵ FERREIRA, W., op. cit., 1937, p. 553-554.

desapossamento capaz de abranger todos os bens economicamente relevantes. Ainda, o conjunto passou a ser dotado de uma sofisticação não negligenciável. Isso não muda pelo fato de o regime estar disperso em diversas leis, carecendo de trabalho doutrinário para conectar o que o tempo foi produzindo aleatoriamente e para remover o entulho resultante do trabalho de construção, dando visibilidade à arquitetura da obra¹⁹⁶.

Seguem algumas breves referências sobre as linhas mestras dessa evolução, dando-se especial atenção para o âmbito – mais desafiador – das garantias sem desapossamento incidentes sobre bens fungíveis inseridos no ciclo econômico como matérias-primas e mercadorias. A possibilidade de constituição de garantias sobre bens dessa natureza é indubitável desde sempre no direito brasileiro. No momento de maior restrição, a possibilidade estava estabelecida nos art. 769, 770 e 781 do Código Civil de 1916¹⁹⁷.

Na década de 1940, quando as tentativas do legislador passavam a dar melhores frutos no âmbito da economia rural e do agronegócio, conforme relatam os já citados Waldemar Ferreira e Camilo Nogueira da Gama, cada bem cuja importância econômica era sentida encontrava aberto um ambiente favorável para uma nova legislação disciplinando o seu emprego como objeto de garantia¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Foi nesse sentido a conclusão de Grant Gilmore em um estágio mais maduro de suas meditações a respeito do significado do *UCC* para o direito das garantias mobiliárias. Em seus escritos das décadas de 1940 e 1950 (GILMORE; AXELROD, 1948; GILMORE, Grant. *Chattel Security: II. The Yale Law Journal*, v. 57, n. 4, p. 761-787, 1948; e GILMORE, Grant. *The Secured Transactions Article of the Commercial Code*. 1951. Faculty Scholarship Series. Paper 2558. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2558>. Acesso: 2018), o autor desvaloriza fortemente o direito anterior, apresentado como incompatível com a sociedade industrial, pois extremamente confuso e assistemático. Nesse contexto, o artigo 9 do *UCC* é apresentado como um rompimento radical com o passado. Já em escrito da década de 1960 (GILMORE, 1966), o autor sustenta que o *UCC* apenas recolheu um produto já consolidado. A aparente desordem anteriormente identificada decorria de a obra ainda estar em curso, pois os andaimes ainda não permitiam identificar a estrutura da construção já levantada. No mesmo texto, o autor trata dos limites de revolucionar o direito e de dirigi-lo conscientemente, referindo que a legislação, em verdade, anda a reboque dos fatos.

¹⁹⁷ Segundo Washington de Barros Monteiro, nas discussões legislativas sobre o Código Civil de 1916, Andrade Figueira defendeu uma grande restrição ao penhor rural. Mas a ideia não vingou: o penhor rural foi mantido, incentivado e subsidiado pelo Estado (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 349).

¹⁹⁸ Conforme se extrai da doutrina, o sucesso da Lei 492/1937, disciplinando o penhor rural, foi essencial para a evolução posterior das garantias mobiliárias não possessórias. Silvio Rodrigues, por exemplo, refere que, refundido em 1937, com abrandamento do rigor que o preconceito mantivera no Código Civil de 1916, em 1942, o penhor rural já era o maior instituto do crédito real (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 5, p. 347). Mas esse fato parece ser o ponto de partida para um erro de perspectiva histórica nos estudos correntes sobre a evolução das garantias mobiliárias no Brasil. Continuando com Silvio Rodrigues, o autor refere que a tradição

Parte-se do Decreto-Lei 1.271/1.939, disciplinando o penhor de máquinas e aparelhos utilizados na indústria. Trata-se, claramente, de uma garantia fixa, pois incidente sobre bens de maior estabilidade, voltados à produção industrial. Mas aí se verifica, também muito claramente, uma tática a que o legislador brasileiro recorreu incessantemente na disciplina das garantias mobiliárias: a generalização da disciplina inicialmente criada para um âmbito econômico determinado. Com efeito, a disciplina do Decreto-Lei 1.271/1.939 foi progressivamente ampliada e passou a abranger uma gama extensa de bens fungíveis mantidos em poder do devedor, assim ocorrendo no âmbito da suinocultura¹⁹⁹, do pescado²⁰⁰, do sal²⁰¹, de carnes

da posse sempre foi vista como fundamental ao penhor. Mas tantas e tão importantes foram as vantagens do penhor rural que o legislador as aproveitou em outros campos, editando várias leis voltadas a estender o seu regime para outros campos (RODRIGUES, 1997, v. 5, p. 335 et. seq. e p. 345 et. seq.). Mais explícito quanto ao ponto foi Caio Mário: para a constituição do penhor, é impositiva tradição efetiva, salvo quando a lei a dispensar explicitamente, nos casos excepcionais. Não obstante isso, as necessidades do crédito impuseram os penhores especiais, conduzindo à abertura de diversas exceções aos princípios cardeais do penhor, perfurando, escancaradamente, a sua estrutura original (PÉREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 4, p. 215 et. seq. e 220 et. seq.). A partir do que foi visto no tópico anterior, contudo, é possível ver que não houve distorção da estrutura original do penhor, pois o penhor sem entrega é instituição com sólida ancoragem na tradição do direito brasileiro. A evolução do direito brasileiro na primeira metade do Séc. XX, inclusive, fica mais bem expressa no entendimento de que se trata de correção do desvio de rota imposto pela disciplina restritiva do Código Civil de 1916, flagrantemente insustentável. A falha de origem nas análises referidas está na adoção do penhor rural, tal qual moldado pelo legislador na década de 1930, como ponto de partida histórico. Sobre a utilidade dessa disciplina para a evolução posterior não se discute. Mas, conforme foi visto, o próprio penhor rural fora idealizado pelo legislador a partir do exemplo da praxe mercantil do Séc. XIX, que aproveitara o molde herdado da tradição com grande sucesso. Quando se ignora isso, tomando-se por ponto de partida da análise o Séc. XX, é inevitável a conclusão – errada – de que as garantias não possessórias no direito brasileiro foram construídas a partir de hipóteses legislativas excepcionais, baseadas na deformação de uma estrutura original.

¹⁹⁹ Decreto-Lei 1.697/1939: “Art. 1º Ficam extensivos aos contratos sobre os produtos da suinocultura, banha, carnes de porco salgadas, congeladas, fiambres, presuntos e outros derivados, naquilo que forem aplicáveis, os dispositivos do Decreto-lei n.º 1.271, de 16 de maio de 1939.” Decreto-Lei 2.064/1940: “Art. 1º As disposições do Decreto-lei n.º 1.271, de 16 de maio de 1939, tornadas extensivas aos contratos sobre produtos da suinocultura e ao respectivo penhor pelo Decreto-lei n.º 1.697, de 23 de outubro de 1939, estendem-se também, no que forem aplicáveis, ao penhor dos animais adquiridos pelos estabelecimentos que exploram a industrialização dos suínos e, bem assim, aos materiais por eles adquiridos para essa industrialização, tais como condimentos, sal, agar-agar, e à embalagem dos respectivos produtos, tais como folhas de Flandres, papel apropriado e caixas.”

²⁰⁰ Decreto-Lei 2.566/1940, que estabelece nova garantia para o empréstimo aos industriais do pescado: “Art. 3º Nos empréstimos com garantia de penhor mercantil de máquinas, móveis e utensílios serão observadas as disposições do decreto-lei n. 1.271, de 16 de maio de 1933.”

²⁰¹ Decreto-Lei 3.169/1941: “Art. 1º Pode ser objeto de penhor, independentemente da tradição efetiva, se o devedor for salineiro: I - o sal que ainda estiver na salina, mesmo em via de cristalização, quer a salina seja do devedor, quer a possua como arrendatário, ou a outro título; II - as máquinas, instrumentos utensílios, animais, veículos terrestres e pequenas embarcações (Código Comercial, art. 118), quando servirem à exploração da salina.”

em geral²⁰² e em favor dos estabelecimentos de ensino²⁰³. Bem vistas as coisas, essa integração de disciplinas constitui um indicativo precioso de que os penhores especiais constituem, em última análise, um tipo único.

Na década de 1950, nitidamente, o legislador se cansara desse método pontual, passando a disciplinar os possíveis objetos de garantias mobiliárias sem desapossamento por meio da indicação de categorias de bens, progredindo nesse caminho até não mais restar dúvidas de que qualquer bem economicamente relevante podia prestar serviços ao crédito, mantendo-se sobre a posse do devedor. Seguem alguns exemplos, iniciando-se pela Lei 3.253/1957, cujo objeto é a cédula rural pignoratícia:

§ 1º. Podem ser vinculados à cédula quaisquer dos bens susceptíveis de penhor rural, inclusive gêneros oriundos da produção animal.
No âmbito da agroindústria, cita-se o dispositivo aberto do Decreto-Lei 167/1967:
Art 55. Podem ser objeto de penhor cédular os gêneros oriundos da produção agrícola, extrativa ou pastoril, ainda que destinados a beneficiamento ou transformação.

No âmbito industrial, cita-se dispositivo do Decreto-Lei 413/1969:

Art 20. Podem ser objeto de penhor cédular nas condições dêste Decreto-lei: [...] II - Matérias-primas, produtos industrializados e materiais empregados no processo produtivo, inclusive embalagens; III - Animais destinados à industrialização de carnes, pescados, seus produtos e subprodutos, assim como os materiais empregados no processo produtivo, inclusive embalagens; IV - Sal que ainda esteja na salina, bem assim as instalações, máquinas, instrumentos utensílios, animais de trabalho, veículos terrestres e embarcações, quando servirem à exploração salineira; [...] IX - Letra de câmbio, promissórias, duplicatas, conhecimentos de embarques, ou conhecimentos de depósitos, unidos aos respectivos "warrants".

²⁰² Decreto-Lei 4.312/1942: "Art. 1º Ficam extensivas as disposições do decreto-lei n. 1.271, de 16 de maio de 1939, no que forem aplicáveis, ao penhor de animais para industrialização de carnes, de produtos e sub-produtos, tais como carnes congeladas, resfriadas, curadas ou em conserva, couros, cebo e graxas." "Art. 2º São suscetíveis de penhor, nos termos deste decreto-lei, os materiais utilizados na industrialização de carnes e derivados, tais como condimentos, sal, folha de Flandres, caixas, papel e sacos de qualquer tecido."

²⁰³ Decreto-Lei nº 7.780/1945: "Art. 1º As caixas econômicas federais poderão operar em empréstimos de dinheiro, mediante garantia, de penhor, em benefício dos estabelecimentos particulares de ensino, reconhecidos pelo Governo Federal." "*Parágrafo único.* Estendem-se às operações realizadas na forma do presente artigo as disposições dos Decretos-leis nº 1.271, de 16 de maio de 1939, e nº 4.191, de 18 de março de 1942, desde que a detenção e utilização das cousas empenhadas, a juízo da emprestadora, sejam indispensáveis às atividades normais do estabelecimento beneficiado."

Paralelamente, vai-se consolidando uma nova era do direito brasileiro das garantias mobiliárias, superando-se o regime restritivo do Código, pois a abertura exponencial do objeto do penhor a novos bens passa a exigir novas técnicas, que foram sendo reconhecidas com generosidade. Com efeito, na década de 1960, já está razoavelmente estabelecido um quadro no qual todo o tipo de bem móvel podia ser empregado como garantia para o crédito. Muitos desses bens, contudo, não se ajustam a uma garantia mobiliária estática, marcando o objeto na sua individualidade. Do contrário, a garantia extinguir-se-ia quando o bem, seguindo o seu curso normal no ciclo econômico, fosse transformado ou consumido (vendido)²⁰⁴.

Conforme foi visto em tópico anterior, a prática jurídica do Séc. XIX já havia empregado a ideia de sub-rogação real para contornar tais inconvenientes: afastados os efeitos novativos, possibilitava-se a circulação dos bens dados em garantia sem prejudicar a ordem original de prelação, obtendo-se, assim, uma garantia rotativa. Não há, portanto, novidade no rumo seguido: a legislação apenas acolheu e deu melhor acabamento a um mecanismo construído muito longe das casas parlamentares.

Antes de apontar alguns exemplos legislativos expressos, destaca-se que a possibilidade de rotação está pressuposta na admissão da garantia sobre bens circulantes, pois se trata do mecanismo necessário para trabalhar com eles. A outra opção hermenêutica seria entender que o bem, apesar de permanecer nas mãos do devedor, ficaria imobilizado, e a única vantagem do penhor sem desapossamento seria possibilitar a garantia quando o credor não está aparelhado para guardar as coisas empenhadas. Isso, contudo, vai de encontro à razão de ser dos penhores especiais: não raramente, eles incidem sobre bens mantidos no ciclo das atividades agropecuária, industrial e comercial, não fazendo sentido econômico a sua infungibilização. Conforme será visto adiante, foi uma interpretação teleológica como essa a orientar a jurisprudência quando enfrentou a questão no âmbito da alienação fiduciária em garantia²⁰⁵, apesar de o entendimento não contar com autorização

²⁰⁴ Quanto à consuntibilidade, haveria a resposta técnica do direito de sequência, a qual, contudo, é excluída de imediato pela inviabilidade prática – e, no regime atual, pelo disposto no art. 1.268 do Código Civil, que regula as vendas realizadas no exercício normal da atividade comercial.

²⁰⁵ Embora a questão tenha se mantido polêmica por largo período de tempo, conforme será visto.

legal expressa e de desafiar a concepção dominante sobre a natureza da propriedade fiduciária.

Mas a atuação do legislador foi muito além de deixar pressuposta a rotatividade. Acompanhando a transformação da economia e a importância sempre crescente dos bens móveis, o penhor ganhou força, levando o legislador a reconhecer que outros eram os seus princípios reitores, principalmente quanto à constituição da garantia, com destaque para o princípio da especialidade objetiva. Também reconheceu o poder da liberdade contratual na inserção de cláusulas especiais nos contratos de penhor, aí se encontrando a base da sua sofisticação.

Sobre a especialidade objetiva, parte-se de um exemplo marcante. O Decreto-Lei 492/1937, ainda preso às mesmas amarras do Código (ver o seu art. 784), estabelecia o seguinte sobre o penhor pecuário:

Art. 10. Parágrafo único. Deve a escritura, *sob pena de nulidade* designar os animais *com, a maior precisão*, indicando o lugar onde se encontrem e o destino que têm, mencionando de cada um a espécie, denominação comum ou científica, raça, grau de mestiçagem, *marca, sinal, nome*, se tiver, todos os característicos por que se identifique.

Mais um passo e teria criminalizado a conduta de não especificar com o máximo rigor o objeto do penhor pecuário. A mesma questão foi resolvida de modo muito mais aberto, exemplificativamente, pelo Decreto-Lei 167/1967, que, no art. 14, V, dispõe que a cédula constitutiva do penhor rural descreverá os objetos dados em garantia, indicando-lhes a espécie, quantidade, qualidade e, se houver, a marca, além do local onde estarão situados.

Uma década antes, a Lei nº 2.666/1.955 já havia disciplinado, de modo ainda mais aberto, o penhor mercantil de produtos agrícolas existentes em estabelecimentos de benefício ou transformação: no §1º, do seu art. 1º, estabeleceu que, na dúvida quanto à identidade do produto, o penhor incidiria sobre quantidade equivalente de bens de mesma espécie; no art. 2º, estabeleceu que a transformação dos bens agrícolas dados em penhor rural ou mercantil não extinguiu o vínculo real, que se estenderia para os produtos e subprodutos da transformação. Segundo essa disciplina, o penhor acompanha o bem no ciclo econômico e incide sobre bem diferente do original. Assim sendo, é claro que a identidade do bem deixa de ser decisiva à validade e eficácia do penhor, perdendo relevância a sua descrição precisa. Mesmo que a identidade do bem gere dúvidas, o penhor será eficaz e

manterá a sua efetividade, desde, é claro, que sejam encontrados produtos da mesma qualidade no local fixado no contrato.

Como se vê, inevitavelmente, a precisão requerida na descrição dos bens fica em segundo plano quando o objeto do penhor abrange bens fungíveis mantidos no processo econômico como matéria-prima e como mercadoria, destinando-se a serem transformados e a circular, pois, em tal contexto, a individualidade dos bens perde relevância. O princípio da especialidade objetiva se transforma e o regime da garantia mobiliária tende, neste particular, ao regime obrigacional: basta a determinabilidade do objeto.

Paralelamente a isso, desponta a liberdade contratual no âmbito das garantias mobiliárias, havendo, inclusive, o reconhecimento legislativo da possibilidade de cláusulas especiais nos contratos de garantia, especialmente das cláusulas de rotatividade. O legislador nunca empregou tais termos e olhos treinados para enxergar apenas os obstáculos da lei nunca conseguiram ver a abertura a tais cláusulas. Mas o próprio legislador brasileiro as vem consagrando há bastante tempo.

Sem a preocupação de identificar quando a lei brasileira fez referência a tal tipo de cláusula pela primeira vez, destaca-se o disposto no Decreto-Lei nº 1.697/1939, sobre o penhor de produtos da suinocultura:

Art. 2º O devedor não poderá vender os produtos empenhados, salvo se, com o consentimento escrito do credor, repuser, no lugar deles, outros produtos da mesma natureza, que ficarão sub-rogados no penhor.

Considerando que tal consentimento poderia constar do instrumento constitutivo da garantia, tem-se aí a referência legal a uma cláusula de rotatividade, comum nos direitos estrangeiros mais abertos às garantias mobiliárias e consagrada na legislação brasileira posterior.

Com efeito, o Decreto-Lei 413/1.969, que disciplina os títulos de crédito industrial, trazendo normas sobre o penhor cedularmente constituído, explorou com grande desenvoltura esse mecanismo: no art. 44, disciplina o penhor de matérias primas, obrigando o devedor a manter em estoque quantidade suficiente do bem para cobrir a garantia; no art. 45, dispõe que a transformação da matéria prima não extingue o penhor, pois ele se estende para o produto ou subproduto da transformação; no parágrafo único deste artigo, prevê a sub-rogação da garantia

sobre os títulos de crédito decorrentes da venda dos bens originariamente dados em garantia; por fim, no art. 51, dispõe que a venda dos bens requer a prévia anuência do credor, por escrito, o que, como dito, pode constar do contrato de penhor. O conjunto compõe o conteúdo possível de uma abrangente cláusula de rotatividade disponível à liberdade contratual, hábil para explorar diversas combinações possíveis.

Destaca-se o disposto no parágrafo único do art. 45, pois ali não se exige a presença do vínculo íntimo existente entre a matéria-prima e o produto obtido com a sua transformação, nem a fungibilidade entre os bens em questão, restando clara a abrangência da admissão da sub-rogação real. Como consequência, o penhor pode atravessar todo o ciclo produtivo – desde a matéria-prima, passando pela sua transformação – e sobreviver à comercialização dos produtos transformados. Em outros termos, o penhor constituído sobre a matéria-prima desloca-se para os produtos obtidos com a sua transformação e deles passa para os créditos da venda.

Trata-se de disciplina que serviu de paradigma, exemplificativamente, para a disciplina dos títulos de crédito à exportação²⁰⁶ e para a disciplina dos títulos de crédito comercial²⁰⁷, ambos admitindo garantias mobiliárias cedulares.

Neste momento, é pertinente citar o elogio feito por Pestana de Vasconcelos ao regime do penhor industrial e mercantil estabelecido nos artigos 1.447-1450 do Código Civil Brasileiro de 2002:

A figura está gizada de forma muito interessante, porque permite equilibrar os diversos interesses em presença, do credor, do autor do penhor e de terceiros [...]. O autor do penhor poderá usar o bem ou bens e, mesmo, com o consentimento do credor, no decurso da sua atividade, alterá-los ou vendê-los. Neste caso, terá simplesmente de os substituir por outros idênticos, operando-se a sub-rogação real. Trata-se assim de um caso de *penhor rotativo* particularmente adaptado às necessidades do comércio, em que se tem que recorrer muitas vezes, aos bens dados em garantia para se obterem os meios necessários à satisfação do crédito garantido. As garantias não podem ser economicamente ineficientes. [...]²⁰⁸

Esse elogio enfático é digno de destaque, pois ele tem por objeto um regime incorporado *na legislação* brasileira há meio século: o Código apenas reproduz

²⁰⁶ Lei nº 6.313/1975.

²⁰⁷ Lei 6.840/1980. Os títulos de crédito comerciais serão tratados adiante.

²⁰⁸ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 281-282, n. 819. (grifo não original).

alguns dos dispositivos do Decreto-Lei 413/1.969. E o Código copiou mal, pois a disciplina do Decreto-Lei 413/1.969 é superior à codificada. Em outros termos, a disciplina codificada das garantias mobiliárias no Brasil, nos seus aspectos mais sofisticados, é da década de 1960.

Isso quanto à legislação, pois, na praxe mercantil – que não espera por autorização expressa do legislador –, o penhor rotativo já era praticado no Séc. XIX, conforme se viu no modelo reproduzido pelo Visconde de Ouro Preto. A escolha desse modelo não foi aleatória, pois ele contém um aspecto de grande significado comparativo: a sua cláusula terceira expõe uma operação idêntica à que, na Itália, no ano de 1998 (mais de um século após, portanto), constituiu a oportunidade para a *Cassazione*, pela primeira vez, se pronunciar sobre a validade do *pegno rotativo*, também em uma garantia incidindo sobre títulos de crédito. Citam-se os seguintes trechos da ementa da decisão da corte italiana:

È valido ed efficace il <<pegno rotativo>>, che ricorre quando le parti nel negozio costitutivo della garanzia, salvaguardando la continuità del rapporto, con apposite convenzioni (c.d. patto di rotatività) prevedono la sostituzione, totale o parziale, dell'oggetto del vincolo, a condizione che la previsione delle future ed eventuali sostituzioni dei singoli beni avvenga entro il valore dei beni originariamente costituiti in pegno.

[...]

Il pegno rotativo non comporta la costituzione di una nuova garanzia nel momento della modificazione dell'oggetto, poiché la sostituzione dei beni, lasciando immutato il valore dei beni destinati al soddisfacimento preferenziale del creditore pignoratizio non determina alcun pregiudizio per gli altri creditori.²⁰⁹

Tal decisão foi acolhida com entusiasmo pela doutrina, conforme se verifica nos comentários feitos por Andrea Maria Azzaro, destacando que o *pegno rotativo* constitui uma figura doutrinária desenvolvida por E. Gabrielli²¹⁰, capaz de atender, de uma só vez, o complexo dos interesses das partes e as exigências do moderno direito dos negócios e dos mercados financeiros, sempre impondo a não submissão dos bens a improdutivas immobilizações.

E a Itália não está isolada nessa postura fechada às garantias mobiliárias, que só recentemente vem se abrindo. Em Portugal, o penhor mercantil ainda se rege

²⁰⁹ Corte di Cassazione. 28 maggio 1998, n. 5264 – sez. I, reproduzida em: AZZARO, 1998, p. 485 et. seq. Os trechos reproduzidos estão na p. 485.

²¹⁰ Ver a seguinte coletânea de escritos do autor: GABRIELLI, Enrico. *Studi sulle garanzie reali*. Torino: Giampichelli, 2015.

pelo Código Comercial de 1888, acima referido. Segundo a exposição de Pestana de Vasconcelos, embora o penhor sem desapossamento sirva a interesses econômicos importantes, ele não foi acolhido na codificação segundo o entendimento predominante²¹¹. Em nota, o autor discute a possibilidade de uma interpretação flexível da lei²¹². A doutrina, contudo, dando bastante peso à proteção do credor²¹³, entende ser possível o recurso ao regime do penhor financeiro, admitindo-se, assim, o controle conjunto do bem pelo proprietário e pelo credor, conforme foi admitido pelo Decreto-Lei 105/2004, que transpôs Diretiva do Parlamento Europeu do ano de 2002. Enfim, o direito *legislado* brasileiro da década de 1960 já era muito mais sofisticado do que o direito luso atual, pois este só muito recentemente – e sob o incentivo do Parlamento Europeu – passou ensaiar uma abertura.

Quanto à doutrina brasileira, para evitar repetições monótonas, veja-se, por todos, o posicionamento de Caio Mário da Silva Pereira a respeito dos ditos penhores especiais. A postura do autor é a mesma verificada na generalidade das obras brasileiras sobre o assunto: pouco se vai além da reprodução dos dispositivos da lei (consolidados na década de 1960, repete-se). Nas obras gerais de direito privado, a matéria parece ser tratada por mera obrigação, pois necessária para a completude da exposição. Mas Caio Mário deixa bem clara a razão do seu posicionamento: a desnecessidade de descer às minúcias da disciplina, pois “as regras atinentes a esses penhores especiais são mais que tudo regulamentares.”²¹⁴. Essa referência basta: se um autor reverenciado como Caio Mário não conseguiu ver a importância e a riqueza do tema, dando por estéril um terreno dotado de excelentes oportunidades para quem tem interesse no cultivo do direito privado, tem-se um quadro doutrinário que não pode ser favorável. Como consequência, não se vislumbra a existência de uma (re)construção teórica do direito das garantias mobiliárias dando conta do conjunto do seu regime atual, pois se trata de um ramo jurídico visto como periférico e sem grande relevância.

²¹¹ VASCONCELOS, 2016, p. 281.

²¹² *Ibidem*, p. 282, n. 820.

²¹³ “A explicação deste requisito [entrega efetiva do bem ao credor ou a alguém em nome dele] está ligada à função de tutela do credor pignoratício que a retirada do bem do controle material (exclusivo) do autor do penhor tem.” (*Ibidem*, p. 281). Adiante, será visto que esse fundamento perdeu a sua razão de ser. Apesar disso, ele mantém força nos debates teóricos sobre o tema.

²¹⁴ PEREIRA, C. M. S., 2001, v. 4, p. 221.

Seguindo em frente, não se limitaram ao penhor as criações legislativas da década de 1960, da qual datam os aspectos mais avançados da disciplina das garantias da atual codificação. Também é dela a abertura legislativa às garantias fiduciárias no direito brasileiro pela Lei 4.728/1.965, disciplinando o mercado de capitais. É da década de 1960, ainda, embora de modo restrito às operações do mercado imobiliário habitacional, a previsão da titularidade fiduciária de créditos, através da Lei 4.864/1.965, criadora de medidas de estímulo à indústria da construção civil. Trata-se, contudo, de tem do próximo tópico.

2.2 Após a década de 1960: novas perspectivas abertas pela introdução da alienação fiduciária em garantia no Brasil e pelas reformas posteriores à década de 1990

A admissão da alienação fiduciária em garantia, por si só, é prova da abertura do espírito brasileiro às garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor. Embora a inclusão da “fidúcia” no direito pátrio não tenha sido pacífica, ela se consolidou e se ampliou incessante e vigorosamente, tendo por porta de entrada o direito das garantias mobiliárias.

Conforme observação de Moreira Alves²¹⁵, antes da introdução da alienação fiduciária em garantia na legislação brasileira, era comum o emprego da compra e venda com cláusula de retrovenda, de negócios fiduciários e de negócios indiretos para suprir as deficiências das garantias tradicionais. Tais expedientes, contudo, não atendiam adequadamente as necessidades econômicas, pois existiam grandes dúvidas a respeito da sua validade, devido à vedação do pacto comissório, da usura e em vista da suspeita de simulação. Assim, impôs-se a intervenção legislativa, operada pela Lei 4.728/1.965, instituindo a alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro.

Um bom ponto de partida para refletir sobre esse instituto é a análise da afirmação corrente de que a disciplina da alienação fiduciária em garantia teve inspiração no *trust receipt as security* norte-americano²¹⁶. Duvida-se, contudo, que

²¹⁵ ALVES, 1987, p. 6 et. seq. e p. 116 et. seq.

²¹⁶ Nesse sentido, por exemplo, GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 18-19. Moreira Alves refere que os idealizadores da legislação

algum jurista norte-americano consiga identificar alguma semelhança entre o *trust receipt* e a figura instituída pela Lei 4.728/1.965.

Já se referiu a afirmação de Grant Gilmore: as discussões em torno da *inventory security* foram o *great nineteenth century controversy*²¹⁷, pois o sonho dos agentes econômicos em estabelecer uma *floating charge on shifting stock* era visto como um *bug-a-boo*²¹⁸. O *pledge* fora estendido ao máximo, até o esgotamento da sua elasticidade, o mesmo ocorrendo com o *chattel mortgage* e com a *conditional sale*. Nunca se conseguiu, contudo, através desses institutos, resolver os problemas decorrentes da constituição de garantias sobre bens em circulação. Segundo a explicação de Gilmore, o passado, uma vez incrustado em um instituto, dificilmente pode ser “exorcizado”. Foram necessários, assim, novos institutos, com novas denominações, construídos especificamente para dar resposta aos novos problemas²¹⁹.

Dentre esses institutos, destacou-se o já referido *trust receipt as security*. Por meios dessa figura, tornou-se possível o financiamento de mercadorias a serem mantidas na posse do financiado, em geral, autorizado a realizar a sua venda, com o dever de reverter o valor/crédito obtido ao financiador ou de realizar o seu depósito em conta separada. Em se tratando de mercadoria a ser transformada, autorizava-se a transformação e, após, a venda dos produtos, nos mesmos termos referidos. Assim, o vínculo passava a resistir ao processo econômico, passando da mercadoria original financiada ao produto transformado e, finalmente, para os valores/créditos oriundos da venda²²⁰.

declararam a inspiração no *trust receipt*. O autor, contudo, põe a teste a declaração (ALVES, 1987, p. 24 et. seq).

²¹⁷ GILMORE, 1966, p. 288 et. seq.

²¹⁸ GILMORE; AXELROD, 1948, p. 540 e p. 542 et. seq.

²¹⁹ Sobre a evolução do direito norte americano das garantias mobiliárias, ver o artigo anteriormente citado, de Gilmore e Axelrod. Ver também: GILMORE, 1948; DUNHAM, Allison. Inventory and Accounts Receivable Financing. *Harvard Law Review*, v. 62, n. 4, p. 588-615, 1949; e LEARY JR., Fairfax. Secured transactions: revolution or evolution. *University of Miami Law Review*, v. 22, p. 54-66, 1967. Para o estudo de alguns dos instrumentos adaptados pelos agentes econômicos para fazer frente às vertiginosas necessidades de crédito oriundas da expansão industrial norte-americana, ver: BIRNBAUM, Harold F. Form and Substance in Field Warehousing. *Law and Contemporary Problems*, v. 13, p. 579-592, 1948; FREDERICK, Karl T. The trust receipt as security I. *Columbia Law Review*, v. 22, n. 5, p. 395-420, 1922; FREDERICK, Karl T. The Trust Receipt as Security II. *Columbia Law Review*, v. 22, n. 6, p. 546-562, 1922; COHEN David; GERBER, Albert B. The after-acquired property clause. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 87, n. 6, p. 635-661, 1939.

²²⁰ A respeito, em língua latina: CALABI, Enzo. Anticipazioni su merci mediante <<trust receipts>>. *Rivista del Diritto Commerciale*, n. 3-4, p. 133-147, 1951.

Com esses esclarecimentos, passa-se ao direito brasileiro. Uma das questões tormentosas postas pela alienação fiduciária em garantia refere-se à possibilidade de incidir sobre bens fungíveis, devido à redação – no mínimo – duvidosa do art. 66, §3º da referida Lei (hoje, art. 66-B, §1º). Essa questão apenas recentemente recebeu resposta definitiva: o Código Civil restringiu o instituto aos bens infungíveis, mas a disposição ficou limitada às operações civis, pois, no ano de 2004, foi incluído na Lei do Mercado de Capitais o art. 66-B, §3º, declarando a sua aplicabilidade às coisas fungíveis.

Mas, mesmo antes dessa previsão legal expressa e clara, Moreira Alves²²¹, apesar de perceber a redação duvidosa da lei, defendeu a aplicabilidade da alienação fiduciária às coisas fungíveis e esclareceu o seu significado: possibilitar a substituição do bem por outros do mesmo gênero, se houvesse autorização do credor, ficando o devedor obrigado a manter em estoque quantidade do bem suficiente para cobrir a garantia (cláusula de rotatividade, embora o autor não tenha utilizado tal terminologia). Aqui sim se consegue identificar semelhanças entre a alienação fiduciária em garantia brasileira com o *trust receipt as security* norte-americano. Trata-se de posição acolhida pela jurisprudência pátria mesmo antes da reforma de 2004²²², muito embora as grandes vacilações e idas e vindas de entendimento, devidas à virulência da oposição da doutrina, que, no Séc. XX, mais atrapalhou do que ajudou o desenvolvimento do direito das garantias mobiliárias.

O posicionamento de Orlando Gomes sobre a disciplina brasileira da alienação fiduciária em garantia é eloquente a esse respeito. Como é sabido, o jurista baiano contribuiu muito para a renovação do direito pátrio. Não quanto à alienação fiduciária em garantia. Ao que se sabe, ele foi o primeiro autor brasileiro a dedicar um estudo monográfico ao instituto positivado²²³ no Brasil. Assim, não preocupa tanto o conteúdo em si das posições assumidas pelo autor, que tateava terreno novo, não lhe sendo exigível que resolvesse tudo. Mas chama a atenção a

²²¹ ALVES, 1987, p. 123 et. seq.

²²² A título de exemplo, apesar da crítica mordaz à posição de Moreira Alves, Adroaldo Furtado Fabrício reconheceu que a posição criticada havia se consolidado na jurisprudência (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Alienação fiduciária de coisa fungível: um grave equívoco*. *Revista dos Tribunais*. v. 617, p. 16-19, 1987). Para o autor, isso teve por base a autoridade do defensor da ideia, não tendo cogitado outras possíveis explicações, como as necessidades práticas e, conforme vem sendo aqui questionado, uma propensão favorável do direito brasileiro às garantias mobiliárias.

²²³ Há uma excelente monografia dedicada à fidúcia anterior à obra de Orlando Gomes: LIMA, Otto de Sousa. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962. Mas se voltava à fidúcia em geral, pois anterior à Legislação objeto de estudo neste texto.

postura preconceituosa por ele assumida a respeito da disciplina legislada: encontrando inúmeras aberturas deixadas na lei, Orlando Gomes projetou-lhes as suas pressuposições limitadoras, com poder para bloquear, já na partida, as possibilidades renovadoras de uma legislação voltada a um novo tempo, cujos potenciais ainda não eram plenamente conhecíveis. Ao tratar dos aspectos mais polêmicos da nova legislação, nenhum esforço foi feito para construir: apenas os bloqueios tradicionais impedindo o pensamento de progredir fora de quadros preconcebidos. E isso, muitas vezes, com o emprego de postura nada amistosa em relação aos interpretes que buscavam novas construções produtivas a partir da lei²²⁴. Considerando a autoridade do doutrinador, é possível imaginar os prejuízos da sua obra para o desenvolvimento pleno do instituto. Quanto ao ponto em discussão, Orlando Gomes, aferrado à suposta ontologia da alienação fiduciária em garantia, sustentou não ser admissível a sua aplicabilidade aos bens fungíveis, pois haveria contradição com a natureza e a função do instituto²²⁵.

²²⁴ Quem ler primeiro a obra de Moreira Alves, pode pensar que o ex-ministro foi deselegante ao referir que certo posicionamento de Orlando Gomes não era dotado de nenhum valor (ALVES, 1987, p. 94 et seq.). De lado a constatação de que a afirmação é verdadeira, o fato é que quem ler a obra do jurista baiano verá que Moreira Alves não fez mais do que lhe responder à altura. A posição de Orlando Gomes, rebatida por Moreira Alves, refere-se à interpretação restritiva quanto aos requisitos subjetivos do instituto: segundo Orlando Gomes, a alienação fiduciária em garantia apenas poderia ser aplicada nas operações de crédito envolvendo o consumidor final. Para Moreira Alves, o posicionamento era “sem nenhum valor”, pois não permitiria, por exemplo, o emprego do instituto para o financiamento de um exportador, uma das hipóteses que serviu de justificativa para a idealização do instituto, influenciado pelo *trust receipt*. Outro exemplo: Orlando Gomes criticou, enfaticamente, a abertura do art. 66, §2º, da Lei 4.728/1965, admitindo a alienação fiduciária em garantia para bens futuros: segundo ele, a redação da lei foi infeliz, dando margem a interpretações levianas. O jurista baiano, então, uma vez mais, dá interpretação bem restrita à disposição legal: ela se aplicaria à pós-eficacização da garantia quando contratada por pessoa que tem a posse do bem, mas não a propriedade, adquirida posteriormente. Fora dessa hipótese, Orlando Gomes defende a *nulidade* da garantia sobre bens futuros por falta de objeto (GOMES, 1975, p. 59). Moreira Alves, após observar que os romanos já admitiam garantias reais sobre bens futuros (“e nunca foram tidos por levianos”), corrige outra imprecisão de Orlando Gomes: a questão pertence ao *plano da eficácia*. Não se discute que o direito real não nasce enquanto a coisa não existir ou for adquirida pelo fiduciante. Mas o contrato e o seu registro são válidos desde logo, apenas a sua eficácia ficando dependente da existência/aquisição do bem. Além de exemplos do direito romano, o autor apresenta alguns casos extraídos do direito comparado (ALVES, op. cit., p. 102 et seq.).

²²⁵ GOMES, op. cit., p. 57 et. seq., onde é qualificada como aberração a alienação fiduciária de bens fungíveis. No mesmo sentido, RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33 et. seq. Para esses autores, é óbvia a impropriedade da alienação fiduciária em garantia para os bens fungíveis, sob pena de desnaturação. Segue o mesmo entendimento Melhim Namem Chalhub, defendendo ser inaplicável a alienação fiduciária em garantia aos bens fungíveis, pois incompatíveis com a natureza do instituto. Quanto à redação do art. 66, §3º da Lei do Mercado de Capitais, o autor sustenta ser incompatível com a estrutura e a finalidade do instituto (CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário: alienação fiduciária, cessão fiduciária, securitização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 166 et. seq.).

Mas a crítica mais ferrenha veio de Adroaldo Furtado Fabrício, qualificando a posição de Moreira Alves de “um grave equívoco” pautado em uma tese dotada de “absurdez lógica e jurídica”²²⁶. O autor ainda atribuiu ao comodismo a adesão jurisprudencial a tal tese: os tribunais teriam aderido, acriticamente, à autoridade de Moreira Alves e/ou do STF²²⁷. Nem mesmo ocorreu a Adroaldo Furtado Fabrício a possibilidade de a consolidação do posicionamento criticado ter tido por base a apreciação jurisprudencial da importância econômica do instituto²²⁸, levando a jurisprudência a atuar construtivamente, aproveitando o caráter vago da disposição legal, dúbia quanto à possibilidade de garantia fiduciária sobre bens fungíveis. Eis uma postura própria do pensamento jurídico da *civil law* latina, onde os intérpretes não se sentem seguros para andar sem um apoio legislativo sólido.

Mas, por certo, a falta de legislação clara é apenas parte do problema. Conforme ficará claro adiante, diversas leis especiais posteriores admitiram a possibilidade de garantia fiduciária para bens fungíveis e já faz mais de treze anos que a legislação base da fidúcia-garantia tornou expressa a autorização²²⁹. Não se vislumbra, contudo, qualquer tentativa voltada a desenvolver o posicionamento de Moreira Alves, o ponto alto da doutrina brasileira sobre a alienação fiduciária em garantia sobre bens móveis.

Apesar da doutrina, a fidúcia-garantia teve grande sucesso no Brasil e, devido à sua versatilidade, agilidade na constituição e efetividade na execução, foi sendo progressivamente estendida para outros ramos da economia. Interessante é o seu emprego como garantia nos títulos de crédito comerciais pela Lei 6.840/1.980, da qual citam-se os seguintes dispositivos:

²²⁶ FABRÍCIO, 1987.

²²⁷ É difícil dissociar um do outro, pois a posição de Moreira Alves, então ministro do STF, foi acolhida pela Corte.

²²⁸ A questão era difícil, pois entroncava com o sensacionalismo jurídico em torno do debate da prisão por dívida, que, por longo tempo, absorveu os debates teóricos sobre a alienação fiduciária, impossibilitando o desenvolvimento de sua disciplina. Não era possível determinar se o instituto tinha uma importância “intrínseca” ou se era, pura e simplesmente, um meio efetivo de coagir o devedor a pagar. Superados os debates relativos à prisão, que giravam em torno da questão – estéril – de determinar se o fiduciário é ou não depositário, o instituto demonstrou o seu real valor (mesmo sem estar munida da prisão, a alienação fiduciária em garantia mostrou-se de importância capital) e o caminho ficou livre para as questões atinentes à própria garantia.

²²⁹ Conforme dito, no ano de 2004, foi incluído na Lei do Mercado de Capitais o art. 66-B, §3º, declarando a aplicabilidade da alienação fiduciária em garantia às coisas fungíveis.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, será dispensada a descrição a que se refere o inciso V do artigo 14 do Decreto-lei nº 413, de 9 de janeiro de 1969, quando a garantia se constituir através de penhor de títulos de crédito, hipótese em que se estabelecerá apenas o valor global.

Art. 4º A não identificação dos bens objeto da alienação fiduciária cedular não retira a eficácia da garantia, que incidirá sobre outros de mesmo gênero, quantidade e qualidade.

Art. 5º Aplicam-se à Cédula de Crédito Comercial e à Nota de Crédito Comercial as normas do Decreto-lei nº 413, de 9 de janeiro 1969, inclusive quanto aos modelos anexos àquele diploma, respeitadas, em cada caso, a respectiva denominação e as disposições desta Lei.

O art. 3º é um exemplo claro da já referida flexibilização da especialidade objetiva. No final das contas, o objeto da garantia é um valor global representado por títulos de créditos. Assim sendo, outros títulos de crédito poderão entrar no lugar dos originais, sem prejudicar a garantia, o que, a essa altura, já não é mais novidade. O art. 4º, por sua vez, deixa clara a possibilidade de alienação fiduciária em garantia sobre bens fungíveis e a rotação do objeto. Por fim, a combinação dos art. 4º e 5º possibilita defender um intercâmbio de disciplina entre o penhor, tal qual regido no Decreto-Lei 413/1.969, e a alienação fiduciária em garantia, pois esta pode ser uma das garantias cedularmente constituídas, abrindo-se a porta para a disciplina dos penhores industriais – mais sofisticada – iluminar todo o âmbito das garantias mobiliárias, inclusive alguns aspectos das garantias fiduciárias, como a rotação do seu objeto.

Mas foi no seio do movimento de reformas da década de 1990, especialmente dos sistemas bancário e financeiro, que o caminho – sem volta – da ampliação e sofisticação das garantias mobiliárias sem desapossamento recebeu o impulso decisivo: sendo um fenômeno próprio do tráfico em série, as garantias rotativas entroncaram, naturalmente, com o movimento que, apoiando-se na evolução tecnológica, viabilizou as transferências eletrônicas em massa e permitiu o desenvolvimento de novos instrumentos de captação e de circulação do crédito, com destaque para a securitização.

Uma de suas bases é a alienação fiduciária, garantia sólida o suficiente para inspirar confiança no mercado de capitais, onde se pretende buscar os recursos necessários para o desenvolvimento de setores básicos da economia, carentes de oxigenação por dinheiro novo, proveniente de outras fontes, pois esgotadas as tradicionais, não raramente impregnadas de assistencialismo estatal ineficiente.

Um primeiro exemplo extrai-se da disciplina da Cédula de Produto Rural (CPR), instituída pela Lei nº 8.929/1.994. Tal Cédula é “representativa de promessa

de entrega de produtos rurais, com ou sem garantia cedularmente constituída” (art. 1º), podendo ser negociada nos mercados de bolsa e balcão, desde que registrada em sistema de registro e liquidação financeira. Com o registro, a CPR passa a ser considerada ativo financeiro para fins de negociação e terá a forma escritural ou eletrônica enquanto estiver registrada (art. 19 e seus parágrafos). Quanto às garantias mobiliárias, o art. 5º da Lei estabelece a aplicabilidade do penhor e da alienação fiduciária à CPR. Quanto ao penhor cedular, o art. 7º da mesma Lei estabelece poderem ser empregados os bens suscetíveis de penhor rural, de penhor mercantil e de penhor cedular, sendo-lhe aplicável a disciplina do penhor, inclusive o mercantil, o rural e o constituído por meio de cédulas. É fácil concluir que o art. 7º não implica nenhuma limitação, quer quanto aos bens empenháveis, quer quanto a disciplina aplicável ao penhor cedular, pois, após fazer referência aos penhores mercantil e rural, o dispositivo citado abre a porta para o regime dos demais penhores cedulares, viabilizando um amplo intercâmbio de disciplinas.

A respeito da alienação fiduciária em garantia, o art. 8ª da referida Lei estabelece regra idêntica à do art. 4º da Lei nº 6.840/1.980, ficando clara a possibilidade de alienação fiduciária em garantia sobre bens fungíveis e de rotação do seu objeto. Eis o conteúdo do dispositivo legal:

Art. 8º A não identificação dos bens objeto de alienação fiduciária não retira a eficácia da garantia, que poderá incidir sobre outros do mesmo gênero, qualidade e quantidade, de propriedade do garante.

Seguindo em frente, também ilustra bem o contexto que vinha sendo apresentado a inserção da alienação fiduciária no Sistema Financeiro Imobiliário, pela Lei 9.514/1.997, voltada a alinhar o mercado imobiliário com o mercado de capitais²³⁰. Para esta tese, contudo, apenas interessa ressaltar que a referida Lei

²³⁰ O regime é regido pelas regras do mercado, sendo aberto maior espaço para a autonomia privada, inclusive em setores que até então lhe eram excluídos. A esse respeito, cita-se a possibilidade de livre fixação da taxa de juros, inclusive com capitalização mensal, essencial para a inserção dos créditos imobiliários no mercado de capitais, tendo em vista a necessidade de equalizar os custos de captação e de remuneração do crédito. Para operacionalizar o acesso dos créditos imobiliários em tal mercado, foram predispostos em lei mecanismos sofisticados, como a securitização de créditos, base para a constituição dos certificados de recebíveis imobiliários, títulos circuláveis eletronicamente. Aqui se tem um quadro emblemático: créditos imobiliários, que são imóveis por disposição legal, são mobilizados em títulos. Então, a cartularidade, que tantos bons serviços já prestou, passa a ser um entrave, tendo em vista a circulação eletrônica dos bens nos mercados em que se pretende colocá-los. Isso é superado no procedimento de securitização, pelo qual os títulos

inaugurou técnicas aproveitadas em outros setores econômicos nacionais. Trata-se, mais uma vez, da estratégia, antiga no direito pátrio, de generalizar uma técnica testada e aprovada em um âmbito específico da economia.

Sobre isso, cita-se o regime instituído pela Lei 11.076/2.004, que modernizou os instrumentos de crédito do âmbito agropecuário e do agronegócio, instituindo formas alternativas de captação de recursos junto ao mercado financeiro e de capitais por meio de mecanismos idênticos aos da Lei 9.514/1.997, pois foram criados títulos do agronegócio securitizáveis, aptos a circular como os certificados de recebíveis imobiliários²³¹. Busca-se ultrapassar a fase na qual a economia rural estava na dependência do crédito subsidiado. Identicamente ao que ocorre no regime instituído pela Lei 9.514/1997, a ponte entre a economia rural e o mercado de capitais passa pela solidez das garantias, com a diferença de que, aqui, o papel das garantias mobiliárias é capital.

O destaque, contudo, vai para a Lei 10.931/2.004. Além de aprimorar os regimes do Sistema Financeiro Imobiliário e da alienação fiduciária em garantia, ela regulou a Cédula de Crédito Bancário (CCB), título voltado a facilitar, agilizar e,

são desmaterializados e passam a ter a forma escritural, circulando eletronicamente via assento em registro mantido pela companhia securitizadora. Nada expressa melhor a realidade dos dias de hoje: o imóvel se mobiliza e, após, se desmaterializa. O quadro é complementado pelo regime fiduciário a que podem ser submetidos tais créditos, pois, na base de todo esse sistema, estão as garantias, sem o que não haverá confiança suficiente para despertar o interesse do mercado de capitais. Além dela, a Lei 9.514/1997 oferece um rol amplo de garantias, que podem incidir sobre a propriedade superficiária e sobre créditos imobiliários, aí incluídos créditos locatícios, créditos decorrentes de compromisso de compra e venda, dentre outros. Curiosamente, podem ser objeto de garantia até mesmo "os direitos oriundos da imissão provisória na posse" (art. 22, 1º, V). Sobre o tema desta nota, ver: WALD, Arnaldo. Alguns aspectos do regime jurídico do sistema financeiro imobiliário (Lei 9.514/97). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 4, p. 13–27, 1999.

²³¹ Para exemplificar a flexibilidade desses títulos, destaca-se que eles podem ser utilizados até mesmo para operações de *hedge*, visando a neutralizar os riscos da flutuação do preço no mercado futuro. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ, exemplificada através do Informativo nº 0526: DIREITO CIVIL. EMISSÃO DE CPR SEM A ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DO PREÇO. A emissão de Cédula de Produto Rural – CPR em garantia de contrato de compra e venda de safra futura não pressupõe, necessariamente, a antecipação do pagamento do produto. Isso porque a emissão desse título de crédito pode se dar tanto para financiamento da safra, com o pagamento antecipado do preço, como numa operação de *hedge*, na qual o agricultor, independentemente do recebimento antecipado do pagamento, pretenda apenas se proteger dos riscos de flutuação de preços no mercado futuro. Nesta hipótese, a CPR funciona como um título de securitização, mitigando os riscos para o produtor, que negocia, a preço presente, sua safra no mercado futuro. Além disso, o legislador não incluiu na Lei 8.929/1994 qualquer dispositivo que imponha, como requisito de validade desse título, o pagamento antecipado do preço. Assim, não é possível, tampouco conveniente, restringir a utilidade da CPR à mera obtenção imediata de financiamento em pecúnia. Se a CPR pode desempenhar um papel maior no fomento ao setor agrícola, não há motivos para que, à falta de disposições legais que o imponham, restringir a sua aplicação. Precedente citado: REsp 1.023.083-GO, Terceira Turma. *DJe* 1º jul. 2010. REsp 866.414-GO. Rel. Min. Nancy Andrighi. julgado em 20 jun. 2013.

assim, massificar a negociação de créditos bancários, principalmente por meio da securitização. A referida lei estendeu a cessão fiduciária de créditos em garantia para a generalidade das operações praticadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional²³², concluindo-se, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, “a evolução da alienação fiduciária em garantia no direito positivo brasileiro, ganhando o instituto feição moderna e inteiramente adaptada às exigências do nosso tempo”²³³.

No que interessa a este estudo, a Lei 10.931/2.004 não introduziu inovações de monta quanto ao tema das garantias cedulares, pois o seu art. 30 remeteu para a legislação comum e especial sobre a matéria, no que não for com ela conflitante. Aí está outro exemplo do intercâmbio de disciplina das garantias mobiliárias, ficando claro, mais uma vez, que o ordenamento jurídico brasileiro, ao invés de isolar, integra os diversos regimes legislados de garantias mobiliárias sem desapossamento, de modo que o exposto até aqui pode iluminar o tema das garantias da CCB.

Quanto ao objeto da garantia, o art. 31 estabeleceu a mais ampla abertura possível, deixando expresso o que já era possível extrair da legislação anterior sobre as garantias mobiliárias: “bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal.”

O art. 33 da Lei 10.931/2.004, coerentemente, estabelece o critério flexível da “fácil identificação” do bem como critério reitor da especialidade objetiva²³⁴. Nenhuma exigência especial de descrição. Apenas se requer seja o bem identificável sem a necessidade de procedimentos complicados. Não há, por óbvio, critérios abstratos uniformes a esse respeito, nem imposições rigorosas. Em se tratando de questão especificamente disciplinada pela Lei 10.931/2.004, não é o caso de remissão à disciplina do Código Civil, como vem fazendo a jurisprudência

²³² Ver a nova redação ao art. 66, § 3.º, da Lei 4.728/1965.

²³³ COELHO, Fábio Ulhoa. A cessão fiduciária de títulos de crédito ou de direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 37, 2010, p. 19.

²³⁴ “Art. 33. O bem constitutivo da garantia deverá ser descrito e individualizado de modo que permita sua fácil identificação.”

quando derruba as garantias bancárias por vício de especificação, conforme será visto no devido tempo.

É certo, contudo, que a Lei 10.931/2.004 não estabelece a disciplina para a rotação do objeto da garantia. Mas isso não constitui um obstáculo. O art. 34, § 2º veda a disposição dos bens sem a anuência do credor, o que, a contrário senso, significa a possibilidade jurídica da cláusula de rotatividade. Trata-se de entendimento confortado pela praxe dos negócios, pela natureza dos bens para os quais as garantias bancárias se aplicam e pela interpretação teleológica da lei, cujo fim é disciplinar, de modo flexível, um dos mercados mais dinâmicos da economia, instituindo-se mecanismos voltados à circulação em massa dos bens e à securitização dos créditos.

Quanto ao regime reitor da rotatividade, o art. 30 remete à legislação especial, que, como visto, além de admitir as garantias rotativas, estabelece os seus contornos básicos. Em complementação a isso, é possível buscar subsídios na praxe legítima dos negócios, de suma importância no direito comercial. No caso, trata-se de um ambiente econômico no qual as garantias, normalmente, incidem sobre créditos e títulos de crédito, sendo comum o seu vencimento antes do vencimento da obrigação garantida, principalmente quando se trata de abertura de linhas de crédito. Isso torna a rotação impositiva, corriqueira e bem aceita, formando-se práticas que, dada a regularidade, cristalizam-se e, assim, ganham relevância jurídica, densificando-se o regime extraído da legislação especial referida no art. 30.

Na mesma esteira modernizadora, para não passar em branco, as garantias mobiliárias também exercem papel de grande destaque no Sistema de Pagamentos Brasileiro, instituído pela Lei 10.214/2.001, âmbito no qual a eliminação do risco sistêmico impôs a previsão de garantias céleres, flexíveis e de grande liquidez, mas dotadas de solidez, qualidades cuja conciliação não é simples, demandando técnicas sofisticadas.

Como verdadeiro "fecho da abóboda" dessa evolução, tem-se a Lei de Falências e de Recuperação Judicial de Empresas (Lei 11.101/2.005), que trouxe instrumentos mais sólidos e céleres de recuperação de ativos. Trata-se de legislação

de conteúdo polêmico²³⁵, mas que vem recebendo chancela do Poder Judiciário, mesmo nos seus pontos mais ousados. De lado a bem conhecida reclassificação dos créditos promovida pela Lei, cita-se o seu significativo art. 49, §3º²³⁶, que, restringindo-se ao que aqui interessa, pretende estabelecer um equilíbrio, deveras difícil, entre a garantia fiduciária, não atingida pelo procedimento concursal, e a viabilização da atividade do devedor, necessitado do bem para dar continuidade à sua atividade. A última parte do dispositivo, após excluir a garantia dos efeitos da recuperação, impede que o bem objeto de propriedade fiduciária seja retirado do estabelecimento do devedor durante o *stay*. Vinha gerando muita polêmica a aplicabilidade dessa disciplina aos créditos cedidos fiduciariamente, o que, contudo, tende a pacificar-se após precedente do STJ, que segue a linha jurisprudencial de interpretar da LRF em sentido favorável ao fortalecimento das garantias do crédito²³⁷. O tema será discutido adiante, em tópico específico, pois constitui excelente exemplo para demonstrar a importância da teoria das garantias rotativas.

²³⁵ A legislação é de um estágio da evolução no qual é necessário questionar – para não ser ingênuo muito além da conta – o quanto já era o *lobby* bancário que determinava o rumo da evolução jurídica, desbancando qualquer cogitação sobre uma possível evolução orgânica do direito. Sobre a cédula de crédito bancário, por exemplo, que é desse mesmo momento, veja-se a visão crítica de Gérson Branco, referindo que foram criadas “para dar *segurança* às instituições financeiras, permitindo a estas que representem seus créditos por meio de título que possibilita a cobrança de tudo o que então a jurisprudência vinha negando”, de modo a pôr em xeque “direitos e princípios que fundamentam o sistema do direito privado”, ver: BRANCO, Gérson Luiz Carlos. Cédula de crédito bancário: estrutura e funcionalidade. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 65, p. 114-143, 2008.

²³⁶ No entendimento de Manoel Justino Bezerra Filho, o tratamento dispensado a diversos créditos pelos parágrafos do artigo 49 da LFR não é razoável, chegando a sustentar que a Lei acabou por não propiciar condições efetivas para a recuperação da empresa em crise, tratando-se, antes de uma lei de “recuperação das empresas”, uma lei “recuperação do crédito bancário”: BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Exame crítico do projeto da lei de falências: “recuperação de empresa” ou “recuperação do crédito bancário”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 822, p. 128-138, 2004.

²³⁷ A respeito, veja-se: Informativo do STJ nº 0518. DIREITO EMPRESARIAL. NÃO SUJEIÇÃO DO CRÉDITO GARANTIDO POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITO CREDITÓRIO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. O crédito garantido por cessão fiduciária de direito creditório não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2.005. Conforme o referido dispositivo legal, os créditos decorrentes da propriedade fiduciária de bens móveis e imóveis não se submetem aos efeitos da recuperação judicial. A cessão fiduciária de títulos de crédito é definida como “o negócio jurídico em que uma das partes (cedente fiduciante) cede à outra (cessionária fiduciária) seus direitos de crédito perante terceiros em garantia do cumprimento de obrigações”. Apesar de, inicialmente, o Código Civil ter restringido a possibilidade de constituição de propriedade fiduciária aos bens móveis infungíveis, a Lei n. 10.931/2004 contemplou a possibilidade de alienação fiduciária de coisa fungível e de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição contrária, é atribuída ao credor a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito. Além disso, a Lei n. 10.931/2.004 incluiu o art. 1.368-A ao Código Civil [...]. Desse modo, pode-se concluir que a propriedade fiduciária contempla a alienação fiduciária de bens móveis, infungíveis (arts. 1.361 a 1.368-A do Código Civil) e fungíveis (art. 66-B da Lei n. 4.728/1.965), além da cessão fiduciária de direitos

Eis, então, o breve esboço do ambiente no qual será discutido o tema das garantias mobiliárias no Brasil. A partir dele, na sequência do estudo, buscar-se-á demonstrar a possibilidade de ir muito além do que as análises correntes entendem como viável.

sobre coisas móveis ou de títulos de crédito. Assim, o crédito garantido por cessão fiduciária de direito creditório, espécie do gênero propriedade fiduciária, não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Como consequência, os direitos do proprietário fiduciário não podem ser suspensos na hipótese de recuperação judicial, já que a posse direta e indireta do bem e a conservação da garantia são direitos assegurados ao credor fiduciário pela lei e pelo contrato. REsp 1.202.918-SP, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, julgado em 7/3/2.013.

2ª PARTE - AS GARANTIAS ROTATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO: A QUESTÃO DA SUA LEGITIMIDADE NO ÂMBITO DA TEORIA DOS CONTRATOS DE DISPOSIÇÃO

Conforme assentado desde a introdução, o direito das garantias mobiliárias vigente no Brasil está à frente da teoria, pois não se vislumbra uma articulação teórica das transformações verificadas nas últimas décadas, esboçadas na primeira parte.

Assim, uma pesquisa de cunho doutrinária leva, indesejavelmente, a uma visão imprecisa do estado atual do direito brasileiro. Alexandre Gaetano Nicola Liquidato²³⁸, por exemplo, afirma que o direito brasileiro emprega técnicas arrojadas de crédito, inspiradas nas práticas do mercado internacional, fortemente influenciadas pelos modelos da *common law*. O direito das garantias mobiliárias, contudo, ainda preso a um modelo tradicional, não teria sofrido a mesma influência. Por essa razão, ao tratar das diversas modalidades de cláusulas especiais do contrato de penhor, base para a sua sofisticação, o autor limitou-se a formular propostas de *lege ferenda*: tais cláusulas estariam em contradição com o direito brasileiro das garantias, especialmente com o princípio cardeal da tipicidade dos direitos reais.

A análise feita na primeira parte oferece subsídios para discordar desse ponto de vista. Certamente, a prática das garantias mobiliárias no Brasil não se aproxima da sofisticação verificada no Norte²³⁹. Mas ela já sofreu grande influência norte-americana e muitas das cláusulas especiais referidas pelo autor constituem uma realidade antiga na praxe brasileira, recepcionada, com alguma amplitude, na legislação. Apenas isso não foi percebido pela doutrina, em débito na reelaboração teórica do direito brasileiro das garantias mobiliárias. Há, portanto, espaço para ir muito além de propostas de *lege ferenda*.

Isso, contudo, requer uma análise mais penetrante dos institutos existentes e uma renovada visão do conjunto do direito brasileiro das garantias mobiliárias,

²³⁸ LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. *O contrato de penhor*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 164 et. seq.

²³⁹ Sobre o tema, para um primeiro contato, ver o artigo de Ajuria já citado: ROJO AJURIA, Luis. Las garantías mobiliarias: Fundamentos del derecho de garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América. *Anuario de Derecho Civil*, v. 42, n. 3, p. 717-812 1989.

pondo-se em evidência as técnicas e conexões criadas (e incessantemente ampliadas) ao longo do tempo, do que resultará o abandono de certas concepções, a reformulação de outras e a eliminação do entulho acumulado no processo de construção. Uma tarefa especial a ser realizada é a superação de certas ficções legitimamente empregadas sob o impulso das necessidades práticas, cuja razão de ser apagou-se quando foram elaboradas construções planejadas especificamente para a composição dos interesses em causa.

Esta tese pretende dar um passo nessa direção, pondo em evidência o fenômeno das garantias rotativas, mecanismo importante e corrente na prática dos negócios. O seu estudo, além de contribuir com o aprimoramento dos negócios, constitui uma oportunidade para ventilar questões teóricas sobre o conjunto do direito das garantias mobiliárias no Brasil, pois a discussão desse fenômeno particular leva a desafiar concepções relativas ao conjunto onde ele se insere.

Como sempre ocorre em trabalhos desta natureza, impõe-se a adoção de certas escolhas e estratégias, em alguma medida discricionárias, mas justificadas em vista dos objetivos a serem atingidos. Assim, alguns pontos da exposição adiante realizada ficarão no plano mais empírico, quando isso for suficiente para a construção dos argumentos pretendidos. Em outros pontos, contudo, será obrigatório penetrar mais fundo em zonas de alguma densidade dogmática.

Ainda, as discussões a seguir realizadas terão o objeto restrito às duas figuras básicas existentes no ordenamento pátrio, os chamados penhores especiais e a alienação fiduciária em garantia. Chega a ser curiosa a possibilidade de uma tese sobre eles, pois serão exploradas questões – que deveriam ser tidas por – básicas a respeito de institutos já antigos, o mais jovem contando com mais de meio século de positivação no Brasil. Mas como tais institutos não recebem incrementos teóricos decisivos há algum tempo, é possível ir longe concentrando o estudo sobre eles, atingindo-se questões comumente intocadas.

Um bom caminho a ser seguido consiste em questionar o quanto o direito brasileiro se alinha ao movimento global que, na esteira do direito americano do Norte, vem privilegiando uma maior abertura do direito das garantias mobiliárias à liberdade contratual²⁴⁰, permitindo aos agentes econômicos a modelação de

²⁴⁰ A esse respeito, é esclarecedora a análise dos fundamentos por detrás da reforma do artigo 9 do UCC, no ano de 1999, conforme a exposição feita por Steven Harris e Charles Mooney Jr.

mecanismos mais ajustados às suas necessidades de crédito. Dentro desse contexto, o – desconhecido – contrato de garantia mobiliária ganhará uma nova dimensão²⁴¹.

Não se falseia a visão tradicional sobre o contrato de garantia mobiliária afirmando tratar-se de um contrato de adesão a um regime fixo, rigidamente moldado pela lei. A rigor, nem seria possível falar em contrato de garantia mobiliária, mas em contrato de penhor pecuário, de penhor agrícola, de penhor mercantil e de alienação fiduciária em garantia. Cada um com o seu regime próprio, incapaz de dialogar com os demais. Assim, seria inviável pensar o contrato de garantia mobiliária como uma categoria geral dotada de relevância jurídica e, a partir dela, oxigenar os contratos de garantia em cada um dos âmbitos econômicos em causa. Há boas razões para pôr em dúvida essa visão e investigar se o ordenamento pátrio possibilita conclusões diferentes, mais em consonância com a complexidade dos dias de hoje, quando nada é tão fixado pela lei.

Não se pretende, ressalta-se, fixar a estrutura do contrato de garantia mobiliária²⁴². Para os objetivos do estudo, basta identificar as suas possibilidades no

(HARRIS, Steven L.; MOONEY JR., Charles W. A property-based theory of security interests: taking debtor's choices seriously. *Virginia Law Review*, v. 80, p. 2021-2072, 1994). Segundo os autores, a reforma do artigo 9 foi modelada a partir de fundamentos extraídos da *property based theory*, buscando-se um regime favorável à mais fácil, barata, segura e ampla criação de garantias mobiliárias possível. Para eles, *security interest is interest in property* e quem ataca as garantias deverá atacar a disciplina da *party autonomy in property and contract law* ou demonstrar em que as garantias diferem de outras formas de transferência de propriedade. Trata-se, sustentam Mooney e Harris, de ônus do qual ninguém se desincumbiu nem se desincumbirá. Nessa esteira, defendem os autores, a teoria geral das garantias emana da *property law*, sendo íntima da *freedom of contract*. Eis um terreno sólido para as garantias, pois há acordo de que a livre alienabilidade conduz à mais eficiente alocação dos bens. Disso não decorrem, por óbvio, os detalhes do regime, mas as traves mestras da construção ficam visíveis.

Os reflexos da influência do direito norte-americano sobre os documentos internacionais nesse ponto são flagrantes. O Guia Legislativo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, por exemplo, declaradamente inspirado nos resultados obtidos em um conjunto de documentos produzidos por diversas organizações internacionais engajadas na regulamentação das garantias – ex.: FMI, OEA, UNIDROIT e BERD (ver o parágrafo 12, p. 03-04 do Guia) –, adota a seguinte recomendação: “Conceder a las partes la mayor flexibilidad en la negociación de las cláusulas de su acuerdo de garantía” (p. 33). O fundamento para a recomendação é o seguinte: “En el régimen de las operaciones garantizadas debería concederse a las partes el mayor grado de flexibilidad posible a fin de que puedan adaptar sus respectivos acuerdos de garantía a sus necesidades concretas. Deberían reducirse al mínimo las normas imperativas que rigieran sus respectivos derechos antes de todo incumplimiento.” (p. 23). Isso se reflete na Lei Modelo proposta pela mesma Comissão: “Artículo 3. Autonomía de las partes. 1. Con excepción de los artículos 4, 6, 9, 53, 54, 72, párrafo 3, y 85 a 107, las partes podrán de común acuerdo excluir la aplicación de las disposiciones de la presente Ley o modificarlas.”

²⁴¹ Tratando do contrato de alienação fiduciária em garantia, Moreira Alves observou que o seu conteúdo não é fixado exaustivamente, havendo um largo espaço a ser explorado pela autonomia da vontade, desde que seja preservada a estrutura básica do direito real e não haja violação da lei ou dos bons costumes. (ALVES, 1987, p. 145).

direito pátrio, explorando-se as aberturas deixadas à liberdade contratual em tal âmbito jurídico. Nesse sentido, especial destaque merece o tema das cláusulas especiais do contrato de garantia, com foco para as cláusulas de rotatividade.

Para abordar este tema mais específico, contudo, será impositivo desafiar entendimentos dados por consolidados no direito brasileiro a respeito dos princípios reitores da eficácia real, que conduziriam a um rigoroso *numerus clausus* de contratos de disposição, dotados de uma blindagem à prova de liberdade contratual. Esse ponto de partida é inevitável, pois a fundamentação jurídica das garantias rotativas exige a re colocação de ideias que, já na partida, eliminariam qualquer possibilidade de conferir um papel jurídico mais relevante e arrojado ao contrato de garantia mobiliária, tirando-o do anonimato.

A partir disso, descortinada a existência de caminhos mais abertos por onde o direito das garantias mobiliárias poderá conduzir-se, será possível passar ao tema mais concreto das garantias rotativas.

Eis, então, os dois capítulos que compõem esta segunda parte. O primeiro deles terá um foco mais amplo, pois serão discutidas questões dogmáticas referentes ao direito das garantias mobiliárias no seu conjunto. O segundo capítulo, apoiado sobre a fundamentação teórica desenvolvida no primeiro, irá explorar a concepção de garantia rotativa.

Passa-se, então, ao desafio indicado.

CAPÍTULO 1 – O PROBLEMA DOS CONTRATOS DE DISPOSIÇÃO NO CAMPO DAS GARANTIAS MOBILIÁRIAS

Conforme visto na primeira parte, a legislação pátria disponibiliza soluções sofisticadas para a satisfação das necessidades de crédito mediante o emprego de bens móveis como garantia. Um dos exemplos mais marcantes disso extrai-se do Decreto-Lei 413/1.969, incluído no direito pátrio na década mais significativa para o recente direito das garantias mobiliárias no Brasil.

Do ponto de vista do conjunto do direito das garantias mobiliárias, contudo, tem-se um problema: nem todos os subtipos de penhores estabelecem os mesmos

²⁴² Sobre isso, além da tese de Alexandre Gaetano Nicola Liquidato, já citada, ver: FOËX, Bénédicte. *Le contrat de gage mobilier*. Bâle: Helbing and Lichtenhahn, 1997. Disponível em: <<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:8567>>. Acesso em: 2018.

mecanismos. Isso é grave, pois a doutrina tende a ver as diversas disciplinas dos ditos penhores especiais, construídas para os mais diversos âmbitos econômicos nacionais (ex.: agrícola, pecuário e industrial), como separadas em compartimentos estanques, formando-se tipos específicos, incapazes de dialogar entre si²⁴³. Assim, eliminam-se as potencialidades que a generalização das práticas já admitidas pelo legislador abririam. O mesmo problema se põe para as garantias fiduciárias, para as quais não estão previstos os mecanismos mais sofisticados admitidos na legislação que rege os penhores especiais, como aqueles previstos no Decreto-Lei 413/1.969, acima expostos.

É possível, contudo, vislumbrar caminhos mais promissores para o desenvolvimento do direito das garantias mobiliárias revigorando o papel da liberdade contratual em tal âmbito jurídico. Nessa esteira, o foco é direcionado para as cláusulas especiais do contrato de garantia mobiliária, meio pelo qual os particulares poderão construir operações arrojadas de crédito garantido.

O estudo, assim, direciona-se para o terreno denso dos contratos de disposição, onde se articula o papel da liberdade contratual no âmbito dos direitos reais. Não é possível contornar o problema, como pretendem alguns²⁴⁴. A

²⁴³ Um exemplo claríssimo dessa afirmação extrai-se do *Tratado* de Pontes de Miranda (o tema das garantias reais é objeto dos tomos XX e XXI), que estuda um a um os tipos de penhores especiais, buscando definir as características específicas que os afastam dos demais. Como resultado, a sua exposição constitui um emaranhado desconexo, sem visão de conjunto. Não se conhece nenhuma discussão crítica desse posicionamento no Brasil.

²⁴⁴ O tema será desenvolvido adiante. Por ora, adianta-se não ser possível concordar com as tentativas de contornar as dificuldades postas pelo problema da eficácia real. Em tese premiada na França, por exemplo, Philippe Dupichot (DUPICHOT, Philippe. *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*. Paris: L.G.D.J., 2005, p. 24-26, p. 417, et. seq. e p. 728 et. seq.) defendeu que as garantias reais, ao contrário das pessoais, não constituem ato tão grave, pois não implicam endividamento do devedor (o que endivida é o crédito, não a sua garantia). Tendo em vista isso, estaria superado o modo tradicional de colocar o problema das garantias, com base na *summa divisio* direito real *versus* direito pessoal, a partir do que o pensamento jurídico comumente se organiza. Tratando do penhor *omnibus*, Carlos Salinas (SALINAS, Carlos. *Il pegno omnibus. Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 1, 1997, p. 605 et. seq.), argumentando de modo semelhante a Dupichot, também não percebe o problema. O autor destaca a necessidade de estabelecer um limite máximo para as garantias fidejussórias, pois atingem, potencialmente, todo o patrimônio do devedor, o mesmo não ocorrendo com o penhor, que atinge bem específico. Não é de se concordar com tais posicionamentos, pois não faz sentido pensar o problema das garantias reais fora dos quadros clássicos de discussão do problema dos direitos reais e dos contratos de disposição. Basta pensar nos casos de garantia incidente sobre bens voltados à circulação, com a manutenção da posse pelo devedor, pondo-se o conflito entre o credor garantido (titular de direito real) e o terceiro adquirente de tal bem (cuja aquisição, caso tutelada, violaria o direito real de garantia), conflito que reflete a tensão mais profunda entre a segurança do mercado de crédito e a segurança do tráfico. Além disso, embora as garantias fidejussórias atinjam, em potência, todo o patrimônio do garante, elas não implicam nenhuma restrição à sua atividade, pois nenhum bem é excluído do tráfico ou tem a sua circulação embaraçada, o oposto do que ocorre com as garantias reais. Questão análoga

justificação para um regime de garantias mobiliárias mais aberto deve ser construída dentro do âmbito da teoria dos contratos de disposição, encarando-se de frente os problemas – difíceis – que a categoria coloca, conforme se passa a fazer.

1 A dogmática dos contratos de disposição diante da complexidade das garantias mobiliárias

Os contratos geradores de garantias reais são contratos de disposição²⁴⁵, categoria oposta à dos contratos obrigatórios²⁴⁶⁻²⁴⁷. Segundo Clóvis do Couto e Silva, “Entende-se por negócio jurídico de disposição uma declaração de vontade que produz imediatamente uma perda do direito ou uma modificação gravosa”. A disposição pode ser meramente abdicativa (ex.: a renúncia) ou translativa, sendo que entre esses extremos “existe uma categoria intermédia: o direito não se perde, nem se transfere, pelo menos imediatamente; acarreta, porém, restrições aos

surge (agora posto o acento sobre o crédito garantido) nas garantias para fluxos de crédito futuro, tendentes a uma vinculação real indefinida dos bens do devedor, gerando, além de problemas relacionados aos potenciais entraves à circulação, conflitos com os demais credores (O problema é posto nestes termos, com ênfase, em diversos pontos do livro, em: STELLA, 2003). Trata-se de questões importantes em um momento de consistente expansão mundial das garantias mobiliárias, que passam a atingir, potencialmente, todos os tipos de bens móveis e a abranger fluxos de créditos futuros, chegando-se, mesmo em ordenamentos mais restritivos, a resultados próximos aos obtidos em ordenamentos que admitem garantias gerais ou *omnibus*, pondo-se em causa problemas relativos à circulação dos bens e aos interesses dos demais credores em caso de insolvência, a serem discutidos com o foco voltado para a *summa divisio*.

²⁴⁵ Outros termos podem ser empregados para designar a categoria dos contratos de disposição: contrato júri-real, na terminologia de Pontes de Miranda, visando a evitar a – também possível – expressão contrato real (pelos efeitos), que leva à confusão com a categoria dos contratos reais *pela formação*, como o mútuo e o depósito (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 3, p. 222-225). Também é utilizada a expressão contrato de direito das coisas. Sobre a amplitude da categoria dos contratos de disposição, que não têm seu objeto restrito a direitos sobre bens corpóreos nem se restringe a operações incidentes sobre direitos reais (o contrato de cessão de crédito, por exemplo, é de disposição), ver a tese de Rafael Vanzella, que adota a expressão ampla contrato de disposição (VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. *O Contrato e os direitos reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012). Sobre o contrato de cessão de crédito como contrato de disposição, além do livro por último citado, ver: LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 42, n. 0, 2005. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5176/3892>>. Acesso em: 2018.

²⁴⁶ Conforme refere Jan Schapp, “o conceito de disposição é o conceito oposto ao de obrigação” (SCHAPP, Jan. *Direito das coisas: sachenrecht*. Porto Alegre: Fabris, 2010, p. 22).

²⁴⁷ Nesse sentido, Moreira Alves: “Os *contratos de penhor, anticrese e hipoteca* não são *contratos obrigatórios*, pois não criam, modificam ou extinguem obrigações. São negócios jurídicos que não se situam no campo do direito obrigacional, mas, sim, no campo do direito das coisas.” (ALVES, 1987, p. 52. Grifos originais).

mesmos [...].”²⁴⁸ Obviamente, esta categoria intermédia é a dos negócios de disposição geradores dos chamados direitos reais menores, também qualificados de negócios de disposição constitutiva, uma vez que, a partir do conteúdo de um direito, é constituído outro, que é alienado. Quando Clóvis faz a ressalva de que, nestes casos, o direito nem se perde nem se transfere “pelo menos imediatamente”, parece estar se referindo aos negócios dispositivos de garantia real, os quais não implicam uma perda atual do direito restringido, apenas preparando tal perda para o futuro, em caso de execução da garantia.

Uma importante discussão para este estudo refere-se ao regime especial aplicável a essa categoria de contratos, diverso do regime obrigacional. Em específico, será necessário identificar a razão dessa diversidade marcada de disciplinas, constitutiva de um verdadeiro pilar estrutural do direito patrimonial privado em alguns sistemas jurídicos²⁴⁹. Somente então, a partir dos resultados assim obtidos, será possível investigar o quanto são justificados os limites estritos postos à liberdade contratual na modelação das garantias mobiliárias.

Sobre esse tema, é de grande importância a tese de doutorado escrita por Rafael Domingos Faiardo Vanzella²⁵⁰, explorando, a partir do estudo profundo da dogmática dos contratos de disposição, os problemas de base da *summa divisio* estruturante do pensamento sobre o direito patrimonial privado em boa parte do mundo ocidental²⁵¹. A análise do autor é mantida no plano mais geral da teoria dos contratos de disposição, não abordando, com especificidade, o tema das garantias

²⁴⁸ SILVA, C. C., 2014, p. 71-85, p. 78.

²⁴⁹ Em estudo realizado por Christian von Bar e Ulrich Drobnig, com a colaboração de diversos juristas europeus, foi destacado o entendimento de Max Kaser de que a relação entre o direito das obrigações e o direito das coisas constitui “one of the central problems of private law”, sendo que “The principles that govern this question are the very bases of private property in our legal systems.” (BAR, Christian Von; DROBNIG Ulrich. *Study on property law and non-contractual liability law as they relate to contract law*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safeshop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf>. Acesso em: 2018, p. 315).

²⁵⁰ VANZELLA, 2012.

²⁵¹ Outros autores nacionais já trataram do tema. O próprio autor utiliza amplamente o Tratado de Pontes de Miranda. Ensinamentos preciosos a respeito encontram-se na obra de Clóvis do Couto e Silva, também utilizada por Vanzella. A razão para a ênfase que se vai dar a tal estudo deve-se ao fato de que ele tem por objeto específico o tema aqui tratado, discutindo-o em profundidade, promovendo uma “elaboração dogmática [...] tão analítica quanto original”, cuja “tecnicidade cerrada da terminologia desafia e convida à reflexão, ao mesmo tempo em que afasta o estilo e os males da compilação estéril.” (palavras de Alcides Tomasetti Júnior, orientador da tese, no prefácio do livro que a publicou: *Ibidem*, p. 11-12). Por tais razões, adotou-se tal tese, o que também se justifica a título de prestígio ao trabalho sério e bem feito, trazendo à tona questões pertinentes e comumente intocadas, cujo enfrentamento se impõe.

mobiliárias. Os principais exemplos explorados de aplicação do modelo dogmático proposto na tese são, inclusive, do direito imobiliário. Assim, não é possível determinar com precisão qual seria a posição do autor caso abordasse diretamente o tema desta tese²⁵². Não obstante isso, o modelo ali exposto confere fundamentação teórica ao modo como, comumente, os juristas pátrios tendem a explicar as garantias mobiliárias, embora sem a adoção de fundamentação rigorosa (ou, mesmo, sem fundamentação alguma).

Tem-se, assim, que o foco das discussões deste capítulo é desafiar as concepções da doutrina brasileira sobre o direito das garantias mobiliárias, reforçadas pela melhor fundamentação que poderiam encontrar no Brasil. Para isso, ainda nesta introdução ao capítulo, serão apresentados os aspectos do referido modelo considerados mais relevantes para o estudo a ser feito. O reflexo deles na fundamentação das opiniões correntes sobre o direito das garantias mobiliárias irá ficar claro conforme as discussões forem progredindo.

Passando ao estudo proposto, Vanzella explora a afirmação de T. H. D. Struycken, de que os contratos de disposição estão no epicentro de uma das mais importantes e menos assinaladas tensões do direito patrimonial privado: de um lado, a autodeterminação em um ordenamento fundado na autonomia privada; de outro, a eficácia *adversus omnis*, com os seus riscos para o tráfico. Dentre os riscos aí envolvidos, destacam-se: a) a frustração das medidas judiciais constritivas do patrimônio, individuais ou concursais; b) a fragmentação desordenada dos direitos incidentes sobre os bens, gerando desuniformidade na determinação do *status* da titularidade; e c) a disciplina privada heterônoma dos direitos de futuros adquirentes, cujas posições jurídicas seriam adquiridas com os contornos configurados pela autonomia privada dos anteriores titulares, que, assim, converter-se-ia em heteronomia. No extremo, uma liberdade absoluta no âmbito dos contratos de disposição implicaria pôr o regime jurídico dos bens na inteira disponibilidade dos agentes econômicos, neutralizando-se mecanismos do ordenamento jurídico privado estreitamente relacionados com a organização econômica da sociedade.

²⁵² Aproveita-se a oportunidade para colocar uma questão: cabe falar em uma teoria geral dos contratos de disposição para dar conta dos problemas pertinentes aos bens móveis e imóveis? A questão não será abordada de modo direto, mas deverá ficar clara uma resposta tendencialmente negativa para a pergunta, pois as características dos bens móveis, o modo como eles se inserem no processo econômico e a função aí exercida por eles impõem uma disciplina própria, a ser orientada por princípios específicos. Eis um interessante e rico tema para ulteriores pesquisas.

A questão, esclarece Vanzella, não se deixa dominar pelas técnicas de publicidade, mesmo quando eficientes, pois elas não estabelecem uma estrutura de coordenação entre os direitos em jogo. Para o autor, essa estrutura é indispensável, pois a questão vai além da transparência conferida pela publicidade: trata-se da disciplina das condições de adquiribilidade e constringibilidade dos bens econômicos, cuja determinação deve ser dada de antemão, em termos gerais, abstratos, uniformes e claros²⁵³. Sem essas condições, a própria transparência da publicidade estaria em risco, pois a segurança na orientação exige “um mecanismo de verificação *a priori* do status da atribuição”, demandando instrumentos de “simplificação analítica” facilitadores do atendimento do ônus de informar e de obter informação, conferindo-se, assim, orientação segura aos agentes econômicos²⁵⁴. Como a publicidade não dá nenhum tratamento à fragmentação desordenada das posições jurídicas²⁵⁵, Vanzella observa tratar-se de um problema autônomo, a exigir tratamento específico.

Tais razões conduzem o autor a concluir que o Poder Legislativo tem a primazia no desenvolvimento dos direitos reais, não só por razões de certeza, previsibilidade e legitimidade democrática, mas também em vista do impacto aí implicado para a sociedade²⁵⁶. Como resultado, tem-se a imposição de severos limites à autonomia privada²⁵⁷: ela apenas pode modelar, restringir ou suprimir a disponibilidade das posições jurídico-patrimoniais nos estritos limites admitidos pela lei, fora dos quais qualquer convenção poderá ter eficácia meramente obrigacional.

Daí decorre o regime de *numerus clausus* de contratos de disposição, cuja postulação fundamental é de que incumbe ao legislador estabelecer a disciplina do poder de dispor. Por tocar ao núcleo do regime da circulação econômica, essa disciplina deve ser determinada de modo imperativo e centralizado. A segurança da orientação, por exemplo, requer, paralelamente à publicidade, um catálogo de tipos a partir dos quais é possível determinar a informação relevante e desprezar tudo o que não se enquadre nos moldes do tipo como excedente e irrelevante, tornando-se

²⁵³ Sobre isso, VANZELLA. 2012, p. 193 et. seq.

²⁵⁴ Ver *Ibidem*, p. 25-27.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 183.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 247, onde o autor refere ser a posição de T. H. D. Struycken.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 274 et. seq.

viável a precisa determinação das posições jurídicas em causa (determinação do status da atribuição)²⁵⁸.

Trata-se da posição corrente no Brasil, onde se aceita, com tranquilidade, o regime de *numerus clausus* de direitos reais²⁵⁹⁻²⁶⁰, embora não seja comum a discussão dos seus fundamentos.

A questão seguinte é determinar o nível de restrição à autonomia privada aí implicado. Segundo o modelo dogmático proposto por Vanzella, com apoio nos fundamentos apontados, *numerus clausus* significa *tipicidade vinculativa e fixa*²⁶¹. Por tipicidade vinculativa, entende-se a obrigatoriedade da adoção dos tipos legais

²⁵⁸ VANZELLA, 2012, p. 196-197.

²⁵⁹ A esse respeito, a afirmação enfática de Vanzella: “Conquanto nem sempre haja consciência desse significado, a afirmação do *numerus clausus* dos direitos reais é, praticamente, um lugar comum. No Brasil, não há jurista que conteste a sua conformidade com o direito positivo nem decisão judicial que tenha afastado a sua aplicação no caso concreto.” (Ibidem, p. 111-112).

²⁶⁰ O mesmo regime, pelas mesmas razões, é tradicional, exemplificativamente, em Portugal, conforme esclarece José de Oliveira Ascensão, referindo tratar-se de norma acolhida no Código Civil, entendida pela doutrina como de ordem pública. Apesar de ter posicionamento crítico quanto ao *numerus clausus*, o autor reconhece que a doutrina portuguesa, excessivamente preocupada com a segurança jurídica, defende o *numerus clausus* de direitos reais em vista da necessidade de impedir situações sociais inconvenientes. Também aponta a preservação da estabilidade do sistema registral como razão comumente empregada na defesa do referido regime (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. Coimbra: Coimbra, 2000). Na Espanha, Luis Diez-Picazo refere não haver adoção do *numerus clausus*, mas o autor aponta as diversas razões invocadas por quem defende tal regime, sendo que a jurisprudência, embora não o adote, tem extremo cuidado no tratamento dos requisitos e limites da autonomia privada no âmbito dos direitos reais, acolhendo muitas orientações da doutrina favorável ao regime em vista das inegáveis vantagens que representa. O autor destaca as seguintes razões como favoráveis ao regime de *numerus clausus* de direitos reais: a) a necessidade de controle das cargas e gravames sobre a propriedade, cuja multiplicação arbitrária causaria conflitos, ensejaria situações antieconômicas e limitaria a livre circulação; b) a criação de condições para um cálculo preciso do conteúdo e extensão dos direitos; e c) principalmente no direito imobiliário, a eficiência do sistema registral, que seria perturbado por uma disciplina desordenada dos direitos reais (sobre esses aspectos, ver, mais desenvolvidamente, DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996, v. 3, p. 109-126 e p. 128). Na Alemanha, ao menos no campo imobiliário, é certa a adoção do *numerus clausus*, até mesmo devido ao regime de circulação abstrato da propriedade, que se desprende do título, impondo que o conteúdo dos direitos esteja determinado em lei, de forma prévia e abstrata. Esse aspecto fica claro quando se faz o confronto com o regime francês, no qual o próprio contrato causal é objeto de registro, esvaziando-se, um pouco, a necessidade de determinação prévia do conteúdo e extensão dos direitos pela lei, pois tal conteúdo é estabelecido no título, que, através do registro, ficará acessível ao público. Daí a posição mais consolidada ser no sentido de que, na França, não vigora o *numerus clausus*. É claro, contudo, a partir do já estudado, que isso implica maior embaraço à circulação, em vista das maiores dificuldades de determinar precisamente o conteúdo das posições jurídicas, tanto que Vanzella, como dito, sustentou não se resumir a questão ao registro, pois o *numerus clausus* rege um problema autônomo. Sobre as diferenças dos sistemas registrais alemão e francês, relacionadas às diferenças de fundo de ambos os sistemas de circulação da propriedade, ver, em língua portuguesa, os estudos de Mônica Jardim: JARDIM, Mônica. O sistema registral germânico. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 28, n. 58, jul./dez. 2005, p. 213, et. seq.; JARDIM, Mônica. O sistema registral francês. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 71, jul./dez. 2011, p. 323 et. seq.

²⁶¹ VANZELLA, op. cit., p. 279 et. seq.

predefinidos. Todos os contratos de disposição são, portanto, legalmente típicos e especiais, com *essentialia negotii* especiais e impositivos, não havendo lugar para a construção de um contrato de disposição em gênero. Da tipicidade fixa, por sua vez, decorre que os *naturalia negotii* são, em princípio, cogentes/inderrogáveis e os *accidentalialia negotii* são, em princípio, proibidos e só excepcionalmente admitidos. Elimina-se, assim, a porosidade dos tipos.

Em suma, deve-se empregar algum dos tipos especificamente predispostos pelo legislador, com pouca ou nenhuma margem de modelação do seu conteúdo, havendo um espaço restritíssimo para a autonomia privada, a ponto de ser questionar se a denominação “autonomia privada” mantém algum sentido²⁶². O regime de *numerus clausus*, portanto, resolve o poder de heterodeterminar no plano da lei.²⁶³

A questão que fica é a seguinte: qual a implicação disso no âmbito das garantias mobiliárias?²⁶⁴

²⁶² VANZELLA, 2012, p. 55.

²⁶³ Trata-se, apesar disso, para o autor, de um modo sofisticado de resolver o problema, pois, admitindo-se mais de um tipo de negócio jurídico de disposição, o ordenamento pátrio ampara a necessidade econômico-social de heteronomia, conferindo-se, quando necessária, a devida estabilidade a determinadas posições jurídicas. Frente a outras posições radicais, o regime de *numerus clausus* seria, assim, um meio termo a equilibrar a autonomia do titular – disponibilizando-lhe mais de um tipo de contrato de disposição e, assim, admitindo a possibilidade de estipulação contratual de restrições ao próprio poder de dispor – e os interesses do tráfico – a exigir limites à restringibilidade arbitrária do poder de dispor. Além disso, fica intocada a autonomia privada nos contratos obrigacionais, mesmo quando tenham por objeto configurar os poderes inerentes às posições jurídicas patrimoniais, pois, enquanto tal configuração ficar no plano obrigacional, não se vislumbram os riscos apontados. A posição é a mesma de Diez-Picazo, que refere não se tratar de verdadeiros limites à autonomia privada, garantida, como regra geral, em todo o âmbito do lícito. A questão é a determinação de quais as configurações contratuais receberão a capa privilegiada da realidade (DIEZ-PICAZO, 1996, v. 3, p. 126-137).

²⁶⁴ Embora não seja o objetivo precípua desta tese, é pertinente questionar se, em termos gerais, a legislação pátria adotou, efetivamente, um rigoroso *numerus clausus* de direitos reais. Conforme visto, a melhor articulação teórica para o problema no Brasil, abordando a questão pela perspectiva do *numerus clausus* dos contratos de disposição, é a tese de Vanzella, cujos aspectos de maior relevo para o estudo proposto foram acima apresentados. Concorde-se com a fundamentação teórica do autor a respeito do problema que tais contratos representam. É duvidoso, contudo, que da gravidade do problema decorra, necessariamente, um regime rigoroso de *numerus clausus* como o proposto no modelo defendido pelo autor, assim como é duvidoso que o direito positivo se conforme com o rigorismo de tal modelo teórico.

Onde isso mais fica claro é na disciplina da propriedade resolúvel (ou, como prefere Vanzella, com base em Pontes de Miranda, propriedade resilível), pois ali parece estar o maior desafio à tese de que o direito brasileiro se caracteriza por um rigoroso regime de *numerus clausus* (o tema é tratado em: VANZELLA, op. cit., p. 307, et. seq.). A chave do problema é o art. 1.359 do Código Civil, com potencialidade para implodir o sistema de *numerus clausus*. Vanzella percebeu bem o significado do artigo: “À falta de legislação especial, é esse o ponto de partida, no Brasil, para a construção da disciplina de figuras mais complexas de transmissões fiduciárias, como o *trust*.”; “É o ponto em que o “direito das coisas” mais se abre para a autonomia contratual, tal qual concebida no direito das obrigações, na medida em que se permite, à celebração de contratos de disposição, a estipulação

1.1 Os desafios à tipicidade vinculante e fixa

Quando se estuda o trabalho das escolas jurídicas modernas, alguns paradoxos ficam claros. O principal deles, talvez, seja o de que as pretensões a-históricas dos juristas, especialmente do Séc. XIX, quando chegou ao ápice a pretensão de conceber o direito como produto da razão, tinham por trás de si séculos de experiência histórica consolidada, base para a lapidação dos institutos de

de *accidentalita negotii*, em espécie as cláusulas inexas de condição e termo.” (VANZELLA, 2012, p. 311).

Seria de se esperar, diante da expressividade dessa abertura legislativa, a demonstração exauriente de que o modelo dogmático proposto está em conformidade com o direito brasileiro vigente. Em nota, contudo, o autor apenas refere qual seria a posição do direito brasileiro frente ao alemão, dialogando com a opinião de Wolff: "No direito brasileiro não teria razão a opinião de M. Wolff, para quem, nesse ponto, haveria um abrandamento do regime de *numerus clausus* [...] dos direitos reais [...]. Abrandamento só haveria se não houvesse a previsão legal, bastante expressiva no caso brasileiro, de um direito real de aquisição a favor de quem se opera a resilição da propriedade."

O argumento não convence. A tese não é de que o exercício da autonomia privada no âmbito dos contratos de disposição se satisfaz com a habilitação legislativa (tal é o regime dos contratos obrigatórios). Segundo o modelo dogmático proposto, o legislador teria estabelecido, com especificidade, as figuras dotadas de eficácia real. Em outros termos, o problema não se resume à existência de habilitação legislativa para a liberdade contratual no âmbito da eficácia real, pois a verdadeira questão diz respeito ao modo como ela foi conferida. Isso foi observado por Alessandro Natucci com muita clareza: "[...] E giustamente è stato osservato che, per quanto il riconoscimento legislativo sia indispensabile per qualunque effetto contrattuale, non necessariamente tale riconoscimento deve essere *specifico*, come accade nei negozi tipici, ma può essere semplicemente generico." "Existe però una notevole differenza di carattere qualitativo tra riconoscimento generico e specifico." (NATUCCI, Alessandro. *La tipicità dei diritti reali*. Padova: CEDAM, 1985, v. 2, p. 28).

Segundo a tese de Vanzella, como visto, o reconhecimento legislativo no âmbito dos contratos de disposição teria sido específico. Em outros termos, o legislador teria construído as figuras admitidas com especificidade, estabelecendo os seus contornos de modo bem determinado e preciso, (quase) tudo estando indisponível à autonomia privada. Não é o que se extrai do referido art. 1.359. Seria possível construir uma teoria limitando o alcance da letra do referido artigo. Uma possibilidade seria aceitar a tese tradicional – normalmente, não cotejada com o conteúdo do artigo 1.359 – de que propriedade resolúvel é propriedade plena enquanto não resolvida. Nesses termos, a posição do titular do direito expectativo caracterizaria um simples direito eventual do qual decorrem poderes conservativos, mas despidido de conteúdo positivo atual, e o *numerus clausus* não teria sido arranhado. Não é essa, contudo, a opinião do próprio Vanzella, conforme se vê, muito claramente, nos trechos acima reproduzidos.

Pelo lado do titular do direito resolúvel, o autor refere que não pode a propriedade resolúvel – assim como a fiduciária – ser vista como um direito real limitado, pois isso violaria o *numerus clausus*. Ocorre que, por tal raciocínio, se tem por provado o que se deveria provar. A posição do titular do direito expectativo, por outro lado, constitui um direito real cujos contornos não decorrem de nenhum tipo, pois o condicionamento, nos termos do art. 1.359, é livre, podendo ser explorado ao infinito. Um detalhe: isso não ocorre dentro de um tipo lateral, como o da servidão. A autorização legislativa em causa refere-se ao direito real básico, englobante da plenitude do poder que o direito admite ao homem sobre os bens. Somado a isso o fato de que o art. 1.359 em nada tipificou as cláusulas admitidas, tem-se que a regra tem uma expressão amplíssima, com potencial, como dito, para implodir o sistema de *numerus clausus*.

Como se vê, é, no mínimo, duvidoso que o direito brasileiro tenha estabelecido um regime de *numerus clausus* rigoroso. O problema, portanto, não pode ser dado como superado.

direito privado. Como é sabido, foi o produto acumulado de vários séculos de estudos sobre tradições históricas cristalizadas durante outros tantos séculos de experiência jurídica a abrir o caminho para as codificações modernas, construídas para um mundo cuja velocidade nem tinha se aproximado da atual.

Os resultados obtidos com esse monumental trabalho variam conforme o ramo do direito patrimonial privado em causa. O direito das obrigações, por exemplo, por reger-se pelo princípio da atipicidade, conformou-se um pouco melhor a tais pretensões dogmáticas. Mesmo no âmbito dos direitos reais, tipificados pelo legislador, tal modo de pensar não colidiu com os ramos mais tradicionais da economia, como o imobiliário, reconhecidamente monótono. Assim, mesmo com o capitalismo já em expansão, enquanto o mercado de crédito conseguiu bom lastro nos bens imóveis, os problemas não se agudizaram. O desenvolvimento da publicidade imobiliária resolveu muito do problema, conferindo vida relativamente longa àqueles dogmas tradicionais consolidados.

Quando, contudo, em fase já avançada do capitalismo, o mercado de crédito voltou-se para os bens móveis, pretendendo fundar-se mais intensamente em direitos reais sobre eles incidentes, aí encontrou um fenômeno sem precedentes históricos sobre os quais fundar dogmas firmes.

É conhecido o desprestígio dos bens móveis durante a Idade Média: *res movilis, res vilis*. Isso não causa surpresas, pois o regime feudal punha o domínio da terra como base do poder econômico, político e social. Mesmo em tal ambiente, contudo, muitos bens móveis adquiriram relevância econômica e social. Nem por isso, conferiu-se alguma atenção ao desenvolvimento de um regime próprio para eles. Ao contrário, C. Jacques identificou ser uma constante em tal período o enquadramento de todos os bens móveis importantes, de criação recente, na categoria dos imóveis, submetendo-os ao regime jurídico destes, modo de proceder que atingiu o máximo de influência e artificialismo no Séc. XVI²⁶⁵. Daí o atraso no desenvolvimento de uma disciplina adequada para tais bens, compatível com a enorme importância econômica por eles adquirida. Segundo o referido autor francês, muito embora os resíduos do antigo regime tenham sido postos abaixo com a Revolução Francesa, perdendo muito de sua razão de ser o favor aos imóveis, nem

²⁶⁵ JACQUES, 1884, p. 108. Até mesmo bens imateriais, como os ofícios, foram incluídos na categoria dos imóveis para fins de aplicação do regime especial a eles destinado.

mesmo o *Code*, que evoluiu bastante a esse respeito, refletiu a importância econômica dos bens móveis, estabelecendo uma disciplina desastrosa para a riqueza mobiliária²⁶⁶.

Trata-se de um quadro geral que não difere no Brasil, mesmo nos dias de hoje, pois os juristas não dispensam o seu tempo para essa vil categoria de bens, cujo regime parece estar bastante contaminado por princípios próprios do direito imobiliário.

No que toca ao direito das garantias mobiliárias, poder-se-ia pensar nos subsídios obtidos a partir da experiência romana. Trata-se, contudo, de um regime próprio de uma economia agrária. Assim, embora os juristas brasileiros tenham tirado excelente proveito da autoridade do direito romano, argumentado a partir da tradição luso-romanista para a satisfação de necessidades modernas, conforme visto na primeira parte, é certo que tal recurso não bastava para articular uma disciplina suficiente para dar conta da complexidade da economia capitalista²⁶⁷. Isso, aliado a fatores como as grandes dificuldades postas pelo problema, o favor aos imóveis, o interesse em não fundar o mercado de crédito na instabilidade dos móveis e a necessidade de proteger a circulação²⁶⁸, conduziu, como visto, a que o mal fosse cortado pela raiz: reservou-se a hipoteca aos imóveis e vedou-se a constituição de penhor sem o desapossamento efetivo do devedor.

Assim, não faz muito mais de um século que o problema das garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor era dado por resolvido de modo negativo e radical. Como consequência, invertida a direção do movimento, só em período relativamente recente está sendo possível estabelecer, a partir da experiência acumulada pelos direitos *não latinos*, pontos de equilíbrio mais satisfatórios entre os sensíveis interesses em causa e, a partir disso, lapidar soluções mais sofisticadas para os problemas delicados postos quando um bem

²⁶⁶ JACQUES, 1884, p. 157-160.

²⁶⁷ Aliás, conforme visto na primeira parte, a recepção do direito romano do tempo de Justiniano foi responsável pelo grande revés moderno sofrido pelo direito das garantias mobiliárias, atravancando o seu desenvolvimento. Isso porque os romanos admitiram certas práticas (como as garantias gerais), mas não chegaram a desenvolver mecanismos de controle considerados essenciais para a época moderna, levando o regime recepcionado a extremo descrédito.

²⁶⁸ Esses fatores foram enumerados por C. Jacques: JACQUES, op. cit., p. 114 et. seq., especialmente a p. 134.

móvel dado em garantia fica na posse do devedor e é mantido no processo econômico. Como resultado, tem-se um ambiente de desafio à tipicidade cerrada²⁶⁹.

Não obstante isso, defende-se, também aqui, incumbir ao legislador determinar o rumo do evoluir jurídico por meio de tipos rígidos, havendo uma boa aceitação desse entendimento. Quando se examina o direito comparado, contudo, não faltam exemplos pondo em xeque tal pretensão. Demonstra-se.

Desde a década de 1970, vem sendo cogitada a uniformização supranacional da disciplina das garantias mobiliárias, tema de grande importância para o comércio internacional²⁷⁰. Trata-se de pretensão intensificada nos últimos anos, formando-se um movimento impulsionado pelos modelos da *common law*, em especial o americano do norte, cujas soluções, mais sofisticadas, estão sendo adotadas nos modelos de uniformização internacional do direito das garantias e vêm sendo internalizadas por muitos direitos de *civil law*. Seria, assim, de se imaginar que o principal critério para a classificação dos regimes de garantias mobiliárias seria o alinhamento a essas famílias.

Há, contudo, critério muito mais significativo. Para visualizar isso, é preciso evidenciar a existência de uma “subfamília” da *civil law*, constituída pelos ordenamentos jurídicos latinos, tanto americanos, quanto europeus. Nessa subfamília, entram os países da América Latina e países europeus como França, Itália, Espanha e Portugal, todos alinhados quanto a um aspecto fundamental dos seus regimes de garantias mobiliárias: o seu desenvolvimento não recebeu contribuições decisivas da doutrina e da jurisprudência, sempre consideradas isentas de responsabilidade a esse respeito²⁷¹. Um dogma incontestável nesses países é o da tipicidade rigorosa como critério reitor do direito das garantias reais, pois a segurança exige disciplina estável que só o legislador pode prover. Mesmo

²⁶⁹ Isso não se deve apenas ao fato de ser o capitalismo um fenômeno recente e sem precedentes, não contando, nos seus aspectos mais característicos e inovadores, com aquela depuração científica feita a partir de experiências bem consolidadas que permitiu o fenômeno das codificações. Mas, principalmente, porque a busca de balizas fixas parece não mais fazer sentido nos ramos mais dinâmicos da economia.

²⁷⁰ Ver, a respeito: DROBNIG, Ulrich. Legal principles governing security interests. *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, v. 8, 1977. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/702/35/PDF/NL770235.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2018.

²⁷¹ Isso foi observado, dentre outros, por ROJO AJURIA, Luis . Las garantías mobiliarias: fundamentos del derecho de garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América. *Anuario de Derecho Civil*, v. 42, n. 3, p. 717-812 1989; por BUSSANI, 2001; e BUSSANI, 2007.

em países nos quais o *numerus clausus* não é, tendencialmente, adotado, como na França e na Espanha, as discussões cingem-se aos direitos reais ditos principais, havendo consenso sobre o seu império nos direitos reais de garantia. Tem-se aí, portanto, um bom “laboratório” para testar se o regime de *numerus clausus*, entendido como imposição de uma tipicidade vinculativa e fixa, é um modo satisfatório de dirigir o desenvolvimento do direito das garantias mobiliárias, a ser guiado pelo legislador.

Embora quase tudo seja duvidoso nesse campo jurídico, em relação a um ponto há consenso: o *numerus clausus* conduziu ao colapso dos regimes de garantias mobiliárias dos direitos latinos. Com efeito, é uma constante nesses regimes a multiplicação de leis pontuais, fragmentadas, assistemáticas e, assim, pouco efetivas. Trata-se de característica corrente em ordenamentos como o francês, o espanhol e, como visto na primeira parte, o brasileiro. Quanto à Itália, a situação ainda parece mais dramática, pois não se contou nem mesmo com essa profusão de leis especiais que, apesar de assistemáticas, iam dando vazão às necessidades econômicas mais prementes. Apenas muito recentemente, a partir da provocação doutrinária, a jurisprudência italiana passou a aceitar construções mais sofisticadas e adaptadas às características dos bens móveis, às funções por eles desempenhadas na economia moderna e ao modo como se dá o financiamento empresarial nos dias de hoje²⁷².

A consequência, também constante, é, como dito, o colapso dos regimes latinos das garantias mobiliárias. Sintomático a esse respeito é o fato de que os franceses foram forçados a reformar, desde as bases, o seu direito das garantias, antes dominado por uma legislação “sans définitions ni plan d’ensemble”²⁷³. O exemplo é eloquente, pois nem mesmo a França, com o seu conhecido orgulho de país exportador de direito, aliado à tradicional resistência às garantias mobiliárias, foi capaz de resistir ao movimento “inspiré du security interest institué par l’article 9 du Code de commerce Uniforme des États-Unis d’Amérique”, a partir do que se buscou pôr alguma ordem no caos até então imperante²⁷⁴.

²⁷² Sobre o tema, o já citado texto: AZZARO, 1998, p. 485.

²⁷³ FRANÇA, 2005, p. 4.

²⁷⁴ Ibidem, p. 10. A reforma deu-se, conforme visto na introdução, pela criação do *Livre quatrième du Code civil*, intitulado *Des Sûretés*, superando-se a fragmentação da versão original do Code original, na qual a matéria estava disciplinada em capítulos diversos (Ibidem, p. 4.). O objetivo foi “non seulement renforcerait l’attractivité du droit française, mais faciliterait aussi la reconnaissance

Mas o ponto digno de destaque sobre esse estado de coisas é o seguinte:

[...] la rigidez y el dirigismo del derecho escrito no habrían tenido el impacto que podemos constatar hoy en materia de garantías reales de no existir [...] la complicitad – antigua, y todavía actual – de los intérpretes, quienes jamás se han sentido libres de alejarse de la letra de la ley en este ámbito del Derecho privado.²⁷⁵

Esse é o ponto chave, pois essa cumplicidade dos intérpretes é a base mais profunda da divisão dos modelos ocidentais de garantias mobiliárias, que não se distinguem, no aspecto mais significativo, em *civil law* e *common law*²⁷⁶. Por um lado, os ordenamentos cuja rigidez do direito legislado nunca foi temperada observaram um desenvolvimento desordenado do seu direito das garantias mobiliárias, marcado por uma incessante acumulação de leis especiais assistemáticas, próprias de um legislador que, sem subsídios consolidados para se fiar, mas vendo-se forçado a agir, anda sem rumo há mais de um século²⁷⁷. O resultado disso foi, como dito, o colapso de tais regimes. Por outro lado, esclarece Bussani, todos os sistemas, romanistas ou não, cuja doutrina e jurisprudência souberam flexibilizar a rigidez legal, conseguiram construir modelos de controle capazes de harmonizar os inúmeros interesses em causa e de satisfazer as necessidades econômicas²⁷⁸.

en France de certaines sûretés constituées sous l'empire de lois étrangères" (Ibidem), reforçando-se "la compétitivité juridique du marché française" (FRANÇA, 2005, p. 3.), que se isolava do mundo. Como consequência, a exemplo do que se vê em outros países, é impressionante o número de teses, obras específicas e artigos em revistas especializadas discutindo os problemas próprios do direito francês das garantias, sempre com especial atenção às garantias mobiliárias.

²⁷⁵ BUSSANI, 2007, p. 244.

²⁷⁶ Ver o mesmo entendimento em ROJO AJURIA, 1989.

²⁷⁷ Frente a isso, é oportuno questionar se defender um rigoroso *numerus clausus* no âmbito das garantias mobiliárias não significa o prelúdio para posições como a de Philippe Dupichot: a "culpa" pelo caos em que se transformou o direito – francês – das garantias é do legislador, a quem cabe determinar os princípios fundamentais das obrigações civis e comerciais (DUPICHOT, 2005, p. 18). É de se questionar se uma atitude doutrinária como essa, apesar de bastante difundida, provém de uma doutrina consciente das suas funções. Assim posta, a questão passa por uma autocrítica doutrinária, sendo cabível perguntar se há sentido em atribuir ao legislador a responsabilidade integral por um quadro que, no seu conjunto, pode muito bem ser reflexo da cultura jurídica de um povo, ligando-se ao modo como o fenômeno jurídico é percebido e tratado. Mais do que injusta, é possível questionar se não se trata de uma atitude desleal. Com efeito, a doutrina, após desobrigar-se a si própria de qualquer função relevante no âmbito de que se trata, exigindo do legislador algo que ele, talvez, não possa, por si só, entregar, ainda o avilta em público quando tudo dá errado. Em última instância, não é impertinente questionar se tal doutrina tem algo a dizer, pois ela simplesmente se alheia ao problema como se não fosse seu.

²⁷⁸ BUSSANI, op. cit., p. 248.

Pelo lado romanista, esta referência de Bussani aponta para o direito alemão (e aos que seguiram o seu modelo). O exemplo é eloquente, pois, apesar da base legislativa idêntica a dos direitos latinos, o direito alemão chegou a resultados tão sofisticados quanto os obtidos na *common law*, construindo um regime de garantias estável e eficiente fora dos marcos legais. A obra dos alemães, apesar da construção descentralizada, de tão bem feita, chegou a ensejar a seguinte questão, posta por um insuspeito jurista francês na década de 1980: “à une époque où l’on tente d’harmoniser les sûretés au sein du Marché Commun, il est indispensable de mieux connaître le droit allemand et de poser la question de savoir si ce droit peut ou non servir de modèle aux pays voisins”²⁷⁹.

O ponto de partida legislativo do direito alemão das garantias mobiliárias é o mesmo dos demais ordenamentos de *civil law*: a reação moderna ao direito romano recepcionado, que, no Séc. XV, já havia dominado a Europa continental, conduzindo a um ambiente de complexidade desconcertante, qualificado por Johannes Voet como um *labyrinth of creditors*²⁸⁰. Essa reação se deu pelo fechamento de todas as portas possíveis para as garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor: a) desenvolveu-se o princípio da especialidade das garantias; b) eliminaram-se as hipotecas mobiliárias; e c) impôs-se a entrega efetiva da coisa ao credor, eliminando-se a possibilidade de emprego dos mecanismos de *constructive delivery*²⁸¹ para burlar a proibição de hipoteca mobiliária. Tal processo foi concluído pelo *Code*, em 1804, cuja disciplina foi seguida nos diversos Códigos europeus, aí incluído o BGB²⁸². É certa, portanto, a opção dos legisladores europeus continentais por barrar todas as possibilidades para as garantias mobiliárias sem desapossamento.

Trata-se de uma opção que se foi tornando cada vez mais insustentável conforme a importância dos bens móveis cresceu e a economia capitalista se desenvolveu em direção à mobilização e desmaterialização da riqueza. Zwallye, inclusive, chegou a questionar como foi possível estabelecer um tão “extraordinarily

²⁷⁹ WITZ, Claude. Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 37, n. 1, p. 27-68, 1985, p. 31-32.

²⁸⁰ A expressão é de Johannes Voet, mas foi utilizada por Zwallye no título de artigo que dedicou ao tema, já referido: ZWALVE, 2004.

²⁸¹ Manteve-se a expressão empregada por Zwallye, seguido de perto neste ponto.

²⁸² Conforme já dito, o regime do *Code* (art. 2.119 e art. 2.276) foi adotado pelos Códigos Civis holandeses de 1838 (art. 1198), italiano de 1865 (art. 1882) e Espanhol (art. 1863). O BGB, bem mais recente, não seguiu rumo diverso (§§ 1204, 1205 e 1253).

impractical and ill-considered statutory arrangement²⁸³, mesmo para os padrões econômicos daquela época. De lado tais razões, a questão é determinar as estratégias adotadas para superar essas insuficiências.

Como dito, os ordenamentos latinos optaram por confiar a solução do problema ao legislador, que foi criando, com o material disponível, como pôde, incontáveis leis especiais seguidas no tempo sem ordem e sem método. Os alemães, por outro lado, tomaram caminho diverso, tratando do problema de modo mais rente às práticas econômicas, no campo jurisprudencial e doutrinário, por meio do artifício dos negócios fiduciários com cláusula de constituto possessório. Ninguém que conhece o assunto põe em causa qual dos caminhos adotados surtiu melhores efeitos em termos de segurança jurídica, de estabilidade e de eficiência. Assim, a questão é investigar se o caminho adotado pelos alemães pode ser considerado compatível com o *numerus clausus*.

Inicialmente, todos os autores consultados estão em acordo ao afirmar que os alemães construíram, no mínimo, à margem da lei²⁸⁴. Como visto, o ordenamento alemão tem ponto de partida legislativo similar ao dos demais direitos latinos, barrando, com ênfase, todas as possibilidades para as garantias mobiliárias sem

²⁸³ ZWALVE, op. cit., p. 48.

²⁸⁴ Por exemplo: Hans Hattenhauer: “El comercio y la economía em general forzaron de la jurisprudencia lo que les negaba el nuevo Código: la institución de un Derecho prendario sin desplazamiento, em forma de propiedad de seguridad. [...] Todo el mundo sabía que se trataba de un rodeo legal, y hasta hubo juristas que expresaron sus reservas ante este procedimiento.” (HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 102); Franz Wieacker: “También no direito das coisas mobiliárias as tendências tipificadoras e que vinham ao encontro da função da troca se confrontaram com uma atracção progressiva no sentido de uma justiça do caso, individualizante e moralmente fundada.” “A primeira destas tendências choca-se com o *princípio da tradição* quanto à constituição e transmissão dos direitos reais [...]. Nesta medida, a jurisprudência, antes tão favorável à proteção da publicidade (i.e., do interesse social tipificado de <<terceiros>> numa informação correcta dada através da aparência jurídica), aproximou-se de novo cada vez mais ou da teoria da tradição do jusracionalismo e do princípio da consensualidade do *Code Civil* ou então de uma diluição da traditio (como, por exemplo, no direito austríaco) ; em qualquer dos casos, no sentido de uma liberdade contratual no domínio dos direitos sobre coisas.” “No início desta evolução havia um pecado original quase inevitável: o renegar do princípio do penhor mobiliário (§ 1207) através da permissão da *tradição a título de garantia*, construção que há muito obrigara a jurisprudência a levantar as limitações ético-económicas e de política creditícia do instituto então reconhecido através de manipulações pseudo-dogmáticas dos pretensos (<<abstratos>> ou <<concretos>>) contratos de mediação da posse [...]” (WIEACKER, 2004, p. 602.); Christian von Bar e Ulrich Drobnig: “However, since the world is not made of principles the solutions found by this deductive method collide with normal life and the necessities of a developed economic system. To give an example: During the 19th century, the German legal doctrine developed the idea that a pledge is only possible if the pledgee is in possession of the item. For this reason the German civil code, dating from 1896/1900 does not know a nonpossessory pledge. This was of course very logical but not up do date; the economic system needed a nonpossessory pledge. This necessity was the reason for inventing *contra legem* the security transfer of ownership.” (BAR; DROBNIG, 2018, p. 318).

desapossamento do devedor. Por essa razão, Andreas Von Tuhr²⁸⁵ sustenta ser nulo o negócio fiduciário de coisa móvel a título de garantia constituído por intermédio da cláusula *constituti*. Apesar disso, o autor reconheceu estar difundida, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, a posição pela validade do negócio. Razões jurídico-políticas foram as bases para a consolidação do posicionamento, pois o remédio era necessário, até inevitável, em vista da não existência da hipoteca mobiliária no ordenamento alemão. Para o autor, contudo, o legislador aboliu este instituto em vista dos perigos que representava. Como a alienação fiduciária tinha por fim contornar a proibição legal, Von Tuhr convenceu-se da nulidade do negócio.

Igualmente elucidativa é a posição de Wolff²⁸⁶, defendendo a validade dos negócios fiduciários a título de garantia, apesar de reconhecer, expressamente, tratar-se de circunvenção à lei. Partindo do penhor, o autor refere que a entrega da posse deveria ser efetiva, não bastando o constituto possessório, pois isso originaria uma garantia clandestina. Mas, sendo o constituto suficiente para transferir a propriedade, isso poderia ocorrer fiduciariamente, a título de garantia. Como visto, o próprio autor reconhece tratar-se de artifício empregado para contornar a disciplina legal. Mas isso não deveria ser condenado em absoluto, pois justificado economicamente em vista das necessidades do crédito, conforme vinha reconhecendo a jurisprudência. Assim, sanava-se o defeito da vedação de pignorar por constituto possessório.

Como deixam claro tais autores clássicos, a alienação fiduciária de bem móvel em garantia por meio de constituto possessório foi uma solução construída, confessadamente, em oposição à lei, visando a dar satisfação às necessidades econômicas sentidas pela Alemanha a partir das últimas décadas do Séc. XIX²⁸⁷. Trata-se de um nítido exemplo de contrato de disposição aplicado pela prática e admitido pela doutrina e pela jurisprudência à revelia da lei, que barrava com firmeza as garantias mobiliárias sem desapossamento.

Pondo-se a mesma questão por outra perspectiva, questiona-se se houve manipulação atípica da titularidade. Quem defende a preservação do *numerus*

²⁸⁵ TUHR, Andreas Von. *Derecho civil: teoria general del derecho civil alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1948, v. 3, p. 220-223.

²⁸⁶ WOLFF, 1948. t. 3, v. 2, p. 412-414.

²⁸⁷ Moreira Alves, por exemplo, observou que, desde o séc. XIX, sente-se a necessidade de novas garantias, o que atingiu a Alemanha com força nas últimas décadas do referido século, momento no qual passou a ser construída a *Sicherungsübereignung*. (ALVES, 1987, p. 3, et. seq.)

clausus argumenta que os negócios fiduciários operam a partir do direito de propriedade, direito real tipificado pelo legislador²⁸⁸. A explicação seria perfeita para a fidúcia romana, na qual a função – no caso, de garantia – fica restrita ao plano obrigacional. A chamada fidúcia germânica, contudo, constrói-se a partir do mecanismo da resolução – embora não exclusivamente²⁸⁹ –, implicando a reconfiguração da estrutura do direito real.

Onde essa afirmação fica mais clara é na posição jurídica do fiduciante, que, apesar da atipicidade, é dotada de eficácia real. Quanto às garantias mobiliárias, esse ponto foi explorado no direito italiano, a partir de subsídios extraídos do direito alemão, por Giovanni Cattaneo²⁹⁰, em estudo sobre as expectativas dotadas de eficácia qualificada frente a terceiros, apesar da ausência de contornos fixados pelo legislador. Os exemplos trabalhados foram a expectativa do comprador com reserva de propriedade e o direito do fiduciante na *Sicherungsübereignung*²⁹¹, tendo o estudo por foco especial a primeira. A discussão, esclarece o autor, envolve um ponto de grande importância teórica: a possibilidade de alargamento do âmbito dos direitos reais fora dos quadros legislativos.

Conforme observa Cattaneo, a doutrina e a jurisprudência consolidadas sobre a matéria adotam soluções não compatíveis com a teoria tradicional dos direitos reais, pois as expectativas geradas por ambos os institutos são tratadas, sob vários perfis, como direitos reais, muito embora não entrem no catálogo dos tipos e não tenham seus contornos fixados pelo legislador. O autor demonstra não serem as referidas expectativas reais satisfatoriamente explicadas pela disciplina das condições (suspensivas ou resolutivas, conforme o caso), incapazes de dar conta do amplo conteúdo das posições jurídicas criadas. Com efeito, tratando da expectativa

²⁸⁸ É a posição defendida por Vanzella quanto à propriedade fiduciária disciplinada no Brasil pelas leis especiais: “o tipo de direito subjetivo real constituído pelo contrato de alienação em garantia é, precisamente, o domínio, o qual sempre esteve previsto no Código Civil.” (VANZELLA, 2012, p. 115, n. 16). Concorda-se com o entendimento de que, nesse caso, não houve quebra do *numerus clausus*. Mas não pela razão apontada no texto, e sim pelo fato de que as posições jurídicas decorrentes do contrato de alienação fiduciária em garantia tiveram, no Brasil, os seus traços básicos, efetivamente, configurados pelo legislador.

²⁸⁹ Ver o segundo capítulo da seguinte obra, todo dedicado às concepções germânicas sobre a fidúcia: JAEGER, Pier Giusto. *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 22-171.

²⁹⁰ CATTANEO, Giovanni. *Riserva della proprietà e aspettativa reale*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 3, p. 945-1004, 1965.

²⁹¹ *Sicherungsübereignung* significa a transferência da propriedade a título de garantia. Trata-se de uma transferência fiduciária com caráter resolúvel.

contraposta à propriedade reservada, o autor observa não se tratar de um simples direito à aquisição futura, pois o comprador adquire uma posição amplíssima, compreensiva, de modo imediato e tendencialmente definitivo, de todas as vantagens e riscos próprios da posição de proprietário, especialmente o *direito de possuir e gozar*, oponível a terceiros. A posição mantida pelo vendedor, por sua vez, é limitada ao fim de garantia e tende à extinção, reabsorvendo apenas eventualmente o conteúdo do direito de propriedade. O autor observa que, frente ao conteúdo positivo, atual e amplo da posição do comprador, dotada de realidade e sem contornos determinados, pois não enquadrável em nenhuma das figuras reais típicas, alguns doutrinadores chegam a sustentar que o direito de propriedade lhe é transferido de imediato, ao vendedor ficando apenas um direito real de garantia.

Em complemento a isso, é de se destacar as manobras empreendidas pelos alemães com as modalidades prolongadas e alargadas das garantias mobiliárias por tais meios obtidas²⁹², construídas mediante cláusulas contratuais especiais moldadas pela prática contratual sufragada pela jurisprudência, nada tendo amparo

²⁹² Embora o tema vá ser estudado em momento oportuno, adiantam-se alguns aspectos peculiares dessas práticas alemãs: a) concepção de garantia prolongada, referente à extensão da garantia quanto ao objeto em casos de transformação e alienação, de modo a preservar a garantia sobre o produto transformado e/ou sobre os créditos decorrentes da venda; b) no caso de prolongamento, o crédito oriundo da alienação do bem que constitui a garantia pode reforçá-la quando a venda não implicar a liberação do bem ao adquirente, daí decorrendo a possível multiplicação do vínculo real; b) a concepção da garantia alargada, referente à extensão da garantia em relação aos créditos por ela cobertos, confortável no direito alemão muito embora G. Stella alerte, insistentemente, o seu potencial conflito com os interesses do tráfico na não oneração indeterminada dos bens, pois a circulação não se harmoniza com gravames genéricos, de tempo indeterminado, cuja razão de ser não se sabe se e quando surgirá (STELLA, 2003, p. 20, p. 94, p. 119, p. 122 e p. 125); d) Ainda quanto à garantia alargada, em uma compra e venda com reserva de propriedade, a garantia passa a assegurar não apenas o preço da venda em causa, mas o conjunto de créditos, presentes e futuros, do vendedor frente ao comprador, caso em que, segundo expõe Serick (SERICK, Rolf. *Garantías mobiliarias em derecho alemán*. Madrid: Tecnos, 1990, 71-72), deixando a propriedade reservada de assegurar o preço da compra e venda, tem-se a sua conversão automática em propriedade em garantia comum (fiduciária); e) Quanto as diferenças entre as disciplinas da propriedade reservada (na compra e venda) e da transferência fiduciária (*Sicherungsübereignung*), segundo a explicação de Serick (Ibidem, p. 31, p. 42-43, p. 45-46, p. 67, p. 71 e p.86-87), a sua base está na quebra do princípio da abstração, arraigado no direito alemão, sendo a relação, em ambos os casos, governada pela causa; e f) instaurado o concurso de credores, a jurisprudência converte a propriedade fiduciária em penhor, conferindo ao credor garantido um mero direito de preferência; e g) Tudo isso foi feito com grande informalismo e à revelia da publicidade. A esse respeito, na década de 1970, em estudo encomendado pela UNCITRAL sobre o direito das garantias mobiliárias nos principais sistemas legais, Ulrich Drobniig constatou que o regime mais radical quanto à inexistência de formalidades é o alemão (DROBNIG, 1977, p. 171 et. seq., p. 180). Sobre o tema dessa nota, consultar, especialmente, os estudos de Rolf Serick e Claude Witz, já citados.

no BGB²⁹³. Tais figuras impressionam os juristas latinos, principalmente porque mesmo as garantias fiduciárias ditas simples, há bem pouco tempo, eram vistas com hostilidade pela jurisprudência de países expressivos como a França e a Itália. No Brasil, adotou-se postura mais aberta, mas a fidúcia somente foi admitida com maior conforto quando tipificada, o que, ao fim, equivale à eliminação da fidúcia. Ainda, já foi visto que a interpretação de Moreira Alves, possibilitando o prolongamento da garantia fiduciária, foi incisivamente combatida pela doutrina, aferrada à suposta natureza do instituto.

Como se vê, o direito alemão das garantias mobiliárias, cujas soluções são alinhadas às consideradas como sendo as melhores técnicas no âmbito internacional, foi construído de um modo sofisticado e descentralizado, a partir de cláusulas especiais inseridas em contratos de compra e venda ou em negócios jurídicos fiduciários, sem apoio em tipos predispostos pelo legislador.

Em continuidade, destaca-se a observação de Witz, de que o direito das garantias mobiliárias é um ramo do direito revelador das tendências mais profundas de um sistema jurídico, pois deve arbitrar delicados conflitos de interesse, havendo grande tentação em optar por um regime estreitamente regulamentado, reduzindo-se a liberdade contratual²⁹⁴. Não obstante isso, observa o autor, os alemães resistiram à tentação regulamentadora e construíram soluções eficientes, consistentes e equilibradas, dando soluções, a um só tempo, às necessidades do crédito – em vista da fácil constituição e grande eficácia das garantias desenvolvidas – e, por outro lado, a toda a gama de problemas aí envolvidos – relacionados à segurança da circulação e ao aparato judicial construtivo do patrimônio. Ainda mais: não obstante a prática já consolidada tenha conduzido a resultados cristalizados, suficientes para ensejar uma atuação legislativa consistente²⁹⁵, Claude Witz constatou não se vislumbrar perspectivas para a adoção de um caminho diverso, no sentido de tipificar legislativamente tal ramo do direito, em permanente

²⁹³ Com efeito, “le prodigieux essor du droit allemand des sûretés n’est donc pas dû au législateur”. Trata-se de “sûretés d’origine prétorienne” “en l’absence de toute intervention législative” (WITZ, 1981, p. 29 e notas da mesma página).

²⁹⁴ Ibidem, p. 28-29.

²⁹⁵ Tanto que, conforme será visto adiante, a legislação francesa tem positivado as soluções construídas pelos alemães. Conforme ensinamento da Profa. Vera Fradera, na orientação à elaboração desta tese, os franceses sempre buscaram soluções alemãs quando precisaram dar maior segurança ao direito francês, citando o exemplo da compra e venda com reserva de domínio, contrato aceito em França sob inspiração alemã.

transformação. No mesmo sentido manifestou-se Pier Giusto Jaeger, referindo que as pretensões voltadas à disciplina legislativa da matéria não vingaram, indicando que a solução jurisprudencial do problema é vista como adequada e satisfatória²⁹⁶.

Diante do exposto, questiona-se: o que o exemplo alemão comprova? Que os problemas apontados anteriormente, relativos aos contratos de disposição, não existem ou não são dotados de muita relevância?

A resposta é negativa: os problemas relativos à eficácia real tocam nas bases do direito privado e se põem de modo especialmente grave no campo das garantias mobiliárias, não havendo como contorná-los. Isso não se altera pelo fato de as tensões aí implicadas terem sofrido transformações, agudizando-se, conforme foram sendo atribuídas novas funções aos bens e ampliadas algumas das funções tradicionais, estendidas para bens até então quase completamente excluídos de realizá-las²⁹⁷. Em outros termos, as garantias reais põem em causa as razões

²⁹⁶ JAEGER, 1968, p. 22 et. seq.

²⁹⁷ Nessa esteira, avalia-se a proposta de autonomizar as garantias reais feita por Corine Dauchez. Segundo a autora francesa, o direito moderno das garantias está preso a uma concepção binária de patrimônio (conjunto formado por obrigações e direitos sobre bens), não tendo conteúdo próprio: trata-se de mero elo entre os elementos do patrimônio, com valor meramente instrumental e sem autonomia. Seu regime, assim, constituindo mero apêndice ao direito dos bens, fica estrangulado, pois as necessidades do crédito restam subordinadas às necessidades dos bens. A sua proposta é livrar as garantias de tal submissão e atribuir-lhes um regime atento às suas próprias necessidades, dentro da disciplina da responsabilidade patrimonial (DAUCHEZ, 2013). Não se concorda com esse posicionamento, pois se está em pleno no direito dos bens (em sentido amplo, envolvendo bens imateriais, como o crédito). Apenas não está em causa a função de gozo ou de troca, mas a de garantia do crédito, pondo-se em confronto novos interesses e novas tensões, exigindo-se nova disciplina e novos pontos de equilíbrio. O problema se complexifica e se altera, mas não troca de sede: conflitos relativos à circulação dos bens tocam ao direito dos bens, onde se articula o problema da eficácia real, não importando a função em causa. Tensões relacionadas com as funções desempenhadas pelos bens já se colocaram em outros momentos da história e deram origem a debates clássicos. Em uma economia agrária, como a romana, os bens eram considerados pelo seu valor de gozo. Daí uma concepção estática de segurança jurídica, prevalecendo a proteção do verdadeiro titular. Quando a economia capitalista passou a desenvolver-se, os termos da questão alteraram-se sensivelmente, pois o valor de troca dos bens adquiriu grande importância, dinamizando-se a noção de segurança jurídica, base da estabilidade e da rapidez da circulação. Como consequência, principalmente no mercado mobiliário, o fiel da balança passou a pesar em favor do terceiro adquirente de boa-fé a *non domino*, em detrimento do verdadeiro titular. Vista a questão entre os indivíduos diretamente envolvidos, não é possível explicar a solução, pois não se consegue atribuir maior peso aos interesses do adquirente, uma vez que os interesses do titular espoliado são igualmente legítimos. Assim, a menos que a opção por um ou outro seja aleatória, deve existir uma razão para a inversão de perspectiva. Ei-la: a decisão sobre qual interesse tutelar prende-se à organização econômica da sociedade, pondo-se em termos de segurança da circulação (uma explicação desenvolvida da questão é encontrada no seguinte texto: GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e Costituzione*. Bolonha: Zanichelli, 1999). O resultado dessa evolução pode ser bem colhido na máxima cunhada pelos franceses para disciplinar as relações envolvendo os bens móveis: *possession vaut titre*, regra cuja *ratio* foi acolhida no *Codice Civile* e, parcialmente, no art. 1268 do Código Civil Brasileiro. Quando entra em causa a função garantia, uma nova tensão surge: segurança do tráfico *versus* segurança

anteriormente expostas, não havendo como fugir do problema, tentando deslocá-lo para outros âmbitos do direito privado para, assim, evitar o enfrentamento das tensões fortes colocadas ao intérprete.

Mais ainda: é no campo dos direitos reais limitados (que engloba as garantias reais) que os problemas dos contratos de disposição adquirem os seus contornos mais dramáticos e se põem com mais ardor. Em uma disposição meramente translativa, o direito sai de uma esfera jurídica e vai para outra tal qual era, não ensejando maiores dificuldades. As grandes questões surgem nas disposições constitutivas, geradoras dos direitos reais limitados. Aqui, os direitos sofrem modificações profundas, pois se multiplicam as titularidades concorrentes incidentes sobre eles²⁹⁸, ficando esfumada a linha divisória do “meu e do teu”, promovendo-se uma certa interpenetração de titularidades. Isso perturba o poder de dispor (que se dilui), requerendo controle e coordenação²⁹⁹.

Ainda, dentro dos direitos reais limitados, são os direitos reais de garantia que mais expõem a risco os princípios estruturais do ordenamento. Aqui, além dos problemas relativos à fragmentação desordenada da titularidade, abre-se a possibilidade para os próprios titulares configurarem a disponibilidade das suas posições jurídicas. No extremo, isso engessa os mecanismos de satisfação dos credores, pois a penhorabilidade e a hierarquização das preferências passariam a ser disciplinadas pela autonomia privada, ficando os agentes econômicos habilitados para estabelecer imunidades contra a disposição e para criar arranjos inovadores no rol das preferências, tradicionalmente entendido como taxativo.

Penetrando ainda mais um nível, percebe-se ser nas garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor que o problema atinge o ponto mais extremo de

do mercado de crédito. Trata-se de tensão cuja disciplina já está razoavelmente solidificada no direito imobiliário. Para os bens móveis, contudo, apenas muito recentemente vem sendo possível lapidar respostas mais sofisticadas. O movimento é regido pela pressão irresistível das necessidades econômicas. No Séc. XIX, conforme já visto, pretendeu-se ignorar o problema, deveras difícil, vedando-se, pura e simplesmente, a constituição de garantias mobiliárias sem desapossamento. Embora seja antiga a percepção de se tratar de posicionamento insatisfatório, apenas a prática recente tem conseguido lapidar soluções mais adequadas para o problema, que continua a pôr-se sobre as mesmas bases: a tensão está entre a segurança do tráfico (as aquisições devem ser seguras, pois isso constitui a base da confiança, o motor da circulação) e a estabilidade do mercado de crédito (a requer que o bem objeto da garantia continue preso ao vínculo real, mesmo quando alienado a terceiros). Em outros termos, sempre conflitos de direitos incidentes sobre bens, a serem solvidos, não resta dúvidas, pelo direito dos bens.

²⁹⁸ VANZELLA, 2012, p. 265.

²⁹⁹ Ibidem, p. 163.

delicadeza, pois aqui, além de se acumularem todos os problemas referidos, dá-se a separação entre a titularidade e a posse, pondo-se em causa a aparência jurídica, cuja importância na circulação dos bens móveis é indubitável.

Frente a isso, o ensinamento a extrair do direito alemão é de que é possível pensar em segurança jurídica, estabilidade e eficiência do direito das garantias mobiliárias fora dos quadros da disciplina legislativa exauriente, pois da gravidade do problema não decorre que a tipicidade legal estrita seja uma solução inevitável. Daí não decorre, contudo, que às garantias mobiliárias seja aplicável o regime comum dos contratos obrigatórios³⁰⁰. É certo que deixou de fazer sentido esperar a solução dos problemas das garantias mobiliárias por configurações abstratas estabelecidas pelo legislador de modo prévio e rigoroso. Por outro lado, a sua solução não pode ser deixada ao arbítrio dos agentes econômicos, pois, como visto, as questões postas pelas garantias mobiliárias são graves.

Diante disso, a questão que fica é a seguinte: como o fenômeno jurídico poderá seguir um curso estável nesse terreno complexo e acidentado, insuscetível de ser dominado pelo legislador? O tópico que segue tem por objetivo explorar algumas possibilidades a esse respeito.

1.2 Possíveis bases para o desenvolvimento estável do direito das garantias mobiliárias fora dos quadros legislativos estritos

Como ponto de partida para responder a questão posta no tópico anterior, relembra-se que o *numerus clausus* não foi obstáculo para os alemães desenvolverem o seu direito das garantias mobiliárias fora dos quadros da tipicidade legal rígida quando a necessidade impôs, sendo, inclusive, um âmbito no qual se evita a intromissão tipificadora do legislador, pois, como dito, a mobilidade é vista como um valor a ser preservado. Assim, conforme observou Claude Witz, “rares sont les branches du droit allemand qui suscitent autant de jurisprudence et de développements doctrinaux”³⁰¹.

³⁰⁰ Não é possível concordar, portanto, com a proposta de Mauro Bussani, sustentando a necessidade de *desectionisation* do direito das garantias reais, com a aplicação das regras comuns ao seu contrato reitor (BUSSANI, 2001). Conforme visto, trata-se de problema específico, a exigir critérios específicos de solução, não parecendo ser uma boa solução defender, pura e simplesmente, a transposição do regime comum aos contratos de garantia.

³⁰¹ WITZ, 1981, p. 31.

Os juristas italianos, talvez pela maior proximidade aos alemães, vêm demonstrando sensibilidade ao problema. Nos últimos tempos, a jurisprudência, impulsionada pela doutrina, passou a trilhar caminhos mais inovadores. Veja-se a seguinte conclusão de Andrea Maria Azzaro nos comentários dedicados à decisão histórica da *Cassazione* que acolheu, pela primeira vez, o *pegno rotativo*, construção da doutrina:

La sentenza, in ogni caso, pur con le indicate riserve su alcuni punti della motivazione, dev'essere nel merito delle soluzioni recepite ed accolte pienamente approvata e condivisa, soprattutto poiché dimostra come il dialogo fra dottrina e giurisprudenza, da diverso tempo invocato e auspicato soprattutto da Franco Galgano,³⁰² produca, se coltivato con onestà intellettuale, i suoi fruttuosi risultati.

Conforme vai ficando claro, o foco da questão está na atuação conjunta da doutrina e da jurisprudência, incidindo sobre as construções privadas, elevadas pelos agentes econômicos com a colaboração dos seus assessores jurídicos.

Sobre isso, explora-se um pouco mais o exemplo italiano. O ponto a ser trabalhado diz respeito ao fato de que a construção doutrinária do *pegno rotativo* empregou um malabarismo teórico voltado a convencer da sujeição ao *numerus clausus*. Mas, assim, fica na penumbra o caráter inovador do produto obtido a partir da ação da doutrina e da jurisprudência incidindo sobre os arranjos construídos pela iniciativa privada, fator ao qual se pretende dar evidência nesta tese.

Analisa-se, então, um aspecto da construção teórica de Enrico Gabrielli, principal idealizador da figura italiana. Para o autor, o *pegno rotativo* seria um penhor anômalo, não um penhor atípico, pois a autonomia privada pode instituir certas modificações na estrutura do tipo, sem desnaturá-lo. O ponto de apoio desse entendimento está na concepção segundo a qual o caráter determinante do tipo é a função, não a estrutura formal empregada. Assim, enquanto a função – de garantia, no caso – estiver preservada, o tipo estará preservado. Nesse sentido, o seguinte trecho da sua exposição:

Dal punto di vista della costruzione formale della fattispecie, [...], va ribadito [...] che, se si accoglie l'idea che sia la funzione ad individuare il tipo, la riscontrata mancanza nel pegno – pur in presenza del patto di rotatività – di alterazione della funzione (tipica) di garanzia non modifica la struttura

³⁰² AZZARO, 1998, p. 496.

formale e quindi la tipicità legale del pegno, ma si inserisce sistematicamente all'interno del suo schema legale, quale fattispecie <<anômala>> e non <<atípica>>.³⁰³

Não obstante a importância prática da solução por tal meio obtida, a concepção é teoricamente infundada, pois, é sabido, o *numerus clausus* trabalha sobre a estrutura, não sobre a função³⁰⁴. No direito das garantias, Mário Neves Baptista³⁰⁵ ressalta que a função de garantia pode ser realizada por institutos distintos, de modo inconfundível. Assim, apesar das afinidades decorrentes da identidade funcional, tem-se tipos de garantias muito diversos, com naturezas, formas, conteúdos e efeitos muito variados. Daí ser falho, na percepção do autor pernambucano, o critério do fim como caracterizador de um instituto. É de se concordar com este ponto de vista, que encontra no direito legislado pátrio um exemplo elucidativo: o penhor e a alienação fiduciária em garantia, apesar da identidade funcional, são tipos diversos, fato que ninguém discute. É possível, conforme será visto, aproveitar a identidade de função para defender um intercâmbio de disciplinas, mas isso tem por limite as peculiaridades de cada tipo.

Além disso, do ponto de vista da disciplina da eficácia real, a defesa de um regime de *numerus clausus* dos direitos reais tem o significado preciso de estabelecer a tipificação das estruturas disponíveis para a realização de funções dignas de tutela. Não é suficiente determinar quais são essas funções, pois isso conduziria à diluição dos tipos, resultado oposto ao apregoado pela concepção tradicional sobre os direitos reais, voltada ao controle estrito da atividade privada nesse âmbito jurídico.

Visto isso, volta-se ao direito italiano: o fato é que a concepção do *pegno rotativo* deixou de lado aspectos da estrutura do penhor estabelecidos pelo

³⁰³ GABRIELLI, 2015, p. 258.

³⁰⁴ Sobre isso, no âmbito dos negócios jurídicos em geral, Antônio Junqueira de Azevedo defende ser o elemento categorial inderrogável (um aspecto estrutural, portanto) o traço caracterizador do tipo do negócio, não a função: “Da distinção entre elemento categorial inderrogável do tipo objetivo e causa [função], segue-se a seguinte importantíssima consequência: é o elemento categorial, e não a causa, que fixa o regime jurídico a que o negócio obedece.” E continua: “[...] Todavia, nada impede que se use a compra e venda, já não mais com a finalidade de circulação de bens, mas com função diversa, por exemplo, com escopo de garantia, como acontece na compra e venda com pacto de retrovenda. Aí muda a função, e se realmente fosse esta que determinasse *diretamente* o tipo de negócio e respectivo regime jurídico, estes também mudariam. Tal, porém, não ocorre [...], justamente porque é o elemento categorial inderrogável, e não a função, que fixa o tipo e o regime jurídico de cada negócio.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150-151, grifo original).

³⁰⁵ BAPTISTA, 1947, p. 146 et. seq.

*Codice*³⁰⁶. Trata-se de elementos que, além de fixados pela lei, sempre foram tidos por essenciais à estrutura do penhor³⁰⁷, pois intimamente ligados à concepção italiana tradicional a respeito da segurança jurídica no direito das garantias mobiliárias, ficando difícil deixar-se convencer de que houve sujeição ao tipo legal. Assim, superada a dissimulação teórica, extrai-se do direito italiano um exemplo puro de legitimação e lapidação doutrinário-jurisprudencial de uma construção elevada pelos agentes econômicos, com a contribuição de seus assessores jurídicos, insuscetível de ser reconduzida ao tradicional quadro do *numerus clausus*.

Enfim, tudo conduz a uma discussão de relacionamento entre a doutrina e a jurisprudência quanto aos seus papéis no desenvolvimento do direito das garantias mobiliárias, não mais dominado pela tipificação legal estrita. Não é por se tratar de uma questão sensível, complexa e indócil que os juristas podem considerar-se isentos de exercer o papel que lhes cabe na formação e no desenvolvimento dos institutos jurídicos.

Trata-se de uma discussão de relacionamento com impacto direto sobre a questão da liberdade contratual no campo sensível em causa: não havendo a devida percepção do papel fundamental da jurisprudência e da doutrina no funcionamento e desenvolvimento equilibrado dos mecanismos construídos pela iniciativa privada para dar vazão aos seus interesses, a partir do que se cristalizam os institutos jurídicos, não resta mesmo alternativa à “estatização” rigorosa e formal de tal ramo do direito, constringendo-se os particulares a se sujeitarem aos mecanismos institucionalizados pela lei, pois não se vislumbra como as necessidades do tráfico possam ser atendidas dentro de um marco que, embora não fixo, possibilite um controle mínimo do rumo seguido.

Enfim, como a direção legislativa já se mostrou inviável, pois o direito não é produto de revelação e o legislador não pode atuar satisfatoriamente no “vácuo”, conclui-se ser na solução repetitiva – pela jurisprudência – dos problemas práticos originados pelos arranjos contratuais construídos pelos agentes econômicos para tratar de suas necessidades sempre renovadas, e na sistematização contínua de

³⁰⁶ Enrico Gabrielli ressalta que o *pegno rotativo* encontra obstáculo nos requisitos legais estabelecidos nos art. 2.787, 3º comma, e no art. 2.800 do *Codice Civile* (GABRIELLI, 2015, p. 250 et. seq.).

³⁰⁷ Inclusive, embora a *Cassazione* tenha chegado aos mesmos resultados, admitindo o *pegno rotativo*, a interpretação de Gabrielli sobre esse ponto não foi aceita na decisão. Ver as razões empregadas pela corte em: AZZARO, 1998, p. 488.

tais soluções – pela doutrina – que está a chave para a construção do futuro do direito das garantias mobiliárias³⁰⁸⁻³⁰⁹⁻³¹⁰.

³⁰⁸ Gambaro apresenta alguns exemplos indicando que o direito alemão foi fruto desse jogo de forças, estabilizando-se, em muito, a partir da tentativa e do erro (GAMBARO, Antonio. *La circulation des modeles juridiques entre composantes non homogenes du droit: le modele allemand em france dans le secteur des suretes mobilieres. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 92, p. 52-82, 1993). Os agentes econômicos colocavam a operação a teste no mercado e a jurisprudência ia atuando, reconhecendo ou não a legitimidade da prática, tendo em vista, dentre outros fatores, a consideração dos problemas colocados pela eficácia real. Levando em conta as reações jurisprudenciais, os agentes econômicos aprimoraram as suas práticas visando a evitar a nulificação da garantia. Com o tempo, formaram-se as condições gerais aplicadas pela prática bancária, compostas de cláusulas numerosas e detalhadas. A título de exemplo, cita-se a reação dos agentes econômicos à aplicação jurisprudencial do § 138, do BGB (cláusula geral dos bons costumes) para coibir garantias excessivas, assim consideradas as que privam o devedor de sua autonomia econômica e que o deixam na dependência do credor. Sobre isso, Witz observou ser considerada excessiva a garantia excedente em mais de 25% o valor do crédito garantido (WITZ, 1985, p. 49). Em vista disso, os contratos passaram a prever cláusulas de limitação automática da garantia, que, assim, mantém-se proporcional ao crédito durante todo o curso da operação. Formou-se, então, um mecanismo que opera o controle de proporcionalidade das garantias, visando a impedir a oneração desnecessária do patrimônio do devedor, coibindo-se o desperdício do crédito e a criação de embaraços “vazios” à circulação. Em outros termos, é possível pensar em equilíbrio fora dos quadros da legislação fixa.

Outro exemplo: conforme os tribunais passaram a reconhecer prioridade a certos créditos sobre as garantias globais, possíveis no direito alemão por meio da combinação de cláusulas contratuais especiais, as condições gerais empregadas pelos bancos passaram a prever deveres voltados a forçar o devedor a manter em dia as obrigações com tais credores, evitando-se a formação de créditos com prioridade sobre a garantia.

³⁰⁹ Nessa esteira, os juristas latinos, ao aguardarem pelo legislador, aguardam, no fundo, que os juristas de outros países façam o trabalho. Se o legislador não pode atuar no vácuo, pois o direito é fenômeno histórico-social; e se o fenômeno histórico-social do direito das garantias não pode seguir o seu curso nos países latinos, onde só o legislador pode determinar o que é direito, a única opção é copiar, por meio de lei, o resultado consolidado da experiência histórico-social de outros povos.

Mas nem isso resolve. Se é possível objetivar o resultado da experiência jurídica alheia e transpô-lo legislativamente, não é possível transpor os “processos mentais” desenvolvidos na sua construção, sem os quais ter-se-á uma aplicação mecânica, incapaz de se adaptar às particularidades dos casos concretos e de aportar ao conjunto as modificações necessárias para uma aplicação equilibrada e consistente. Isso foi observado por Gambaro no artigo já citado, ao apreciar a transposição legal realizada pela França de certas práticas desenvolvidas pelos alemães. O direito alemão, sendo constituído de práticas negociais “regulamentadas” pelos juízes, cuja tipificação foi produto de um trabalho lento e contínuo, recebe uma aplicação livre de concepções apriorísticas, pois os juristas estão em condições de apreciar os interesses em jogo e de superar os conflitos graves postos pela prática com grande sensibilidade jurídica. Desse estado de coisas resulta a preservação dos valores essenciais do ordenamento jurídico sem a necessidade de enrijecê-lo.

O resultado consolidado desse trabalho, objetivado e inserido legislativamente na França, encontrou outro ambiente de pensamento, levando Gambaro a identificar aí um problema de interesse para o comparatista: estudar os limites à circulação do modelo alemão, que não pode ser reduzido a um conjunto de regras objetivas cristalizadas pelo tempo. Antes, trata-se do estado de “equilíbrio reflexivo” adquirido pelos juristas daquele país, que desenvolveram tais regras e estão em condições de articulá-las de modo dinâmico com os problemas práticos renovados postos pela vida econômica, daí decorrendo decisões eficientes, equilibradas e consistentes. O contrário verificou-se na França quando realizou uma cópia formal do direito alemão.

³¹⁰ Da mesma forma, no âmbito das garantias pessoais no direito brasileiro, a professora Véra Fradera constatou que as clássicas garantias fidejussórias não esgotam todas as hipóteses possíveis de garantias, pois a jurisprudência brasileira vinha admitindo contratos inominados e atípicos nesse âmbito. A esse respeito, citou o seguinte trecho de uma decisão do TJRS, do ano de 1.986: “[...] aval e fiança não esgotam as modalidades possíveis de prestações de garantia, que,

A partir disso, é possível recolocar a questão do *numerus clausus*. Como ponto de partida, seguem-se os passos de Giovanni Cattaneo³¹¹, tratando do problema, justamente, a partir do modo como se deu o desenvolvimento de mecanismos comumente utilizados para o emprego de bens móveis como garantia do crédito, redundando na formação de posições jurídicas *legislativamente* atípicas, mas dotadas de realidade.

O autor reconhece ser a tipicidade dos direitos reais *un'esigenza fondamentale*³¹² para o tráfico moderno, pois os esquemas experimentados, amparados em critérios constantes e amplamente conhecidos, permitem calcular com facilidade a situação jurídica dos bens e o seu valor econômico³¹³. Apesar disso, o jurista italiano deixa clara a insustentabilidade de uma perspectiva maniqueísta contrapondo a autonomia privada ao legislador. Embora as inovações no âmbito da eficácia real decorram, precipuamente, da obra do legislador, não se pode excluir, *a priori*, a possibilidade de evolução do sistema por outras vias, pois a inexistência de uma norma expressa e clara não é obstáculo insuperável a que a realidade derive de outro modo do sistema³¹⁴. Por mais que o âmbito dos direitos reais aparente estar “congelado” nas formas herdadas da tradição, cristalizadas pelo legislador, a sua evolução jurídica não é sinônimo de evolução legislativa.

Nessa esteira, Cattaneo adere ao entendimento de que o *numerus clausus*, embora limite a autonomia privada, não impede a evolução jurídica, pois o direito está em movimento contínuo, embora ausente a alteração legislativa, podendo o seu evoluir derivar da obra da jurisprudência e da doutrina. Por um lado, não há uma estrita dependência do legislador; por outro lado, não há uma ilimitada abertura à autonomia privada. Eis a sua conclusão:

[...] Da quanto abbiamo detto dovrebbe infatti risultare dimostrata anche la possibilità di allargare, sai pure con molta circospezione, la cerchia dei diritti reali ammessi dal nostro ordinamento. Tale possibilità non va certo

aliás, não se submetem a *numerus clausus*, nem a nomenclatura exaustiva. É perfeitamente possível, a partir da investigação da real intenção dos contratantes [...], identificar-se a modalidade atípica de garantia solidária.” (FRADERA, Véra Maria Jacob de. Os contratos autônomos de garantia. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 32, p.170-180, 1994, p. 174). A decisão citada é a seguinte: Apelação Cível Nº 586015794, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adroaldo Furtado Fabrício, Julgado em 20/05/1986.

³¹¹ CATTANEO, 1965.

³¹² Ibidem, p. 974.

³¹³ Nesse sentido, em especial, Ibidem, p. 972.

³¹⁴ Nesse sentido, Ibidem, p. 953, p. 964 e p. 1004.

riconosciuta all'autonomia privata, la quale, come si è detto, incontra tuttora un limite invalicabile nel *numerus clausus* e nella coazione dei tipi. Spetta invece alla giurisprudenza e alla dottrina il compito di accertare se l'ordinamento positivo non consenta oggi, in modo più o meno esplicito, la costituzione di diritti reali finora non considerati tali dall'opinioni comune.³¹⁵

Visto isso, questiona-se: a partir de quais parâmetros a doutrina e a jurisprudência irão apreciar os atos de autonomia privada e reconhecer-lhes ou não a realidade?

Aqui, entra em discussão a eficácia positiva do *numerus clausus*: segundo esclarece Vanzella³¹⁶, trata-se de técnica utilizada para dar estabilidade qualificada a certas posições jurídicas essenciais para o tráfico. Para o autor, contudo, isso apenas seria possível nos casos especificados, pontualmente, pelo legislador. É de se desafiar essa posição, pois é duvidoso que o direito das garantias mobiliárias se deixe dominar por critérios tão rígidos. Isso leva a investigar se existem critérios de fundo para fundamentar a atribuição de eficácia real às garantias mobiliárias fora dos limites estritos dos tipos legislados em que foram expressamente admitidas, sem, contudo, abrir mão de algumas balizas mínimas de orientação. O estudo dessa questão permite avançar na discussão sobre o *numerus clausus*.

Conforme já se viu, na interpretação de Vanzella, a noção implica demarcar a eficácia real por uma tipicidade *legal* rigorosa. Trata-se do entendimento corrente, até mesmo porque a doutrina costuma reduzir a noção de tipicidade à tipicidade legal, não vislumbrando outras possibilidades. Tomada a ideia nesse sentido restrito, não há dúvidas de que os negócios jurídicos obrigatórios são regidos pela atipicidade³¹⁷. Emilio Betti³¹⁸ opôs-se a esse entendimento, sustentando que o ordenamento, ao atribuir relevância jurídica aos atos de autonomia privada, nunca

³¹⁵ CATTANEO, 1965, p. 1004. A posição parece ser diversa da de Mengoni, exposta por Moreira Alves, também partindo da ideia de que a tipicidade dos direitos reais é limite à autonomia privada (ALVES, 1987, p. 177, n. 300). Segundo esta posição, é possível reconhecer, por via interpretativa, direitos típicos existentes no ordenamento, apesar de não nominados. Isso porque direito real típico não se confunde com direito real nominado: trata-se de uma estrutura jurídica reconhecida pelo ordenamento. Como fica claro, nesse caso, o império continua sendo do legislador, não havendo possibilidade de desenvolvimento jurisprudencial-doutrinário do campo da realidade, limitando-se a doutrina e a jurisprudência a identificar as posições desenhadas pelo legislador de modo implícito.

³¹⁶ VANZELLA, 2012, p. 290 et. seq.

³¹⁷ Não se quer discutir a questão dentro do âmbito dos contratos obrigatórios. Mas é impositivo partir da discussão aí realizada, pois é onde são encontrados os subsídios teóricos.

³¹⁸ Sobre a exposição que será feita adiante, ver: BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994; BETTI, Emilio. *Causa del negozio giuridico*. In: NOVISSIMO Digesto Italiano. Torino: UTET, 1957a, v. 3, p. 32-40; e BETTI, Emilio, *Negozio giuridico*. In: NOVISSIMO Digesto Italiano. Torino: UTET, 1957b, v. 11, p. 208-220.

se abstém de uma avaliação tipológica, sempre necessária para vedar a tutela jurídica ao mero capricho individual. Mas o autor italiano não defende que os negócios obrigatórios sejam legalmente típicos. A sua cruzada é contra o entendimento que reduz a tipicidade à legal:

Dove le denominazione tradizionali si mostrino inadeguate e insufficienti a esaurire il campo dell'autonomia privata, ivi al posto della rigida tipicità legislativa subentra un'altra tipicità, che adempie pur sempre il compito di indirizzare l'autonomia privata, ma che è assai più elastica nella configurazione di tipi e, in quanto si opera mediante rinvio alle vedute economiche o etiche della coscienza sociale, potrebbe chiamarsi <<tipicità sociale>>.³¹⁹

No seu entender, têm grande peso jurídico o conjunto de práticas consolidadas na sociedade, dotadas de estabilidade por instrumentalizarem a realização de interesses sociais importantes, recorrentes e constantes. Segundo essa visão do fenômeno jurídico, o tempo vai cristalizando os institutos jurídicos por meio da seleção, depuração e estruturação de técnicas alinhadas com o socialmente útil; por outro lado, vai descartando o que não é dotado de relevância social. Eis a ideia de *tipicidade social*³²⁰, base da sua célebre teoria da função social típica como causa do negócio jurídico. A partir disso, extraem-se pautas mais estáveis para avaliar o comportamento privado, conferindo-se ao direito maior estabilidade, mas sem amarrá-lo à inflexibilidade dos tipos legais.

Essa argumentação foi o ponto de partida empregado por Gerson Branco para estabelecer as bases dogmáticas do art. 421 do Código Civil/02³²¹. Não é bem

³¹⁹ BETTI, 1957b, v. 11, p. 208-220, p. 215.

³²⁰ No pensamento de Emilio Betti, a gênese dos negócios jurídicos é, necessariamente, social: o reconhecimento jurídico de um negócio requer que ele tenha passado pelo teste da prática e "sobrevivido" por representar um valor social relevante. Segundo o entendimento do jurista italiano, o reconhecimento jurídico opera a partir da base concreta dada pela noção de tipo, pois os tipos constituem a cristalização de práticas aprovadas pela sociedade por serem consideradas úteis. Somente após adquirir estabilidade social, o ordenamento jurídico poderia conferir sanção jurídica a uma dada prática, visando a assegurar a realização da função social que lhe é ínsita. A tipificação de um negócio dá-se quando ele adquire emprego sistemático e reiterado pelos indivíduos, incorporando-se ao *modus vivendi* da comunidade. Isso representaria a prova de que aquele tipo de negócio corresponde a um interesse útil e duradouro (que cumpre uma função socialmente relevante), suscetível de ser avaliado de um ponto de vista social como algo positivo, preenchendo-se o requisito para que o direito o acolha (Ver BETTI, 1994, p. 45-46). Assim, somente interesses constantes e normais, suscetíveis, portanto, de tipificação, são juridicamente tuteláveis.

³²¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil brasileiro*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/7486>>. Acesso em: 2018.

certo se o modelo proposto explica bem os fundamentos do exercício da liberdade contratual no âmbito dos contratos obrigatórios no direito brasileiro. Nem essa questão tem relevância aqui. No âmbito dos contratos de garantia mobiliária, contudo, pautados, tendencialmente, pela tipicidade legal estrita – que se mostrou insuficiente –, a teoria desperta interesse.

A tipicidade social revela, ao menos tendencialmente, a legitimidade de uma dada prática³²², aí estando um mecanismo estabilizador da evolução doutrinário-jurisprudencial no campo problemático da eficácia real das garantias mobiliárias, irreduzível aos quadros de uma orientação legislativa rígida, mas insuscetível de ser entregue à liberdade contratual. Abre-se, assim, uma perspectiva interessante para a reconstrução do *numerus clausus*.

³²² Trata-se de recurso empregado, exemplificativamente, por Judith Martins-Costa para defender a legitimidade – polêmica – da cobrança do chamado “valor residual garantido” no leasing financeiro (MARTINS-COSTA, Judith. Os contratos de leasing financeiro, a qualificação jurídica da parcela denominada valor residual garantido - vrg e a sua dupla função: complementação de preço e garantia. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 49, p. 109-148, 2010). No direito italiano, Giovanni B. Ferri (FERRI, Giovanni B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966), apesar de ser o principal crítico das teorias de Betti (a ele é atribuída “la critica più meditata e articolata della teoria della funzione economico sociale”, conforme observa Claudio Scognamiglio: SCOGNAMIGLIO, Claudio. *La Dottrina della Causa nel Diritto Italiano*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Disponível em: <<http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/viewfile/626/590>>. Acesso em: 2018), observa que o manifestar-se nas formas típicas da realidade social ou do sistema legislativo é o que normalmente ocorre, dada a maior rapidez e eficiência daí decorrentes. Com base nisso, o autor reconhece a tipicidade social como um *indício* sobre o merecimento de tutela de uma dada configuração de interesses. Na concepção do autor, contudo, tal critério não é seguro, muito menos vinculante. O julgador pode e deve valer-se dos indicativos derivados do tipo, mas eles não dão a última palavra na apreciação do ato de autonomia privada, uma vez que mesmo os critérios dotados de tipicidade social estão sujeitos a uma averiguação a partir de critérios jurídicos. Sobre o papel da tipicidade social na teoria de Ferri, ver o terceiro capítulo da obra, todo dedicado ao tema da tipicidade (FERRI, op. cit., p. 135 et. seq.). A mero título de exemplo, apontam-se alguns fatores apontados por Ferri como decisivos para a cristalização e emprego reiterado dos tipos: os padrões típicos funcionam, em primeiro lugar, como facilitadores das operações econômicas, atuando como base para a eficiência na atuação privada (ibidem, p. 221, et seq.). Com efeito, é natural que quem quer satisfazer um certo interesse recorra a um tipo elaborado especificamente para ele, quando existente, dado a segurança de adequação ao fim pretendido, pois um tipo é produto de escolhas racionais testadas no tempo, devendo sua consolidação na prática justamente ao fato de representar, em geral, o melhor meio instrumental para realizar um dado interesse (ibidem, p. 212, et seq.). Além disso, tem-se a economia que representa a utilização de estruturas já construídas. A sua existência torna dispensável a perda de tempo com a formulação e detalhamento de novas estruturas, pois os padrões já construídos funcionam como critérios subsidiários aptos a preencher as lacunas existentes nos negócios concretos. A partir disso, Ferri reconhece que a atividade individual, com o seu sistemático repetir-se tendo em vista a necessidade de satisfação de interesses recorrentes na vida social, acaba por formar estruturas típicas, as quais podem ser empregadas para intermediar a relação ordenamento-ato individual no momento da qualificação jurídica. Mas a sua proposta é muito diversa da de Betti, pois, como dito, Ferri se opõe à teoria bettiana da função social como causa do negócio jurídico (sobre isso, ver: ibidem, p. 225, et seq.). O importante aqui, contudo, é que o próprio Ferri reconhece a importância da tipicidade social, pois dela podem ser extraídos critérios de orientação para a atividade jurisprudencial-doutrinária de qualificação dos atos privados.

Conforme visto, a experiência alemã das garantias mobiliárias foi construída a partir dos negócios fiduciários. Indubitavelmente, tal prática foi construída, na melhor das hipóteses, à margem da lei (parece mais certo falar de prática firmada *contra legem*). Enfrentando a questão, Rolf Serick³²³ sustenta que o direito alemão das garantias mobiliárias se ampara nos costumes, que também constituem fonte de direito, ao lado da lei. Von Thur³²⁴, contudo, já havia demonstrado que os requisitos para a caracterização do costume não estavam preenchidos, pois a prática era por demais recente. Posta a questão nesses termos, é possível cogitar que a construção alemã tem a sua raiz na tipicidade social.

Outro meio para desancorar o direito das garantias mobiliárias da tipicidade legal estrita sem abrir mão da sua estabilidade é através da categoria do contrato de garantia mobiliária em gênero. Conforme já dito, não será construída a teoria de tal contrato, limitando-se a análise que segue a defender a sua viabilidade.

A doutrina em geral é contrária, pois interpreta os diversos subtipos de garantias mobiliárias como compartimentos estanques. O entendimento encontra na tese de Vanzella a mais sólida fundamentação teórica existente no Brasil: partindo de uma fundamentação dogmática rigorosa, o autor sustenta serem possíveis apenas contratos de disposição em espécie. Para o caso das garantias mobiliárias, ter-se-ia, por exemplo, contrato de penhor agrícola, contrato de penhor pecuário, contrato de penhor mercantil, e contrato de alienação fiduciária em garantia, cada um com os seus *accidentalia negotii* próprios, que são apenas aqueles admitidos pela lei. As cláusulas mais sofisticadas do penhor mercantil e industrial, por exemplo, seriam dele e apenas dele, não podendo, à falta de uma autorização legislativa específica e clara, ser estendidas para outros subtipos de garantias mobiliárias. Não seria possível, portanto, utilizar os mecanismos mais sofisticados dos diversos subtipos de garantias previstas para construir um modelo dotado de relevância jurídica, obtendo-se, assim, um regime capaz de oxigenar todo o âmbito jurídico das garantias mobiliárias. Dentro desse contexto, por exemplo, as garantias rotativas teriam um espaço restrito de atuação, somente sendo admitidas onde há autorização legislativa expressa. Enfrenta-se, então, a questão.

³²³ SERICK, 1990, p. 28-29.

³²⁴ TUHR, 1948, v. 3, p. 220, et. seq.

A evolução jurídica de uma disciplina por tipos para uma disciplina por categorias gerais constitui uma tendência histórica inexorável em ambientes que se complexificam. Ascarelli³²⁵, por exemplo, constatou essa evolução na responsabilidade civil e no contrato. No direito processual civil, a concepção abstrata da ação é outro exemplo claro. Por um lado, trata-se de um caminho próprio de estágios de evolução incompatíveis com a canalização do evoluir jurídico por tipos fixos; por outro lado, não é viável deixá-lo correr por si próprio, impondo-se, assim, o estabelecimento de critérios diretores.

Um reduto até então intocado por essa evolução, ao menos em uma boa parte do mundo ocidental, é o dos direitos reais. Parece que o reduto imobiliário ainda resistirá. Quanto ao dos bens móveis, duvida-se, principalmente em um momento no qual se tornou impossível conter o seu amplo emprego como garantia do crédito. Quem pretender que esse ramo jurídico continue sendo guiado rigidamente pelo legislador será arrastado pela história.

Assim, ganha força a proposta de José de Oliveira Ascensão³²⁶ ao defender a necessidade de se pensar em uma teoria geral aplicável ao âmbito dos direitos reais. Não interessa aqui discutir a necessidade/viabilidade dessa proposta em toda a sua amplitude, mas restrita ao âmbito das garantias mobiliárias, onde ela parece viável e necessária.

Em primeiro lugar, os chamados penhores especiais, apesar de estabelecidos em legislações especiais e apesar de terem recebido nomes específicos (penhor mercantil, industrial, rural, etc.), não constituem tipos diversos de garantias, pois, além da mesma função, têm a mesma estrutura. A própria evolução legislativa brasileira o demonstra, pois o legislador pátrio nunca viu diferenças relevantes entre os tipos de garantia tipificados, constituindo uma estratégia legislativa antiga e constante no Brasil a de inserir novas configurações para as garantias por meio do teste preliminar em um âmbito econômico determinado para, aprovada a prática, generalizá-la para outros âmbitos econômicos, integrando os regimes legislados. Isso apenas é possível porque os ditos penhores especiais são meros exemplos de uma mesma figura jurídica, seja do ponto de vista funcional, seja do ponto de vista estrutural, sendo acidentais as diferenças entre eles. A partir disso, é possível

³²⁵ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 69-70.

³²⁶ ASCENSÃO, 2000.

sustentar que as diversas leis sobre penhores especiais compõem, em última análise, um tipo único, cujo regime está legislativamente disperso, sendo necessário um trabalho de recolha.

Por esse meio, é possível promover um bom desenvolvimento jurídico das garantias mobiliárias sem grande pressão sobre o princípio da tipicidade *legal*, pois todo o material empregado na construção será legislado.

A viabilidade dessa proposta é reforçada pelo enfraquecimento de um dos critérios reitores da construção dos diversos regimes de penhores especiais por ramo de atividade econômica (daí o penhor rural, o mercantil, o industrial, dentre outros). Este critério tinha peso quando as legislações sobre os penhores especiais constituíam favor legal a certas atividades econômicas. Talvez ainda reste legislação a esse respeito. A legislação mais recente, contudo, vem reconduzindo setores econômicos tradicionalmente tutelados para o regime de mercado, transformando as garantias aí praticadas em mecanismos de mercado. O estágio mais avançado dessa evolução encontra-se, no mercado imobiliário, na instituição do Sistema Financeiro Imobiliário (Lei 9.514/1.1997), e, no âmbito da economia rural, nas Leis 8.929/1.994 e 11.076/2.004, vistas na primeira parte.

No fundo, os critérios relevantes em termos de regime diferenciado dizem respeito aos tipos de bens em causa e à função por eles desempenhados na atividade do devedor. Certamente, em alguns casos, isso está em íntima conexão com o ramo econômico em causa, conforme se vê no penhor agrícola, pois certos bens agrícolas têm características não encontradas em outros ramos de atividade. Mesmo aí, no fundo, são as características dos bens o critério decisivo para um tratamento especial.

A partir disso, é consistente a tese de que os critérios a partir dos quais as legislações especiais se organizaram não se sustentam em razões de fundo, abrindo-se a possibilidade de superar certas barreiras formais existentes entre elas. Um exemplo: qual a diferença entre um hipotético penhor de estoque nos diversos ramos econômicos em causa? Pondo-se a questão de modo mais específico, questiona-se: qual a diferença decisiva entre um penhor rural incidente sobre um rebanho e um penhor industrial/mercantil incidente sobre veículos componentes do estoque de veículos de uma montadora/concessionária? Eis uma questão inusitada.

Poder-se-ia pensar haver diferenças consideráveis entre eles. Por exemplo, os veículos têm um regime próprio de garantia, requerendo, dentre outros requisitos,

registro no órgão de trânsito (questão nem mesmo cogitável em se tratando de um estoque de veículos novos, ainda não emplacados). Um veículo, contudo, pode inserir-se no mercado de diversos modos, fator não negligenciável para a disciplina das garantias. No que aqui interessa, parte-se da constatação de que uma garantia incidente sobre um veículo tem um regime diverso de uma garantia incidente sobre um conjunto de veículos componentes do estoque de uma concessionária. Neste caso, a garantia tem por objeto o conjunto, cujos elementos irão variar ao longo do tempo, mantendo a garantia a sua identidade, não devendo ser exigido o registro no órgão de trânsito. A identidade dos veículos somente se tornará relevante em eventual execução, ocasião em que, quando da penhora, serão identificados os veículos componentes do estoque naquele momento, a suportarem a execução. Algum desses veículos poderá estar sujeito a uma garantia específica, registrada no órgão de trânsito. Mas isso em nada prejudica o argumento, pois se trata de um mero conflito de garantias, a ser resolvido por meio das regras de prioridade, sendo necessário, apenas, decidir o critério aplicável. Assim, a garantia de um estoque de veículos funciona do mesmo modo que a garantia sobre um rebanho, não obstante o ramo econômico em causa seja radicalmente diverso. É possível a existência de diferenças de detalhe, mas elas não prejudicam o entendimento na sua globalidade.

Enfim, do ramo econômico, abstratamente considerado, não decorrem critérios decisivos para a determinação do regime das garantias mobiliárias, que se liga, no essencial, aos tipos de bens e ao modo como eles se inserem na atividade econômica do devedor. Daí ser consistente a comunicação de regimes, desconsiderando-se os critérios formais a partir dos quais as garantias costumam ser catalogadas.

Inserir a alienação fiduciária em garantia nesse conjunto já é mais problemático. A função é a mesma do penhor, mas a estrutura varia um pouco. Em um caso jurisprudencial adiante tratado³²⁷, por exemplo, o TJRS entendeu ser necessário converter uma garantia fiduciária em pignoratícia para viabilizar a rotação. Discorda-se do posicionamento. Conforme foi visto na primeira parte, a possibilidade de rotação está pressuposta na lei quando é admitida a garantia

³²⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 70063923890*. Sexta Câmara Cível. Relator: Rinez da Trindade. Julgado em: 19 nov. 2015.

fiduciária para os bens fungíveis. O contrário seria imobilizar os bens nas mãos do devedor, extraindo-os da circulação, solução flagrantemente insatisfatória.

Uma possibilidade a esse respeito é oxigenar o regime das garantias fiduciárias a partir da disciplina dos penhores especiais. O obstáculo dogmático comumente levantado liga-se à natureza e à teleologia do instituto³²⁸. Do direito alemão é possível extrair argumentos para afastar as considerações “ontologistas”³²⁹: conforme observou Claude Witz³³⁰, a jurisprudência alemã chegou a soluções que a natureza jurídica atribuída aos direitos decorrentes da fidúcia não permitiria, ficando clara a relatividade da natureza jurídica convencionalmente atribuída a um instituto, principalmente quando as necessidades práticas impõem o seu emprego em termos diversos dos considerados adequados pelos teóricos, preservados os princípios de ordem pública.

Indo adiante, não há diferenças funcionais entre os diversos tipos de garantias mobiliárias. Quanto à estrutura, as divergências são bem menores do que se costuma conceber, não se conseguindo perceber as grandes afinidades entre a garantia fiduciária *tipificada* no Brasil e os chamados penhores especiais porque é comum tomar os conceitos pelo seu “valor de face”. Um exemplo disso é o entendimento – bem refletido? – de que a alienação fiduciária em garantia gera um direito real *em* garantia: tratar-se-ia do direito de propriedade *em função de* garantia, não de um direito real de garantia verdadeiro e próprio. Assim sendo, resolver-se-iam os problemas gerados pelo instituto a partir da dogmática do direito de propriedade.

³²⁸ Conforme já visto, razões “ontologistas” foram empregadas para afastar a possibilidade de garantias fiduciárias sobre bens fungíveis, pois autores como Orlando Gomes, Paulo Restiffe Neto, Paulo Sérgio Restiffe e Melhim Namem Chalhub qualificaram isso como uma aberração incompatível com a natureza do instituto. Obviamente, esse tipo de raciocínio é incompatível com a rotação. Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, por exemplo, referem que a substituição do bem é possível, mas implica a extinção da garantia original e a constituição de uma nova, com todas as formalidades, inclusive o registro. Referem hipóteses de substituição autorizadas por resolução do Banco Central, mas seriam exceções (RESTIFFE NETO; RESTIFFE, 2000, p. 628-629). Os mesmos autores defendem que a previsão do art. 45 do Decreto-Lei 413/1.969, relativo ao financiamento da aquisição de matéria prima para transformação, somente é possível para o penhor (Ibidem, p. 191).

³²⁹ A apresentação das práticas alemãs que confirmam essa afirmação já foi esboçada em nota e será retomada adiante, quando forem abordadas as cláusulas de rotatividade da garantia, no próximo capítulo.

³³⁰ WITZ, 1981, p. 267.

Somente seria possível aderir à ideia se em causa estivesse a verdadeira fidúcia³³¹. O instituto brasileiro, contudo, foi tipificado e tem tanto de fiduciário quanto tem de *trust receipt as security*. Adota-se aqui o termo "fiduciária" apenas porque, além de estar na lei, está consagrado no direito pátrio. Mas sem convencimento. A moldura conferida às garantias fiduciárias foi a de um direito real de garantia peculiar, distante da verdadeira fidúcia.

O que se fez foi instituir uma garantia real dotada de *exclusividade* (o penhor conta apenas com a preferência) e de um regime especial de execução. Da propriedade, o legislador utilizou apenas o estritamente necessário para instituir esse regime peculiar. Tudo o mais foi limado pela função garantia, que desbastou tão radicalmente a estrutura da pretensa propriedade a ponto de instituir um novo tipo de garantia verdadeiro e próprio, apesar de dotado de peculiaridades que lhe conferem maior força. O fato de o termo utilizado ser "propriedade" não deve impedir o raciocínio de penetrar na verdadeira estrutura das posições jurídicas desenhadas pelo legislador.

Parece haver uma tendência a reduzir as garantias aos modelos tradicionais e todo o instituto, para receber tal qualificação, deve enquadrar-se em um dos mecanismos desenvolvidos pela tradição³³². Isso não é, contudo, uma necessidade, sendo possível reconhecer outras modalidades de garantias verdadeiras e próprias dotadas de técnicas diversas das tradicionais.

É isso que explica o regime da "propriedade fiduciária", muito distante do regime do direito de propriedade, pois a função de garantia própria ao instituto, repete-se, lhe "penetrou" fundo na estrutura, radicalmente reconfigurada. Se a

³³¹ A esse respeito, exemplificativamente, Moreira Alves observa que a noção de direito real em garantia somente é aplicável aos negócios fiduciários próprios, sendo uma impropriedade técnica utilizá-la para tratar de uma garantia tipificada pelo legislador (ALVES, 1987, p. 158, et. seq.). Em outro ponto, o autor esclarece que, nos negócios jurídicos típicos, como na alienação fiduciária em garantia brasileira, não há, tecnicamente, fidúcia (Ibidem, p. 30 et. seq.). Sobre esse ponto, Darcy Bessone de Oliveira Andrade traz ensinamentos claríssimos: na alienação fiduciária em garantia não há fidúcia, pois o instituto é comandado pela lei em todos os seus aspectos: há "um esquema legal rígido, ao qual as partes devem se submeter" (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 452). E complementa: no direito brasileiro, "tudo se passa no campo da *realidade*" (Ibidem, p. 456). A mesma ideia se extrai da exposição de Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, destacando que as posições das partes estão tipificadas, não havendo lugar para a fidúcia: a confiança demandada pela figura é a comum dos negócios jurídicos em geral (RESTIFFE NETO; RESTIFFE, 2000, p. 331).

³³² Veja-se, por exemplo, a afirmação de Cattaneo: "[...] il sistema dei diritti reali apparire addirittura congelato o cristallizzato nella forme tramandateci dalla tradizione romanistica. Azinché uno schema generale dal contenuto variabile, come l'obbligazione, troviamo qui una cerchia limitata di tipi fissi, rimasti in gran parte gli stessi fin da tempi assai remoti." (CATTANEO, 1965, p. 952.)

propriedade foi o ponto de partida, não permaneceu no ponto de chegada. Todos os benefícios econômicos, riscos e cargas (exemplo: tributos) próprios do regime da propriedade permanecem com o fiduciante³³³. Lembra-se o ensinamento de Clóvis Bevilacqua: as garantias reais se diferenciam dos demais direitos reais pelo fato de que elas “Não destacam da coisa, sobre que recaem (salvo a antichrese), quaisquer utilidades econômicas em benefício do titular ; dão-lhe, somente, o poder de se pagarem pelo valor ou pelos produtos dela.”³³⁴. Um exemplo exato desse ensinamento, sem nada tirar ou pôr, extrai-se do regime brasileiro das garantias fiduciárias.

Há entendimento de que o fiduciante é um mero titular de direito eventual dotado de poderes conservativos³³⁵. Já se percebeu, contudo, que isso é insustentável, pois a posição do fiduciante tem um conteúdo positivo amplo inquestionável. Sobre isso, remete-se aos ensinamentos de Cattaneo, acima reproduzidos. Mesmo assim, a doutrina brasileira sempre insistiu na desqualificação da posição jurídica do fiduciante para, em detrimento dela, conferir substância à posição do fiduciário, definindo-a como um direito de propriedade em função de garantia. Francisco Eduardo Loureiro, por exemplo, frente ao inquestionável conteúdo positivo e atual da posição do fiduciante, sustentou que ele pode usufruir da coisa porque é um possuidor de boa-fé³³⁶. Assim, todo o conteúdo jurídico da propriedade seria mantido com o fiduciário. O argumento, contudo, peca pela base, pois o fiduciante não tem apenas a posse, mas o *direito* à posse, o que é muito diferente. Eis um elemento jurídico dando substância atual e positiva à sua posição. Ademais, muitos dos poderes do fiduciante não têm qualquer referência à posse, sendo, antes, direitos componentes da sua amplíssima posição jurídica: nela, como dito, se inserem todos os direitos inerentes à propriedade, com exceção dos empregados para compor a garantia exclusiva do fiduciário.

³³³ Nas garantias fiduciárias aplicáveis aos imóveis, por exemplo, nem mesmo incide o imposto de transmissão por ocasião da constituição da garantia, em conformidade com o regime das demais garantias reais, nos termos do art. 156, II da Constituição Federal, combinado com o art. 26, § 7º da Lei 9514/1997, estabelecendo que o imposto apenas incide em caso de consolidação da propriedade em nome do fiduciário.

³³⁴ BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, v. 3, p. 316.

³³⁵ Nesse sentido, por exemplo: RESTIFFE NETO; RESTIFFE, 2000, p. 327.

³³⁶ Em comentário ao art. 1.363 do Código Civil, o autor sustenta o seguinte: “[...] Se a posse é justa – e, portanto, de boa-fé – tem [o devedor-fiduciante] direito também à percepção dos frutos, embora não diga expressamente a lei, enquanto perdurar a boa-fé.” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007, p. 1245).

Em complemento dessa posição, Francisco Eduardo Loureiro explica a manutenção dos riscos da coisa com o fiduciante sustentando a não aplicabilidade da regra *res perit domino*, pois teria ocorrido o deslocamento legal dos riscos quanto à coisa³³⁷. Impõe-se afirmar, em contraposição a esse entendimento, que não houve nenhum deslocamento: trata-se da distribuição dos riscos própria da figura tal qual tipificada. A percepção de que houve deslocamento dos riscos decorre da distorção gerada por partir-se do direito de propriedade para a análise da figura, como se o legislador, efetivamente, tivesse atribuído ao fiduciário o direito de propriedade, para, após, esvaziá-la de todo o seu conteúdo típico. O fato é que se trata de um direito real de garantia peculiar, assim tratado pelo legislador, apesar do emprego de meios transversos.

Dessas afirmações decorrem melhores pontos de partida para definir com quem está a titularidade do direito de propriedade. Uma opção, inspirada no *trust*, seria defender a dicotomia desse direito³³⁸. A solução, além de não ser bem aceita no Brasil, não parece necessária³³⁹. Afastada essa hipótese e descartado que o fiduciário seja um real proprietário, conforme se vem defendendo, pois dotado de um direito real de garantia especial, resta o entendimento de que o titular da propriedade é o fiduciante.

Trata-se, contudo, de um entendimento – aparentemente – contrário ao estabelecido na lei. Mas uma coisa é o que a lei diz; outra é o que faz. Em outros termos, o nome empregado para denominar um instituto não é tão relevante na sua categorização quanto o regime jurídico a ele conferido. É possível que, por razões diversas (por descuido ou por estratégia), o legislador acabe por adotar termos impróprios. A menos, contudo, que a ciência jurídica seja escrava da terminologia jurídica aleatória empregada pelo legislador, cabe ao intérprete estudar o real

³³⁷ Ibidem, p. 1245.

³³⁸ Sobre isso: NOGUEIRA, André Carvalho. Propriedade fiduciária em garantia: o sistema dicotômico da propriedade no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 39, 2008, p. 56.

³³⁹ Também sobre o *trust*, tentando explicá-lo de modo inusitado, Lepaulle defendeu que a propriedade fica sem titular, constituindo-se um patrimônio autônomo, apenas administrado pelo *trustee* (algo próximo a uma fundação), posição acolhida no Código Civil de Québec. Como dito, trata-se de uma posição doutrinária inusitada, longe de ser cogitável no Brasil. Sobre isso, ver: CUMYN, Madeleine Cantin. La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires. In: CONGRES INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE, 15., Bruylant, Bruxelles, 1999. *Rapport Général*, p. 11-30, p. 24-25; e CUMYN, Madeleine Cantin. Réflexions autour de la diversité des modes de réception ou d'adaptation du trust dans les pays de droit civil. *McGill Law Journal*, v. 58, n. 4, p. 811-825, 2013, p. 821-822.

conteúdo dos institutos e, a partir disso, guiar-se no mundo jurídico, pondo em evidência as impropriedades legislativas.

A esse respeito, quanto às "garantias fiduciárias" disciplinadas no Brasil, o termo "propriedade fiduciária" parece ser impróprio. Trata-se, repete-se, de um direito real de garantia verdadeiro e próprio, diferente dos tradicionais. Com efeito, todo o conteúdo característico do direito de propriedade tal qual concebida no direito brasileiro permanece com o fiduciante, compondo a sua posição jurídica, com exceção do que foi extraído para compor o direito real de garantia exclusiva do fiduciário³⁴⁰.

Seguindo a operação o seu curso normal, contudo, tudo será reabsorvido pela posição do fiduciante, que se expandirá até atingir a plenitude do direito. Sobre esse aspecto, a doutrina costuma identificar a "essência" do direito de propriedade no "direito à substância da coisa", conforme já fora explicado por Lafayette³⁴¹, associada ou confundida com o seu poder de expansão. Trata-se de posição mantida pelo fiduciante, pois a propriedade apenas consolidar-se-á na posição do fiduciário em casos de anormalidade. Mesmo nesta hipótese eventual, a função garantia continuará pesando sobre a sua posição, pois o fiduciário deverá vender a coisa para pagar-se, devolvendo ao fiduciante o excesso. Em outros termos, a posição jurídica do fiduciário nunca vai além do limite da extração do valor da coisa para pagar-se, traço característico dos direitos reais de garantia tradicionais, com a diferença, repete-se, de que o fiduciário pagar-se-á com exclusividade nos limites do valor do seu crédito e da abrangência da garantia.

Conforme vai ficando claro, muito da questão estudada ao logo deste capítulo está no jogo estrutura-função, e o entendimento exposto ganha conforto na evolução jurídica brasileira, principalmente após o Código Civil de 2.002, que conferiu maior

³⁴⁰ Moreira Alves também entende que a propriedade fiduciária é diversa dos demais direitos reais tipificados, defendendo tratar-se de uma nova modalidade de direito real (ALVES, 1987, p. 158 et. seq.). Essa posição jurídica caracteriza-se, dentre outros aspectos, pela inexistência de conteúdo econômico enquanto pendente a condição; defecta a condição, o conteúdo da posição do fiduciário altera-se, podendo ele entrar na posse do bem, mas com o dever de venda e restituição do excesso. Mas o autor ainda recorre à noção de propriedade para explicar a figura, defendendo tratar-se de uma espécie de propriedade limitada. Para isso, argumenta com a elasticidade do direito de propriedade (ALVES, 1987, p. 165 et. seq.), que pode ser comprimido a ponto de reduzir-se a mero título jurídico formal. Nessa esteira, o autor defendeu o projeto do atual Código Civil ao tratar da matéria no capítulo da propriedade, contrapondo-se aos defensores da transferência do instituto para o capítulo dos direitos reais de garantia, pois, mesmo sendo um direito real de garantia, o instituto não configura um *ius in re aliena* (Ibidem, p. 259 et. seq.).

³⁴¹ PEREIRA, L. R., 2004, v.1, p. 108.

relevância jurídica à função dos institutos, pondo-se abaixo certas barreiras formais³⁴².

No direito das garantias, aspectos funcionais já deram origem a discussões clássicas, por exemplo, quanto à vedação do pacto comissório instituída no art. 765 do Código Civil de 1916: a vedação aplica-se apenas às garantias típicas ou a todos os institutos utilizados para fins de garantia? A se valorizar o perfil funcional, a proibição tem amplo espectro. Moreira Alves enfrentou a questão a respeito da retrovenda com escopo de garantia, defendendo tratar-se de negócio indireto³⁴³. Assim sendo, o escopo não tem relevo causal: permanece no plano dos motivos e é irrelevante³⁴⁴. Se o escopo de garantia é irrelevante, a disciplina é a da compra e venda e a operação não sofre nenhuma consequência do regime das garantias, não lhe sendo aplicável a proibição do pacto comissório. Não se vai adotar posição sobre o tema, mas é indubitável que o Código Civil/02, ao conferir maior relevância jurídica à função dos institutos, torna a posição mais difícil. Por certo, não cabe falar em invalidade ou em requalificação tipológica por razões funcionais. Mas se torna discutível a possibilidade de contornar certos limites arraigados à liberdade contratual empregando-se tipos moldados para outros fins em função de garantia. Essa dificuldade resulta da relevância jurídica da função, conduzindo à convergência de disciplina, não obstante a existência de diferenças formais e estruturais.

Em suma, a identidade de função conduz a um enfraquecimento das barreiras formais, possibilitando a aproximação dos regimes das garantias e a comunicação

³⁴² Trata-se, contudo, de um caminho perigoso para o direito das garantias, no qual se deve andar com muito cuidado. O direito norte-americano do *UCC*, por exemplo, adotou um radical perfil funcional e unitário calcado na noção de *security interest*: a função garantia atrai a disciplina do artigo 9. Como tal regime vem influenciando as iniciativas de uniformização e as reformas de outros direitos, há o risco do transplante irrefletido dessa perspectiva, com potencial para a “diluição” dos regimes de garantia receptores, sem que seja possível aferir quais seriam as consequências daí resultantes. Trata-se de uma perspectiva enfrentada em artigo já referido, o qual, além de discutir criticamente tal perspectiva, referiu que alguns países, apesar de receberem influência do regime norte-americano, não adotaram o perfil funcional radical dos EUA, a exemplo do Código Civil do Québec (BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine. Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions. *McGill Law Journal*, v. 44, 1999, p. 567-664. Disponível em: <<http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/6745487-44.Bridge.pdf>>. Acesso em: 2018, p. 570.). Parece que o mesmo é possível concluir da reforma francesa. Apesar da confessada influência norte-americana, ela foi articulada com os princípios tradicionais franceses a respeito da matéria, conforme exposto na tese já citada de Corine Dauchez, que explora essa “solução de compromisso” ao tratar do princípio da especialidade objetiva.

³⁴³ ALVES, José Carlos Moreira. *A retrovenda*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 15 et. seq.

³⁴⁴ Essa concepção de negócio indireto é a mesma de Orlando de Carvalho, em artigo excepcional a respeito do tema: CARVALHO, Orlando de. Negócio jurídico indirecto. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. 10, p. 1-149, 1952.

de disciplina, respeitadas, por óbvio, as peculiaridades estruturais de cada tipo e os princípios de ordem pública. Em não sendo posta em causa as peculiaridades tipológicas, é viável o diálogo de disciplina em vista da função, do que podem ser extraídas pautas para alinhar o conjunto do regime das garantias com as necessidades econômicas dos dias de hoje.

Em síntese, embora não seja viável uma proposta tendente à equivalência entre a alienação fiduciária em garantia e os ditos penhores especiais, pois são tipos de garantias diversos, é possível explorar a relevância jurídica hoje atribuída à função para defender o compartilhamento de certos aspectos do regime jurídico dos referidos tipos de garantias, tendo em vista a identidade funcional. Isso tem relevo para esta tese, uma vez que as diferenças estruturais das figuras em causa não se refletem no aspecto que interessa, qual seja, o funcionamento da garantia em relação ao objeto.

Concluindo, a propriedade fiduciária, apesar do nome e das especificidades, é tão direito real de garantia quanto as garantias reais tradicionais, podendo compartilhar aspectos importantes da sua disciplina jurídica. Trata-se de uma posição teórica que recebeu reconhecimento legislativo em 2014, com a nova redação dada ao art. 1.367 do Código Civil:

Art. 1.367. A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231.

Em complemento ao exposto, recorre-se, uma vez mais, aos artifícios adotados pelos alemães para construir soluções adequadas às necessidades econômicas que se faziam sentir no final do Séc. XIX. O aspecto a ressaltar nesse ponto é o seguinte: quando a experiência alemã conseguiu consolidar a superação do obstáculo decorrente da vedação legal ao penhor sem desapossamento, mediante o emprego dos negócios fiduciários, voltou ao penhor por ocasião do concurso de credores, conferindo ao credor garantido apenas o direito de preferência³⁴⁵. O que se tem aí? O império da função garantia, reconduzindo a figura

³⁴⁵ Ver, a respeito, Rolf Serick, referindo tratar-se da atuação do chamado “princípio de conversão” em caso de insolvência (SERICK, 1990, p. 87-88).

à proporcionalidade: após consolidado o resultado buscado (garantia mobiliária sem desapossamento), mediante o recurso a um expediente habilidoso, mas radical (o negócio fiduciário dota o credor de uma garantia exclusiva), realizou-se o ajuste de proporcionalidade imposto, segundo a sensibilidade jurídica dos alemães, pela função garantia (emprego da disciplina do penhor no concurso de credores, dotando a garantia de mera preferência)³⁴⁶.

No direito brasileiro, a exclusividade está fixada em lei, sendo intocável. Fora isso, encontra-se espaço para a função garantia ser explorada, permitindo a construção de soluções mais ajustadas com as necessidades econômicas. Em outros termos, ganha legitimidade a categoria do contrato de garantia mobiliária em gênero.

Como se vê, há meios técnicos disponíveis a serem explorados para conduzir o direito das garantias mobiliárias por caminhos mais promissores, não sendo a tipicidade legal estrita uma solução inevitável.

Visto isso, resta identificar os principais obstáculos comumente levantados a esse respeito e enfrentar alguns entendimentos que continuam dominando o pensamento jurídico e impedindo o direito das garantias mobiliárias de se desenvolver com maior desenvoltura. Eis o objetivo do próximo tópico deste capítulo, que acrescentará outros elementos à fundamentação jurídica de um direito das garantias mobiliárias mais aberto, capaz de acolher as garantias rotativas.

2 Os conflitos de interesses postos pelas garantias mobiliárias e os seus novos pontos de equilíbrio

No direito das garantias firmado na modernidade, a garantia mobiliária básica é o penhor possessório, cujo regime gira em torno da posse. A própria fonte da garantia é um contrato real (pela formação), cuja conclusão decorre da entrega da posse ao credor.

³⁴⁶ É notável aqui uma convergência com a sensibilidade jurídica dos romanos. Sobre isso, Claude Witz, tratando da fidúcia, questiona as razões para se recorrer a uma técnica que “s’écarte du principe de la proportionnalité entre le but d’une opération juridique et les moyens techniques mis en oeuvre pour atteindre ce but”. A questão é grave, pois “le progrès tend à ce strict équilibre”, sendo um exemplo claríssimo disso o desenvolvimento do direito das garantias em roma: “l’aparition successive en droit romain de la fiducia cum creditore, du gage et de l’hypothèque que l’on présente généralement comme le résultat d’un affinement de la pensée juridique.” (WITZ, 1981, p. 17 e n. 3).

Além de elemento de formação do contrato, a posse é entendida como a base para a neutralização dos conflitos potencialmente decorrentes da atribuição de uma garantia mobiliária, aos quais a modernidade conferiu extrema relevância. Com efeito: a) o desapossamento do devedor é a base da proteção do credor, pois o devedor, privado da disponibilidade sobre a coisa, não pode desfaltar a garantia; b) o desapossamento do devedor, ao eliminar a aparência de propriedade, constitui a base da proteção da boa-fé de terceiros e, assim, da circulação; c) o desapossamento do devedor elimina a riqueza/solvabilidade aparente, neutralizando a possibilidade de enganos para potenciais emprestadores no momento da concessão de crédito, aí estando a base da proteção dos demais credores não garantidos; e d) o desapossamento do devedor neutraliza potenciais conflitos de garantias, pois impossibilita-lhe de constituir uma dupla garantia sobre o mesmo bem.

Nessa esteira, são antigos os ajustes sobre o papel da posse nas garantias mobiliárias, pois, há tempo, verificou-se que a questão não é, propriamente, a entrega da posse ao credor, mas, como inúmeras vezes enfatizado no parágrafo anterior, o desapossamento do devedor, eliminando-se a sua disponibilidade sobre a coisa, fonte dos problemas tradicionalmente associados às garantias mobiliárias. Isso possibilitou a concepção de garantias mobiliárias mediante a entrega da guarda da coisa a terceiro da confiança das partes, viabilizando-se operações dotadas de sofisticação, sendo o *warrant*³⁴⁷ um exemplo claro disso.

As soluções obtidas por tal meio, contudo, além de implicarem custos logísticos (com transporte e guarda, por exemplo), são parciais, pois apenas permitem a garantia quando o devedor pode privar-se do poder físico sobre a coisa. Como essa exigência costuma não ser viável, desenvolveram-se outras técnicas de controle e estabeleceram-se outros pontos de equilíbrio, viabilizando-se a ampliação das garantias mobiliárias sem o desapossamento do devedor. Em complemento, forjou-se o mecanismo da rotação, viabilizando-se as garantias sobre bens mantidos no processo econômico.

Como tais técnicas não atraíram muito a atenção dos estudiosos brasileiros, permanece inalterada a visão doutrinária tradicional contrária a tais garantias.

³⁴⁷ Sobre o tema no direito brasileiro, ver: MIRANDA JUNIOR, Darcy Arruda. *O "warrant" no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

Aparentemente, pensa-se que o desapossamento do devedor foi eliminado, instituindo-se o registro, tudo o mais permanecendo o mesmo. Em uma análise como essa, não há mesmo como construir um ambiente propício ao desenvolvimento das garantias mobiliárias não possessórias, apenas suportadas no âmbito restrito da autorização legislativa específica e clara. Garantia mobiliária de verdade é o penhor possessório, embora ele só seja encontrado em livros.

Assim, este capítulo não estará completo sem uma a apresentação, mesmo sucinta, da lógica da garantia mobiliária sem desapossamento do devedor e das novas bases para a superação dos inúmeros conflitos potenciais gerados pela sua atribuição, daí resultando um ambiente de visão mais favorável à expansão e sofisticação das garantias mobiliárias.

Antes de passar a isso, contudo, impõe-se um esclarecimento preliminar sobre o papel da posse nas garantias mobiliárias, pois ainda são fortes as repercussões de entendimentos há muito superados, mas que ainda guiam muitos espíritos, com potenciais impactos negativos sobre a (re)construção desse rico campo jurídico. Questiona-se: qual o papel da posse na constituição das garantias mobiliárias nos dias de hoje? A resposta é simples: excluídas as garantias sobre títulos de crédito, a posse tem um papel pouco relevante. Mesmo para os títulos de crédito, a função da posse vai perdendo relevo à medida que tais títulos se desmaterializam.

Conforme visto, o direito brasileiro nunca se deixou seduzir completamente pelo entendimento moderno sobre as garantias mobiliárias firmado na Europa. Além disso, apesar de o Código Civil de 1.916 ter elevado o penhor possessório ao *status* de garantia mobiliária básica, a evolução legislativa posterior foi eliminando os resíduos da posse nos chamados penhores especiais, que se generalizaram, com o esvaziamento do penhor tradicional. Ainda, foi instituída a alienação fiduciária em garantia, que adquiriu grande importância e não depende da posse.

Segundo o entendimento doutrinário consolidado, contudo, as garantias mobiliárias continuam girando em torno da posse, sendo as garantias sem desapossamento do devedor vistas como exceção à regra. O que explica isso?

Um bom ponto de partida para enfrentar a questão é lembrar que os juristas brasileiros do Séc. XIX, habilmente, argumentaram a partir do direito romano e, recorrendo ao constituto possessório, legitimaram a manutenção do bem empenhado com o devedor no penhor mercantil. Trata-se de engenho baseado em

uma ficção jurídica, um dos principais instrumentos da jurisprudência em épocas de transição de um sistema a outro, conforme observação feita por Maiorca. Quanto à *traditio ficta*, refere o autor, não é *traditio*, mas uma solução de compromisso própria das ficções no direito, comumente utilizadas para satisfazer algum requisito exigido pelo direito estrito: “*un requisito che il commercio giuridico rifiuta e che, perciò, si finge esistente*”³⁴⁸.

Mas a ficção cumpriu a sua finalidade e o legislador a dispensou, instituindo meios diretos de realização do fim visado. Para isso, conforme visto na primeira parte, foi instituída a publicidade registral, equivalente, também já se referiu, a uma tradição solene. Além disso, conforme será visto adiante, foram forjados outros meios de controle voltados a superar os conflitos potenciais das garantias não possessórias. A doutrina, contudo, insiste na ficção, pretendendo “essencializá-la”.

O tema não vai ser desenvolvido, mas se impõe assentar que os chamados penhores especiais formam um tipo diferente do penhor tradicional. É a adoção do mesmo nome que impede de ver isso. Trata-se, certamente, de um instituto surgido no seio do penhor tradicional, valendo-se do constituto possessório, mas que dele se desprende e se autonomizou. Tratando de questões dessa natureza, Ascarelli³⁴⁹ refere ser comum o nascimento dos novos institutos no interior das velhas formas, utilizadas como um meio estável para a satisfação de renovadas funções. A doutrina deve estar atenta a isso e um dos seus papéis pode ser identificar a formação dos novos institutos, estabelecer os seus contornos e contribuir com o seu aperfeiçoamento. No caso dos chamados penhores especiais, eles já se autonomizaram e o legislador, há décadas, atestou o nascimento. Só a doutrina ainda não percebeu. Como consequência, com os olhos presos à velha figura, entendida como regra, não se consegue ver a nova, suportada como exceção.

Veja-se, então, até onde conduz essa posição, seguindo-se, por todos, os passos de Pontes de Miranda. As discordâncias quanto às posições do autor referem-se tanto aos critérios de distinção entre o penhor e a hipoteca mobiliária, quanto às razões pelas quais a posse sempre esteve em íntima ligação com as garantias sobre bens móveis. Inicia-se pela última questão.

³⁴⁸ MAIORCA, 1938, p. 59.

³⁴⁹ ASCARELLI, Tullio. *O negocio juridico indirecto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965.

Pontes de Miranda é de uma insistência obsessiva na defesa da indispensabilidade da posse no penhor, retomando o tema diversas vezes. A leitura dos tomos XX e XXI do *Tratado*³⁵⁰ deixa clara a pretensão do autor em destacar a importância da teoria brasileira da posse, apresentada no Tomo X³⁵¹, cuja excelência é utilizada para fustigar, de modo insistente, os juristas franceses, apontados como ignorantes a respeito da teoria científica da posse³⁵².

Da excelência do direito brasileiro da posse, alinhado com o modelo alemão, não se duvida³⁵³. Mas o direito das garantias não é o ambiente para a lucubrações sobre teoria científica da posse, muito menos pode ser manipulado para servir de exemplo da excelência da teoria brasileira. Pondo-se a questão em termos de pura teoria da posse, com desprezo das razões pelas quais sempre se discutiu a posse nas garantias mobiliárias, só se obtém discussões dogmáticas vazias.

Em primeiro lugar, a legislação especial é expressa em declarar que o registro é constitutivo do penhor, não dando relevo para a posse³⁵⁴. Pontes de Miranda percebe isso: frente a ausência de referência à posse na legislação especial, sustenta que a posse é o princípio no direito brasileiro das garantias mobiliárias³⁵⁵, apenas não havendo posse quando excluída expressamente pela lei, caso em que o ordenamento adota a hipoteca mobiliária, não o penhor. Segundo esse entendimento, na concepção brasileira, o penhor exige atribuição da posse, pois nenhuma lei sobre os penhores especiais diz que se pode constituí-lo sem posse. Nestes opera o constituto possessório (apenas excepcionalmente admitido pela lei),

³⁵⁰ MIRANDA, 2012, v. 20 e v. 21.

³⁵¹ *Ibidem*, v. 10.

³⁵² Veja-se, a respeito, as afirmações feitas em *Ibidem*, v. 20, p. 129, no sentido de que, em tais ordenamentos jurídicos, fala-se em constituição do penhor sem transferência da posse (*sans déposition*), mas ainda se discute se o locatário ou o comodatário é possuidor, pois não há conceito de posse imediata. Tais juristas, segundo Pontes, engatinham em termos de teoria científica da posse. No mesmo sentido, *Ibidem*, v. 20, p. 138 e 140-143.

³⁵³ A base da teoria brasileira está em que a posse prescinde de *animus* e *corpus*, possibilitando o atendimento fácil das necessidades econômicas (sobre isso, ver: MIRANDA, 2012, v. 10). Uma das vantagens aí implicadas está na possibilidade de desdobramento da posse em direta e indireta, o que, para Pontes, encontra uma aplicação importante no âmbito das garantias mobiliárias, pois isso permite explicar os penhores especiais: embora o credor seja despojado do poder físico sobre a coisa, ele permanece com a posse indireta do bem. Assim, mesmo que o devedor permaneça com a coisa em seu poder, podendo explorá-la, o credor ainda é possuidor, tendo-se um penhor possessório.

³⁵⁴ Veja-se, a título meramente exemplificativo, o disposto no art. 1º, da Lei 492/1937: “Art. 1º Constitue-se o penhor rural pelo vínculo real, resultante do registro, por via do qual agricultores ou criadores sujeitam suas culturas ou animais ao cumprimento de obrigações, ficando como depositários daqueles ou destes.” A mesma solução foi repetida nas diversas leis que disciplinaram os penhores especiais e foi acolhida pelo art. 1.338 do atual Código Civil.

³⁵⁵ Ver, a respeito, MIRANDA, *op. cit.*, v. 20, p. 606 et. seq., p. 630. e p. 635 e v. 21, p. 124.

ficando o empenhante com a posse imediata, transferindo ao titular do penhor a posse mediata (da qual decorre a possibilidade de utilizar as ações possessórias). Assim, os chamados penhores sem posse seriam penhores com posse mediata. Eis, como dito, a tentativa de essencializar a ficção utilizada pelos juristas do Séc. XIX.

Não se vislumbra, contudo, que a atribuição da posse mediata do bem ao credor tenha grande relevância na teoria das garantias mobiliárias, pois a verdadeira questão sempre esteve do outro lado da relação: o problema era o desapossamento do devedor, tradicionalmente ligado às questões da aparência jurídica e da segurança do tráfico. Assim, descontada a utilidade histórica da ficção jurídica, a concepção do desdobramento da posse não aporta grande rendimento à construção da teoria das garantias mobiliárias.

No fundo, a única utilidade do desdobramento da posse nas garantias mobiliárias é possibilitar a proteção possessória ao credor³⁵⁶. Mas as legislações especiais sobre as garantias mobiliárias sempre lhe ofertaram meios de defesa alternativos. No direito atual, a evolução mais recente do processo civil, pautada pela ideia de processo como técnica de tutela efetiva dos direitos, vai minando a importância da proteção possessória quando se trata da defesa de posições jurídicas. Mesmo aceitando que a posse tenha utilidade para o credor, nem por isso se justificaria a insistência em defender que ela é essencial ao penhor, pois está em causa mero interesse particular seu. Se ele obtiver a posse mediata, tanto melhor para a sua posição. Não a obtendo, a questão não muda quanto às razões pelas quais a dispensa da posse é realmente problemática nas garantias mobiliárias, relacionadas, repita-se, ao desapossamento efetivo do devedor.

Em suma, a concepção científica da posse não tem ligação qualificada com os problemas tradicionalmente postos pelas garantias mobiliárias. Com efeito, mesmo desdobrando-se a posse, o devedor continua tendo disponibilidade física sobre a coisa, permanecendo de pé as questões relativas à aparência jurídica e à segurança do tráfico. Adiante, alguns aspectos dessa questão serão retomados.

Além disso, o raciocínio de Pontes conduz a posições sem muito sentido. Cita-se um exemplo. O autor dá bastante ênfase ao art. 791 do Código Civil de

³⁵⁶ O próprio autor deixa isso claro: MIRANDA, 2012, v. 20, p.148: “a posse publica. Quando não o faz, exige-se o registro. Ocorre que a publicidade não é a única função da posse: o ter posse é garantir-se. Daí que, mesmo quando o registro é indispensável, continua a ser exigida a posse (CCom, art. 274 e Cciv, art. 769).”

1.916, considerado dispositivo da maior importância, pois provaria que, no Brasil, não há penhor sem posse: mesmo no penhor de crédito *non incorporado*, a posse dá-se pelos documentos, pertencentes do crédito (pois não há incorporação do direito pelo título)³⁵⁷. O artigo referido, contudo, disciplina o penhor de títulos de crédito (ou seja, de títulos que incorporam direitos), no qual a posse, efetivamente, faz sentido, pois se trata de documento necessário e suficiente para o exercício do direito. Em se tratando de crédito comum, contudo, a posse do documento não tem o mesmo significado, pois não se trata de documento essencial para o exercício do direito. É por isso que, no Código atual, flagrantemente, a entrega do título não é requisito constitutivo, mas mero dever do garante, podendo ser dispensado pelo credor (art. 1.452, parágrafo único). A contrário senso, o titular do penhor tem direito à posse do título, o que não se confunde com a própria posse, tratando-se, ainda, de direito decorrente do penhor e sem papel decisivo.

Bem vistas as coisas, a posição de Pontes reduz-se a puro dogmatismo (e a uma grande implicância com os juristas franceses).

Justiça seja feita, a defesa de posições carentes de substância a respeito da posse nas garantias mobiliárias não é uma particularidade brasileira, conforme se vê, exemplificativamente, na exposição feita pelo jurista francês Daniel Fasquelle³⁵⁸, em meados da década de noventa, a respeito de duas leis francesas, de 1.981 e 1.983, que buscavam disciplinar a desmaterialização dos *valeurs mobilières*, estabelecendo novos procedimentos para o seu *nantissement*. Segundo o autor, a redação de tais leis foi apressada e ruim, falhando em aspectos técnicos e no enquadramento perfeito da figura. O legislador disciplinou a constituição do *nantissement*, mas não dispensou maior atenção à sua eficácia. Como resultado, surgiram grandes dificuldades no estabelecimento dos pontos de ancoragem e na construção do modelo do *nantissement des valeurs mobilières*. Assim, a lei não teria atendido aos interesses dos credores, dependentes de garantias estáveis, seguras, eficazes e de execução simples.

Buscando superar os problemas interpretativos postos pelas referidas leis, o autor, partindo da constatação de que o *code civil ne connaît de gage qu'avec*

³⁵⁷ Ver, sobre isso, MIRANDA, op. cit., v. 20, p. 606 et. seq. e p. 631-633 e v. 21, p. 147.

³⁵⁸ FASQUELLE, Daniel. Le nantissement des valeurs mobilières. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, v. 48, n. 1, p. 1-37, 1995.

*dépossession*³⁵⁹, concluiu que apenas a lei especial poderia dispensar a transferência da posse da coisa dada em garantia ao credor. Como as leis em causa não traziam disciplina expressa a respeito, o *nantissement des valeurs mobilières* constituiria um *gage avec dépossession*. Como consequência, o instituto atrairia a disciplina do direito comum codificado, com a necessidade da transferência da posse do bem ao credor (claramente, o raciocínio é o mesmo de Pontes de Miranda).

Isso muito embora a posse seja um instituto próprio dos bens materiais, conforme reconheceu o próprio autor, obrigado, assim, a recorrer ao artifício já conhecido da *dépossession fictive* e a sustentar que a transferência da posse se dá por declaração das partes. Mas não é só: o autor também reconheceu a possibilidade de a interpretação proposta estar em contradição com a *ratio* da lei, chegando a questionar se o alinhamento com o direito comum não eliminaria a eficácia do instituto estudado. Ainda, questionou a possibilidade de aplicação analógica de outras leis especiais, criadas para hipóteses análogas, mais ajustadas ao fenômeno objeto de estudo. Nenhum desses argumentos e dúvidas o dissuadiu a afastar-se do dogma consolidado de que as exceções ao direito comum do *gage* devem ser expressas.

O aspecto mais elucidativo deste exemplo está em que, bem vistas as coisas, o legislador convidava o intérprete a atuar. Tratando-se de legislação voltada a reger situação nova, seria mesmo de se esperar que fosse lacunosa e redigida sem rigor. Isso não constitui, necessariamente, um defeito, pois, em se tratando de fenômeno sem precedentes, possivelmente, inexistiam critérios abstratos previamente estabelecidos para seguir. Seria de se esperar a superação das imprecisões e lacunas da lei a partir de um enfoque prospectivo, no enfrentamento dos problemas práticos que fossem sendo postos pelas novas necessidades do tráfico. Como se viu, contudo, o intérprete negou-se a fazê-lo, insistindo, obstinadamente, em tentar construir o futuro com os olhos presos no passado, mesmo percebendo que os modelos herdados não eram aptos para acolher e dar vazão às exigências renovadas postas pela vida em sociedade. Eis a força do dogma *pas de gage sans dépossession sans texte*, que há muito dificulta o direito das garantias de se desenvolver.

³⁵⁹ Ibidem, p. 13.

Como se vê, tornou-se impossível construir o regime das garantias mobiliárias a partir da posse sem dar margem ao absurdo.

A outra questão prende-se ao fato de que a doutrina, ao menos a brasileira, nunca conseguiu distinguir muito bem a hipoteca mobiliária dos penhores especiais, pois, não conseguindo raciocinar as garantias mobiliárias sem referência à posse, nunca entendeu muito bem a lógica daquela garantia. Isso fica claro em Pontes de Miranda, ao explicar a afirmação de que penhor especial não é hipoteca com outro nome e vice-versa: a diferença é a posse, ausente na hipoteca mobiliária, mas presente nos penhores especiais, embora em forma mediata³⁶⁰. Assim, a presença da posse nas garantias mobiliárias, além de demonstrar a excelência da teoria brasileira da posse, seria importante para demarcar a linha divisória entre os penhores especiais e as hipotecas mobiliárias, que, de outro modo, poderiam confundir-se.

Inicia-se o teste da consistência das posições ponteanas com as surpreendentes razões pelas quais o autor considera justificável a não previsão da hipoteca mobiliária para os automóveis³⁶¹: para eles, não se justificaria a hipoteca, pois não se parecem tanto com as casas e os terrenos, ao contrário dos navios e aeronaves. Apesar da debilidade do entendimento, tem-se aí um bom ponto de partida: em que a proximidade com casas e terrenos é um aspecto relevante a ponto de atrair o regime hipotecário para certos bens móveis?

A resposta passa pelas características de alguns bens móveis, estreitamente ligadas ao seu sistema de circulação, com impacto sobre o regime jurídico a eles aplicável. Sobre isso, Luis Diez-Picaso³⁶² observa que os bens móveis não

³⁶⁰ MIRANDA, 2012, v. 21, p.57. Pontes de Miranda opõe-se, enfaticamente, à posição defendida por Clóvis Bevilacqua, no sentido de que o penhor rural é forma anormal de penhor, quase se confundindo com a hipoteca. A posição de Clóvis teve larga repercussão na doutrina posterior. Washington de Barros Monteiro, por exemplo, adota o mesmo entendimento, citando Clóvis (MONTEIRO, 1997, v. 3, p. 348-349). Silvio Rodrigues, da mesma forma, sustenta que os penhores especiais, a rigor, não cabem nos quadros do penhor (apesar de receberem o mesmo nome e aproveitarem muitas das suas regras). Quanto ao penhor rural, recai sobre imóvel (por destino ou acessão) e não exige tradição, sendo mais próximo da hipoteca (RODRIGUES, 1997, v. 5, p. 335). Pontes de Miranda, como visto, utiliza o desdobramento da posse para sustentar que os penhores especiais se mantêm dentro do regime do penhor, pois são penhores possessórios, com a peculiaridade de que a posse do credor é mediata. Como se vê, é impossível à doutrina raciocinar sobre as garantias fora do esquema binário penhor *versus* hipoteca, o que se explica, em muito, pelo fato de que fica dando voltas em torno da posse: se há posse, trata-se de penhor; se não há posse, trata-se de hipoteca.

³⁶¹ Ver, a respeito: MIRANDA, op. cit., v. 20, p.294, p. 301 e p. 349.

³⁶² DIEZ-PICAZO, 1996, v. 3, p. 207 et. seq.

constituem uma categoria homogênea, requerendo ulteriores classificações. Uma delas divide os móveis em registráveis e não-registráveis³⁶³ e tem por base a constatação de que alguns bens móveis de alto valor são dotados de perfeita identificabilidade, possibilitando-se a matrícula e a formação de sistema registral completo, ficando a sua circulação condicionada, necessariamente, ao registro³⁶⁴. A esse respeito, inclusive, tanto os automóveis se parecem com casas e terrenos – no aspecto relevante – que outros ordenamentos aplicam a hipoteca mobiliária a eles, ao invés do penhor³⁶⁵.

A partir disso, torna-se possível construir institutos jurídicos específicos para tais móveis especiais, sendo a hipoteca mobiliária um eloquente exemplo. Pontes de Miranda sabe disso, pois, em outra ocasião, tratando do penhor, refere que a fé pública do registro cobre apenas o gravame, cujo registro é o primeiro ato registral da vida do bem, nada dizendo a respeito da propriedade³⁶⁶. Diferente é o que ocorre na hipoteca, pois o registro reflete integralmente a situação jurídica do bem, tendo em vista a matrícula, atraindo todos os atos relativos à sua circulação.

Por tais razões, é possível dispensar a posse na hipoteca com grande facilidade, pois o sistema registral eficiente permite superar a questão da aparência jurídica, ligada ao poder físico sobre os bens móveis, que, repete-se, sempre foi o grande problema das garantias mobiliárias não possessórias. Enfim, a hipoteca mobiliária diferencia-se do penhor não possessório pelo seu regime jurídico específico, construído para aqueles bens móveis cujas características permitem a instituição de um sistema registral completo e eficiente.

³⁶³ No direito italiano, o *Codice Civile* acolheu, no art. 815, a categoria dos “Beni mobili iscritti in pubblici registri”, trazendo disciplina para a transcrição de atos relativos a alguns bens móveis (especialmente, os navios, aeronaves e veículos automotores) nos artigos 2.683-2.696. No Brasil, Antônio Junqueira de Azevedo defendeu esse critério (registrável *versus* não registrável) como base para uma nova *summa divisio* dos direitos no seguinte artigo: AZEVEDO, Antônio Junqueira. Crítica à parte geral do anteprojeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 458, p. 31-37, 1973.

³⁶⁴ Sobre isso, o seguinte dispositivo do Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei 7.565/1.986): “Art. 106. [...] Parágrafo único. A aeronave é bem móvel registrável para o efeito de [...] matrícula, [...] transferência por ato entre vivos (artigos 72, II e 115, IV), constituição de hipoteca (artigos 72, II e 138), publicidade (artigos 72, III e 117) [...]”

³⁶⁵ Cita-se, a título de exemplo, o direito italiano, conforme se vê na seguinte disposição do *Codice Civile*: “Art. 2810. Oggetto dell'ipoteca. [...] Sono anche capaci d'ipoteca le rendite dello Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico, e inoltre le navi, gli aeromobili e gli autoveicoli, secondo le leggi che li riguardano.”

³⁶⁶ MIRANDA, 2012, v. 20, p. 596.

Nessa esteira, podem ser apontados, ao menos, os seguintes traços peculiares da hipoteca em relação aos penhores não possessórios, todos dispensando qualquer referência à mediação da posse: trata-se de garantia aplicável aos bens móveis passíveis de perfeita individualização, sujeitos à matrícula e cuja transferência e oneração exige registro constitutivo. Como consequência, a garantia fixa-se individualmente sobre o bem, estabelecendo-se uma disciplina diferenciada em relação a terceiros, pois dificilmente irá colocar-se a questão da boa-fé contra o registro, o contrário ocorrendo nos penhores especiais, conforme será visto em seguida.

Não é preciso, portanto, “forçar” a posse na estrutura dos chamados penhores especiais para diferenciá-los da hipoteca mobiliária, de modo que nem mesmo essa razão – meramente dogmática – justifica a insistência em defender que tais penhores requerem posse para existir.

Quanto à alienação fiduciária em garantia, as mesmas questões tiveram de ser enfrentadas por Moreira Alves³⁶⁷, frente a insistência de alguns doutrinadores em sustentar que a sua constituição depende do constituto possessório, pois o legislador não teria modificado o regime tradicional de transferência da propriedade mobiliária³⁶⁸.

³⁶⁷ ALVES, 1987. A questão é tratada a partir da p. 58.

³⁶⁸ Inicia o autor referindo que só cabe falar em *constitutum possessorium* quando expresso no contrato ou, pelo menos, quando ele decorra, implicitamente, do conteúdo contratual. Trata-se, portanto, de produto de declaração (expressa ou tácita) das partes. Refere a possibilidade teórica do constituto presumido (caminho que, inclusive, conduziu à concepção francesa de compra e venda), sendo, contudo, pacífico no Brasil que o constituto não se presume (são apresentadas no texto algumas posições de autores clássicos a respeito), fechando-se a porta para essa terceira hipótese. Feito isso, o autor passa a estudar a proposta de Orlando Gomes: para defender que a alienação fiduciária não se desviou do sistema romano de transmissão, o autor recorre à tese de constituto possessório presumido por determinação legal. Nesse ponto, Moreira Alves cita autores franceses e italianos, principalmente estes, demonstrando não haver constituto por presunção legal se a lei não tiver expressamente estabelecido a presunção (do contrário, a presunção seria do intérprete, caso em que a transmissão de propriedade não se fundaria na vontade das partes, nem na lei). Mesmo não sendo assim, o caso seria de *constitutum ex lege*, no qual a transferência da posse seria *efeito necessário* conexo à transferência da propriedade e não, como no constituto presumido, mero efeito *acidentalmente* vinculado à transferência. Assim sendo, apenas restaria, para salvar o sistema do Código, a figura do *constitutum ex lege*, segundo o qual a transferência da posse é efeito do negócio porque assim dispõe a lei. Ocorre que o “artificialismo dessa figura é evidente” (Ibidem, p. 73). Não há aí nenhum constituto, mas mera *traditio ficta*, ou seja, transmissão da posse por força de lei, pura e simplesmente. E aí se chega ao ponto: essa *traditio ficta* é modo de aquisição da propriedade fiduciária? Em assim sendo, a diferença em relação ao sistema francês seria de simples inversão de preferência: o contrato transfere, por força de lei, ficticiamente, a posse e disso decorre a transferência de propriedade. Mas, chegando a esse ponto, é porque já se admite que o próprio contrato transfere a propriedade, superando-se a distinção entre título e

Em suma, a posse teve esvaziada a sua importância no direito das garantias (com exceção das garantias sobre títulos de crédito), pois não mais dirige questões dotadas de relevância qualificada. No máximo, reforça a posição do credor.

Diante disso, o problema é determinar como são superados os conflitos, tradicionalmente, neutralizados pelo desapossamento do devedor, indicados no início deste capítulo. Trata-se do tema a ser tratado nos tópicos que seguem.

2.1 A relação devedor-credor e a noção de garantia relacional

A primeira e mais óbvia fonte de conflitos ensejados por uma garantia mobiliária sem desapossamento do devedor está na relação devedor-credor. Aqui, as garantias mobiliárias põem problemas para as duas partes. Por um lado, a instabilidade dos bens gera riscos para o credor, pois o devedor pode desviá-los, vendê-los ou dá-los em garantia a outro credor. Por outro lado, e como decorrência desses perigos, em operações mais sofisticadas, o credor é levado a construir uma rede de proteção apta a, no extremo, “sufocar” o devedor. O foco será colocado sobre o primeiro problema, pois o segundo, próprio de operações dotadas de grande sofisticação, ao que parece, não é o principal problema no Brasil.

Segundo um argumento tradicional, as garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor são vazias: seriam garantias que não garantem³⁶⁹. Assim, seria necessário coibi-las para proteger o credor. Trata-se de um entendimento não específico do direito brasileiro. Claude Witz esclarece ser esse um

modo. Assim postas as coisas, não erraria quem sustentasse que a transferência da propriedade fiduciária se dá segundo o sistema francês.

Indo mais além, contudo, Moreira Alves diz que esse é o resultado a que se chega analisando-se a questão tal qual ela costuma ser posta, examinando-se apenas dois elementos, o contrato e a tradição da posse. Mas, para o autor, a colocação do problema é diversa: há outro elemento, o registro. Seguindo nessa esteira, Moreira Alves conclui que o registro, no caso, é constitutivo, tal qual ocorre com o penhor rural, conforme a disciplina da Lei 492/1.937.

Enfim, para Moreira Alves, na alienação fiduciária em garantia, assim como nos chamados penhores especiais, o sistema de constituição é o mesmo. Há um contrato de garantia mobiliária – de disposição – cujo efeito é direito formativo gerador de direito real (e não obrigação de constituir a garantia), o qual é exercido por meio do registro. Eis outro aspecto de um possível tipo de contrato de garantia mobiliária em gênero.

Se da constituição da garantia decorre o direito à posse ou se, em alguma legislação específica, é previsto o desdobramento *ex lege* da posse, constituída a garantia, ou, ainda, se as partes preveem no contrato o desdobramento da posse, trata-se de mera eventualidade, despida de relevância jurídica qualificada.

³⁶⁹ A título de exemplo desse posicionamento, no Brasil, o entendimento de J. X. Carvalho de Mendonça, adiante explorado.

fundamento empregado pela doutrina francesa no combate à *fiducie-sûrete*³⁷⁰: o desapossamento do devedor impõe-se como meio de proteção do credor. Acima, foi referido que o mesmo fundamento constitui a base para a resistência às garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor no direito português³⁷¹.

O argumento, contudo, não se sustenta. Conforme ressalta o referido autor francês – tratando de um regime no qual a entrega da posse era uma exigência legal para a constituição de uma garantia mobiliária, qual seja, o do direito francês anterior à reforma –, o credor pode renunciar à proteção³⁷². É de se concordar com o entendimento, pois não se entenderia a razão de o legislador se preocupar com o credor mais do que ele mesmo, até porque o credor não costuma ser a parte fraca da relação, estando em condições de tutelar os próprios interesses. Não se justifica, portanto, entender o desapossamento do devedor como uma proteção legal cogente em seu favor.

Sobre esse tema, J.X. Carvalho de Mendonça³⁷³, contrário às garantias mobiliárias sem o desapossamento do devedor, apresenta um exemplar ponto de partida para as reflexões a seguir feitas. O autor trata de um programa do Governo Federal autorizando o Banco do Brasil a realizar empréstimos para fábricas de tecidos, sob garantia do estoque e das matérias-primas do devedor, mantidas em poder deste. Segundo o autor, bastaria perguntar como agiram algumas fábricas para se ter a prova da necessidade do desapossamento do devedor. Posta nestes termos, contudo, a questão não está completa: faltou o autor contar a outra metade da história, ou seja, como comportou-se o credor. Mais precisamente, impunha-se esclarecer se o credor tomou a garantia e *sit back*³⁷⁴.

Essa é a questão, pois a admissão de garantias mobiliárias pelo ordenamento não depende da viabilidade de a lei predispor todos os mecanismos necessários à sua efetividade. Com efeito, nos regimes de garantias mobiliárias mais sofisticados, tais mecanismos são modelados pelo credor, que deverá articular os meios para

³⁷⁰ WITZ, 1981, p. 253.

³⁷¹ VASCONCELOS, 2016, p. 281.

³⁷² WITZ, 1981, p. 253: “le créancier doit être libre de renoncer à une protection prévue dans son intérêt exclusif.”

³⁷³ MENDONÇA, 1953-55, v. 6, p. 621-622.

³⁷⁴ A expressão é de Grant Gilmore, em apreciação crítica ao regime das garantias mobiliárias estabelecido pelo *UCC*, feita em um estágio maduro das suas meditações sobre o tema, expostas no seguinte texto: GILMORE, Grant. The good faith purchase idea and the uniform commercial code: confessions of a repentant draftsman. *Georgia Law Review*, v. 15, p. 605-629, 1981, p. 625.

monitorar o devedor e coibir comportamentos abusivos. O Estado, obviamente, confere apoio a isso (por meio da tutela judicial e da tipificação criminal de certas condutas, por exemplo), mas não toma o protagonismo na operação econômica.

A título de exemplo, é essa a função da fiança prestada pelos sócios da empresa financiada. Geralmente, não se vê aí nada além de uma garantia cujo objetivo é obter o adimplemento da dívida em caso de descumprimento. Pode ser esse o caso em muitas hipóteses. Mas uma finalidade importante dessa fiança é fazer o devedor colaborar, pois o inadimplemento pesará sobre os bens dos sócios. Trata-se de mecanismo dos mais eficientes para coibir abusos.

A *crystalisation* na *floating charge* inglesa também oferece um ótimo exemplo. Como a *floating* paira sobre o conjunto dos bens do devedor, sem se prender a nenhum deles, o devedor mantém a sua livre disponibilidade, podendo alienar os bens e, inclusive, dá-los em garantia a terceiros. Se esta garantia for uma *fixed charge*, ela prevalecerá, mesmo sobre uma *floating* anterior. Como se comporta, então, o titular de uma *floating*? *Sit back*? Obviamente não: mantém-se atento para, identificando sinais de insolvência, promover a *crystalisation* e fixar a garantia sobre os bens atuais do devedor. Promovida a *crystalisation*, a garantia passa a funcionar como uma garantia real comum (como uma *fixed charge*)³⁷⁵.

Voltando, agora, às discussões sobre o direito brasileiro, na base do entendimento de Carvalho de Mendonça parece estar a concepção de que os problemas relativos à efetividade da garantia devem ser resolvidos no plano da lei. Assim, somente seria viável uma maior abertura às garantias mobiliárias sem desapossamento se o próprio ordenamento tivesse meios de prover, *a priori*, as soluções para os conflitos possíveis, estabelecendo, ele mesmo, as bases suficientes para uma garantia efetiva do crédito. Como isso não é viável, esse entendimento leva a impedir, tanto quanto possível, a constituição de tais garantias.

A questão, posta nesses termos, parece ter raízes no modo como os juristas latinos, tanto europeus, quanto americanos, visualizam o fenômeno jurídico, conforme foi observado por Pierre Lepaulle em conhecido estudo sobre o *trust*³⁷⁶.

³⁷⁵ Aspectos sobre a profundidade das questões aí envolvidas serão apresentados adiante, em nota, ainda neste tópico.

³⁷⁶ LEPAULLE, Pierre. La noción de “trust” y sus aplicaciones em los diversos sistemas jurídicos. In: TRATADO teórico y práctico de los trusts: en derecho interno, en derecho fiscal y en derecho internacional. México: Porrúa, 1975, p. 374-376.

Segundo percebeu o autor, o ordenamento jurídico perfeito para um latino seria formado por um conjunto de institutos muito bem-acabados e delimitados, com o catálogo de soluções para os possíveis problemas *a priori* estabelecido. Um dos vieses disso está na tendencial visão do ordenamento jurídico como uma constelação de tipicidades e proibições³⁷⁷, entendimento especialmente aplicável para as garantias mobiliárias.

Trata-se não apenas de uma má percepção do modo como os agentes econômicos atuam quando constituem garantias mobiliárias, mas, principalmente, de um mal entendimento sobre o modo como o Estado se articula com eles. Conforme visto, o *monitoring* é fundamental para o bom funcionamento do regime das garantias mobiliárias, podendo o ordenamento jurídico “delegar” aos agentes econômicos interessados o poder de construir soluções adequadas para as suas necessidades de crédito e de forjar mecanismos para a defesa dos próprios interesses, estabelecendo, obviamente, um regime adequado de incentivos capaz de conduzir as construções privadas a resultados eficientes³⁷⁸. Tanto tal

³⁷⁷ Tais expressões são de Lucilla Gatt: GATT, Lucilla. *Dal trust al trust: storia di una chimera*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010.

³⁷⁸ Sobre isso, são possíveis discussões de um nível mais profundo a partir do confronto da *floating charge* inglesa com a equivalente norte-americana (*floating lien*) no que diz respeito ao relacionamento credor-devedor, tornando-se possível ver o papel fundamental do *monitoring* nas garantias mobiliárias e as questões de política legislativa aí implicadas.

Conforme já ficou claro, a *floating charge* não estabelece nenhum vínculo atual sobre os bens abrangidos pela garantia, que circulam livremente e podem ser objeto de garantias prioritárias para outros credores. Apenas com a *crystalisation*, a garantia irá prender-se aos bens então existentes no patrimônio do devedor (Sobre isso, no Brasil, ver: CORRÊA, Gilberto Deon. *Garantias flutuantes*. *Revista da AJURIS*, v. 47, 1989, p. 246).

Quanto ao modelo norte-americano codificado, a disciplina da *floating* teve papel central: na explicação de Robert Scott, “*The Article 9 scheme is characterized by a single dominant feature: the institutionalization of the “floating lien.”*” (SCOTT, Robert E. *A relational theory of secured financing*. *Columbia Law Review*, v. 86, p. 901-977, 1986). E a ênfase conferida ao instituto imprimiu-se na sua força: admitem-se garantias com a mesma amplitude da *floating charge*, mas sempre presas aos bens que entram no patrimônio do devedor, sem liberarem, necessariamente, os bens que saíram. Cada novo bem que entra no patrimônio do devedor e se enquadra na descrição do objeto fica, automaticamente, sujeito ao vínculo real, sendo desnecessário o procedimento da *crystalisation* para prendê-lo à garantia. A única garantia instituída em favor de outro credor que prevalece sobre a *floating lien* é a chamada *purchase money security interest* (que tem efeitos equivalentes a de uma compra e venda com reserva de domínio). Por outro lado, os bens que saem do patrimônio do devedor podem ou não ser liberados do vínculo. Para que um bem alienado pelo devedor seja liberado da garantia, regra geral, deve estar caracterizada a alienação no curso regular dos negócios (algo próximo ao estabelecido no art. 1.268 do Código Civil Brasileiro). Não sendo esse o caso, a garantia se multiplica.

Talvez o significado mais profundo dessas diferenças esteja nas suas grandes implicações sobre as estratégias de *monitoring*, que parecem ter papel determinante em termos de política legislativa. As questões que aqui interessam foram expostas com excelência em artigo voltado a discutir o formalismo e o funcionalismo no direito das garantias (BRIDGE; MACDONALD; SIMMONDS, WALSH, 1999. Ver, sobre as discussões aqui feitas, as p. 619 et. seq.), no seio do qual foram

discutidas as reformas de leis canadenses que migraram do regime inglês da *floating charge* para o norte-americano da *floating lien*. A análise feita pelos autores deixa muito claro o radicalismo da solução norte-americana.

Segundo os autores, o equilíbrio anterior às reformas canadenses obtia-se a partir do jogo entre o princípio da especialidade e a força da garantia. Uma proteção forte era conferida a garantias cobrindo bens identificados e presentes. A partir daí, verificava-se um esvaziamento progressivo do poder da garantia à medida que o seu objeto se alargava e se tornava amorfo. No limite, estava o regime da *floating charge*, cuja prioridade estava intimamente ligada com o *monitoring*, tendo em vista a necessidade de *crystalisation* para a garantia ganhar efetividade. As reformas legislativas alinharam os regimes canadenses com o artigo 9, eliminando as velhas hierarquias, sendo que, preenchidos os requisitos para a constituição da garantia, ela passou a prender-se aos bens imediatamente, sendo a prioridade definida a partir da regra *first in time*, tendo por marco a publicidade registral. Com isso, obviamente, aliviaram-se os riscos do titular da *floating*, que não mais precisará “correr” para operar a *crystalisation* e, só a partir de então, obter uma garantia eficaz. Obviamente, isso lhe possibilita o afrouxamento do *monitoring*, a partir do que se poderia concluir que a disciplina é eficiente, pois implica a redução dos custos para o titular da *floating*, o principal financiador do devedor.

Embora não pareça existir resultado definitivo a respeito, da análise dos autores citados é possível concluir que essa percepção sobre a eficiência do novo regime é, no mínimo, controversa. Com efeito, sendo a *floating* efetiva e prioritária desde a constituição, independente da *crystalisation*, o credor pode permanecer inerte enquanto os bens do devedor forem suficientes para cobrir a sua garantia, mesmo que existam sinais visíveis de dificuldades econômicas. Assim sendo, o devedor ficará mais livre para atuar em estado de insolvência e os demais credores não mais poderão contar com a atuação do principal credor para encerrar as atividades do devedor comum suficientemente cedo para minimizar as suas perdas.

Isso forçará a busca de novos pontos de equilíbrio, pois todos os credores ver-se-ão incentivados a um *monitoring* mais generalizado. O que se perde com isso é a sistematização do *monitoring*, antes concentrado no principal credor. Passando o *monitoring* a ficar diluído pelos demais credores, tem-se, potencialmente, uma atuação assistemática, com provável desperdício de riqueza, devido, dentre outros fatores, à provável duplicação de esforços de monitoramento por agentes diversos. Em outros termos, embora o principal credor ganhe, o resultado global tende a ser negativo na mesma medida em que os custos suportados pelos demais credores para monitorar o devedor comum tendem a superar os ganhos daquele.

Trata-se de questão de grande relevância, pois é reconhecido que os custos de *monitoring* são elevados, não havendo dúvidas de que constitui uma questão capital disciplinar o modo como será efetivado. Inclusive, é em torno do *monitoring* que giram os principais debates sobre a eficiência das garantias mobiliárias, não parecendo haver dúvidas de que muitos dos benefícios a elas associados referem-se à sua melhor ordenação. Sobre isso, ver, exemplificativamente: KRONMAN, Anthony T.; JACKSON, Thomas H. Secured financing and priorities among creditors. *Yale Law Journal*, n. 88, p. 1143-1183, 1979. Segundo LoPucki e Warren, foi este artigo que acendeu as controvérsias sobre o tema das garantias mobiliárias no direito norte-americano após o *UCC*, que pacificara a matéria a ponto de não se identificarem controvérsias até o final da década de 1970 (ver o capítulo “*Why Security Credit?*” do livro já citado: LOPUCKI, Lynn M.; WARREN, Elizabeth. *Secured credit: a systems approach*. [s.l.]: Wolters Kluwer Law and Business, 2009, p. 657 et. seq.). O artigo questionava por que as garantias são eficientes e a conclusão foi de que a sua eficiência decorre da redução dos custos de *monitoring*. O modo como os autores explicaram a questão, contudo, foi altamente controverso, agitando o meio acadêmico. Instaurou-se, então, o que foi chamado de *puzzle of secured debt*, surgindo diversas linhas teóricas voltadas a comprovar quais os benefícios econômicos tornam as garantias eficientes (sobre isso, Brian M. McCall faz uma síntese das diversas teorias desenvolvidas, indicando bibliografia a respeito de cada uma delas: MCCALL, Brian M. It's just secured credit! the natural law case in defense of some forms of secured credit. *Indiana Law Review*, v. 43, p. 7-44, 2009, p. 10-11). Quanto à ideia de eficiência baseada na racionalização do *monitoring*, para discussões mais articuladas do que as desenvolvidas por Kronman e Jackson, além do texto de Bridge, Macdonald, Simmonds e Walsh, acima citado, ver: LEVMORE, Saul. Monitors and freeriders in commercial and corporate settings. *Yale Law Journal*, n. 92, p. 49-83, 1982; e BEBCHUK, Lucian Arye; FRIED, Jesse M. The uneasy case for the priority of secured claims in bankruptcy: further thoughts and a reply to critics. *Cornell Law Review*, n. 82, p. 1279-1348, 1997, p. 1315-18.

possibilidade é viável que, em regimes de garantias mobiliárias bem desenvolvidos, um problema que vem despertando atenção é o do excessivo controle do devedor pelo credor³⁷⁹, conforme dito no início deste tópico.

Estabelecidos esses pontos, tem-se o ambiente para tratar da noção de garantia relacional. Salvo melhor juízo, a sua exposição mais articulada foi feita em artigo escrito por Robert Scott para explicar certos padrões vigentes nos EUA, decorrentes das oportunidades abertas pela institucionalização da *floating lien*³⁸⁰.

O autor parte a análise das limitações por ele identificadas nas explicações mais correntes sobre o direito das garantias, especialmente quanto à função da garantia. Segundo as análises mais triviais, a garantia tem por objetivo reservar um bem para satisfação do credor em caso de inadimplemento. Assim sendo, um dos principais problemas para o credor seria preservar esse bem no patrimônio do devedor. Para Scott, contudo, a relação credor-devedor é bem mais complexa e refratária do que as análises mais comuns costumam conceber. É rotineiro, inclusive, o emprego da garantia mais por razões positivas do que negativas. Em outros termos, um objetivo importante da garantia é conferir ao credor uma influência estratégica sobre o devedor de modo a garantir a sua colaboração. Esse é um papel fundamental da *floating lien*, comumente utilizada para neutralizar o potencial conflito de interesses entre o credor e o devedor durante a exploração da operação financiada³⁸¹. Nesse contexto, a finalidade precípua da garantia não é a excussão, tratando-se, antes, de instrumento voltado a impelir o devedor a explorar

³⁷⁹ Dependendo do grau de *control* exercido pelo credor sobre o devedor, verifica-se até mesmo a possibilidade de responsabilidade por prejuízos causados, tanto ao devedor quanto a terceiros. Sobre isso: SMITH JR.; Clifford W.; WARNER, Jerold B. On financial contracting: an analysis of bond covenants. *Journal of Financial Economics*, n. 7, p. 117-161, 1979, p. 147-148.

³⁸⁰ Para Scott, certas oportunidades de investimento apenas são passíveis de plena exploração por meio de um financiador exclusivo. Nessa esteira, foi desenvolvida a noção de garantia relacional, voltada a explicar os padrões aplicados para a construção dessa relação exclusiva. Ronald Mann, contudo, refere que o modelo hipotético de que Robert Scott partiu não é frequente na prática dos negócios. Não obstante isso, o autor reconhece a importância da noção de garantia relacional, pois ela põe o foco na questão crucial da relação entre as partes na estruturação da relação de financiamento. (MANN, Ronald J. Explaining the pattern of secured credit. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 625, p. 625-683, 1997). Assim, o foco da análise que será feita no texto volta-se para a noção de garantia relacional, deixando de lado os aspectos relativos ao modelo hipotético estabelecido por Scott.

³⁸¹ O autor apresenta uma breve tipologia dos possíveis conflitos de interesse, em especial quanto ao comportamento do devedor, nem todos elimináveis pelas teorias comuns a respeito do *monitoring*. Dentre os riscos referidos, destacam-se a possibilidade de o devedor incrementar a sua exposição a riscos, de converter os bens para uso privado e de diluir a posição do credor (por exemplo, mediante a obtenção de novos financiamentos garantidos, trazendo para o financiador principal potenciais conflitos com outros credores). Um dos riscos explorados é o de *underinvestment* ou *inadequate effort*, o qual não é passível de ser combatido a partir, por exemplo, de *covenants*.

adequadamente o negócio, de modo a manter um fluxo de caixa suficiente para o pagamento. A garantia, assim, é vista como um instrumento através do qual o credor exerce *leverage* sobre o devedor³⁸².

Em complemento a isso, tem-se que o artigo 9 do *UCC* não define o que constitui *default*, deixando as partes livres para fazê-lo e, assim, determinar quando é possível ao credor utilizar o conjunto de privilégios que a garantia lhe confere, como efetuar a cobrança dos créditos dados em garantia, tomar posse e controle do bem onerado, vendê-lo por modo razoável e utilizar mecanismos de *self-help*³⁸³.

Como se vê, essa análise dá importância fundamental ao relacionamento credor-devedor e aos mecanismos disponíveis para a sua estruturação. Não tem importância decisiva a predisposição de mecanismos legais que resolvam todos os possíveis conflitos de interesse e a garantia nem sempre tem o objetivo precípua de reservar um bem para excussão e pagamento.

É certo que esse estado de coisas não é avesso ao ambiente da *civil law*. A própria legislação dá exemplos disso quando confere ao credor, invariavelmente, o direito de fiscalizar as atividades do devedor, obrigado a franquear àquele o acesso aos bens objeto de garantia³⁸⁴, sob pena de caracterizar-se o inadimplemento.

Ainda, a noção de garantia relacional pode ser explorada por meio da associação da flexibilidade própria do direito obrigacional com a força dos instrumentos dotados de eficácia real. Para isso, é possível estabelecer certos deveres de conduta cuja violação implica inadimplemento, conduzindo à execução da garantia. Com efeito, é bem aceita no Brasil a liberdade de estipulação de hipóteses de inadimplemento conducentes à execução da garantia³⁸⁵, em

³⁸² Sobre isso, Mann (MANN, 1997, p. 645 et. seq.) é bem direto: a *leverage* visa incentivar o devedor a pagar e depende do dano que o credor pode causar-lhe. O autor refere que a execução da garantia costuma representar grande perda para o devedor, pois, além dos custos da execução, é comum que o valor de mercado do bem seja inferior à diminuição do valor da firma com a sua retirada. Em se tratando de bem estratégico para o funcionamento da empresa, a excussão pode implicar, inclusive, o fim das atividades do devedor.

³⁸³ Scott refere existirem críticos denunciando a abusividade desses privilégios. O autor, contudo, sustenta que a possibilidade de sanções fortes e efetivas disponibilizadas ao credor tem por efeito torná-lo um monitor efetivo, a custos baixos, o que seria uma justificação para a admissão da prática.

³⁸⁴ Ver, por exemplo, o disposto nos artigos 1.441 e 1.450 do Código Civil.

³⁸⁵ Na doutrina, a título de exemplo, observam a possibilidade de livre estipulação das hipóteses de vencimento antecipado do crédito garantido, sendo as hipóteses legais meramente exemplificativas e subsidiárias, os seguintes autores: PEREIRA, C. M. S., 2001, v. 4, p. 210; MONTEIRO, 1997, v. 3, p. 333; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro 5: direito das coisas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 543; LOUREIRO, 2007.

alinhamento ao regime do *default* acima referido. Por tal meio, inclusive, dá-se oponibilidade a tais convenções, pois o seu descumprimento desencadeará, por intermédio da garantia, efeitos dotados de realidade.

Sobre isso, é interessante uma analogia feita por Philippe Dupichot³⁸⁶. Em tese voltada a discutir o poder da vontade no direito das garantias, o autor demonstrou um surpreendente grau de contratualização de tal ramo jurídico no direito francês, mesmo antes das reformas do início deste milênio. Segundo a percepção de Dupichot, o direito das garantias funciona do mesmo modo que o jogo Lego: se o jogador tem um número limitado de peças (tipos de direitos reais de garantia) a seu dispor, grande é a criatividade para associá-las. Partindo dessa visão, é possível explorar o direito brasileiro das garantias mobiliárias como um jogo Lego, no qual o direito real de garantia pode ser empregado como peça de uma estrutura de crédito sofisticada. Assim, valendo-se da flexibilidade própria do direito obrigacional, a liberdade de ação pode ser explorada ao infinito e, associada à eficácia real da garantia, obter uma força qualificada.

Sobre isso, já existe ampla literatura formada em relação aos chamados *convenants*, meio para controlar o grau de endividamento do devedor, a emissão de debentures, a constituição de garantias para terceiros, o pagamento de dividendos aos sócios, dentre outros. Tratando dos mecanismos mais comumente empregados (*negative pledges* e cláusulas de *pari passu*), Pestana de Vasconcelos³⁸⁷ refere tratar-se de garantias fracas. É duvidoso que a afirmação seja precisa. Mesmo quando empregadas em operações nas quais não haja associação a uma garantia real, a afirmação parece desconsiderar o peso das chamadas sanções "não jurídicas", de importância capital no mundo dos negócios, tanto que chegam a ser empregadas pela doutrina norte-americana para explicar um dos *puzzles* do mercado de crédito, qual seja, o da persistência de um mercado importante de crédito não garantido³⁸⁸.

³⁸⁶ DUPICHOT, 2005, p. 597 et. seq.

³⁸⁷ VASCONCELOS, 2016, p. 647.

³⁸⁸ Sobre o tema das sanções "não jurídicas" em geral, ver: CHARNY, David. Nonlegal Sanctions in commercial relationships. *Harvard Law Review*, v. 104, n. 2, p. 373-467, 1990. As sanções "não jurídicas" compreendem o conjunto de mecanismos de constrição de condutas sem recurso ao sistema legal (sanções econômicas, por exemplo). Ronald Mann empregou a noção em estudo voltado a explicar certos padrões observados no mercado de crédito, referindo ser a primeira tentativa nesse sentido (MANN, 1997, p. 641). O autor observa, por exemplo, que as necessidades de crédito nunca são pontuais, sendo recorrente a necessidade de retorno ao mercado, de modo

O que interessa aqui, contudo, é o fato de que tais mecanismos podem ser associados a garantias reais, que lhes conferem uma força inegavelmente qualificada³⁸⁹. Abre-se, assim, um manancial inesgotável de temas a serem explorados.

A título de ilustração do que vem sendo exposto, é possível observar exemplos interessantíssimos mesmo no âmbito da doutrina brasileira. Mauro Bardawil Penteado³⁹⁰, ao explorar as possibilidades abertas pelo penhor de ações, observou que o credor pode empregá-lo para exercer influência no direito de voto do acionista e, assim, atuar sobre a atividade do devedor, controlando, exemplificativamente, a eleição de membros da administração, a venda/oneração de bens da sociedade, a emissão de debêntures, a alteração do objeto social e o pagamento de dividendos. Em determinadas situações, inclusive, o autor sustenta, com base em ensinamento de Comparato e Calixto Salomão, a possibilidade de o credor assumir a posição de um verdadeiro controlador. Eis um exemplo perfeito da noção de garantia relacional, utilizada para eliminar potenciais comportamentos do devedor capazes de impedir ou dificultar a satisfação dos interesses do credor garantido³⁹¹.

Indo adiante na exploração das possibilidades abertas pelo penhor de ações, o autor demonstra como ele pode ser configurado para a obtenção de um equivalente da garantia *step in right*, aceita nos direitos da família da *common law*. Por meio de tal garantia, o credor pode, em situações extremas, assumir o *controle direto* da atividade do devedor. Um primeiro meio identificado para obter isso é estabelecendo uma cláusula *step in right* no contrato de penhor de ações, em conjunto com uma procuração irrevogável para o exercício do direito de voto, cuja

que a reputação é essencial para os agentes econômicos. Nesse ambiente, a violação de *convenants* é vista com grande desfavor. Ainda, o autor identifica a tendência dos fornecedores de crédito em não atuarem de modo a violar *convenants* assumidos pelo tomador de crédito com outros credores, dentre outras razões, pela responsabilidade potencial daí decorrente ((MANN, 1997, p. 644).

³⁸⁹ Parece existir uma relação de “simbiose” entre os *convenants* e as garantias reais, que se reforçam reciprocamente. Por um lado, o contrato de garantia pode estabelecer que a violação de um *convenant* pode implicar inadimplemento, com a conseqüente execução da garantia; por outro, os *convenants* podem ser direcionados a conferir maior efetividade à garantia, como nos casos de imposição de contratação de seguro cobrindo o objeto da garantia, de manutenção dos tributos a ele relacionados em dia, de manutenção do bem em bom estado de conservação, etc.

³⁹⁰ PENTEADO, Mauro Bardawil. *O penhor de ações no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁹¹ Por óbvio que daí podem decorrer conflitos tendo em vista a possível incompatibilidade dos interesses do credor – receber o crédito – com os interesses sociais. Tal, contudo, não compõe o objeto desta tese, fazendo-se remissão à obra citada, onde o problema é abordado.

eficácia fica condicionada ao inadimplemento do devedor. O outro caminho é associando o penhor de ações ao usufruto sobre as ações, conferindo-se ao credor o direito a voto (o penhor de ações permite apenas influência pelo direito de veto), cujo exercício também ficará condicionado ao inadimplemento. Neste caso, tem-se – aqui sim – um direito real (usufruto) *em* garantia. Ambos são exemplos de emprego da garantia como o jogo Lego. No primeiro caso, mediante um instrumento obrigacional associado à garantia real; no segundo, por meio da conjugação do direito real de garantia com um direito real de gozo.

Concluindo o tópico, tem-se por esclarecido que a posse não é essencial para a proteção do credor, a quem pode ser deixada a articulação da tutela da sua posição, para o que a experiência acumulada já disponibiliza mecanismos sofisticados a serem empregados.

Resta enfrentar os outros possíveis conflitos ensejados pelas garantias mobiliárias, especialmente entre o credor-garantido e terceiros, direcionando-se o rumo da análise para a questão da eficácia real.

2.2 Conflitos com terceiros: a eficácia real da garantia

Superada a questão interna, impõe-se algumas considerações sobre os conflitos potenciais com terceiros, entrando-se na questão da eficácia real das garantias mobiliárias. Aqui, uma das principais razões para a hostilidade às garantias sem desapossamento do devedor liga-se à publicidade inerente à posse. Nas discussões a seguir expostas ficará claro o quanto tais razões foram superadas e o quanto mantém relevância.

Conforme já visto, o legislador brasileiro passou, no final do Séc. XIX, a enfrentar o problema por meio da publicidade registral. Trata-se de um caminho constante seguido pelas legislações posteriores, jogando a posse para segundo plano. A publicidade registral não tem, contudo, uma relevância homogênea para todos os potenciais sujeitos com interesses sobre os bens gravados por uma garantia. Daí se extrai um bom ponto de partida para tratar das diversas questões deste tópico, todas abordadas a partir da diversidade de eficácia do registro para os diversos tipos de sujeitos envolvidos na atribuição de uma garantia mobiliária.

Entre os credores garantidos, a publicidade registral, associada à regra *prior in time*, supera muito do problema, pois quem pretende obter uma garantia real

sobre os bens do devedor costuma fazer consultas aos registros e, a partir do resultado obtido, realizar pesquisas complementares. Assim, a publicidade registral dá resultados satisfatórios, de modo que os conflitos entre os credores garantidos não parecem constituir base para as maiores objeções à admissibilidade ampla das garantias mobiliárias no Brasil.

Certamente, a sofisticação crescente do direito das garantias complexifica a questão da prioridade, pondo problemas práticos diversos, normalmente não estudados no direito brasileiro. Nos direitos onde o estudo das garantias está mais desenvolvido, devido à extensão em que são admitidas operações sofisticadas, a disciplina da prioridade é reconhecida como o coração do direito das garantias mobiliárias³⁹². Trata-se de um rico tema de pesquisa, a demandar desenvolvimento jurisprudencial-doutrinário, sendo possível contar com subsídios da legislação comparada. Mas a questão não será aprofundada aqui, pois o objetivo é, como dito, sustentar a possibilidade jurídica do instituto em termos gerais, sem descer às minúcias da disciplina, para o que as referências feitas acima – no sentido de que a publicidade registral associada à regra *prior in time* supera grande parte do problema – são suficientes. No mais, o decisivo é deixar claro o entendimento de que o fato de tais problemas práticos nem sempre estarem solucionados *a priori* não pode ser considerado um obstáculo insuperável ao desenvolvimento do direito, até mesmo

³⁹² A esse respeito, a seguinte afirmação do Guia Legislativo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, extraído da sua versão espanhola: “El concepto de prelación es el eje de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Es el mecanismo principal con el que los Estados resuelven los conflictos de garantías sobre los bienes del otorgante entre acreedores concurrentes.” (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas*. 2010, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/s/09-82673_ebook-S.pdf>. Acesso em: 2018, p. 199). Em vista disso, o Guia apresenta recomendações detalhadas a respeito do tema, as quais aparecem em forma de proposições normativas no capítulo V, artigos 29-51, da Lei Modelo proposta pela mesma Comissão: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias*. 2017, Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/ML_ST_S_ebook.pdf>. Acesso em: 2018. Por exemplo, a Lei Modelo estabelece regras para: “Artículo 29. Concurrencia de garantías mobiliarias constituidas por el mismo otorgante”; “Artículo 32. Concurrencia de garantías mobiliarias sobre el producto”; “Artículo 33. Concurrencia de garantías mobiliarias sobre bienes corporales mezclados en una masa o transformados en un producto elaborado”; “Artículo 34. Concurrencia de garantías mobiliarias y derechos de compradores u otros adquirentes, arrendatarios o licenciatarios de un bien gravado”; “Artículo 38. Concurrencia de garantías mobiliarias de adquisición y garantías mobiliarias sin fines de adquisición”; “Artículo 39. Concurrencia de garantías mobiliarias de adquisición”; “Artículo 41. Concurrencia de garantías mobiliarias sobre el producto de un bien gravado por una garantía mobiliaria de adquisición”; “Artículo 42. Concurrencia de garantías mobiliarias de adquisición que se extiendan a una masa o a un producto elaborado y garantías mobiliarias sin fines de adquisición que graven la masa o el producto elaborado”.

porque há critérios estabelecidos em outras experiências jurídicas, dos quais podem ser extraídas orientações para as decisões brasileiras.

Quanto aos credores não garantidos, é reconhecido que o registro não tem uma relevância qualificada. Com efeito, os chamados credores involuntários (fisco, credores trabalhistas e vítimas de atos ilícitos, por exemplo) não podem escolher os seus devedores. Mas o problema foi resolvido pela legislação falimentar de 2005, subordinando os créditos fiscais ao crédito garantido e estabelecendo prioridade aos credores trabalhistas e por acidente de trabalho³⁹³. Quanto aos créditos por responsabilidade civil, não se vislumbra tenha a questão ensejado alguma discussão no Brasil. Se aí existe um problema digno de preocupação, ao que parece, não foi percebido, não havendo subsídios para dizer algo sobre ele neste estudo³⁹⁴.

Para os credores comerciais não garantidos, a determinação da existência de garantias reais prévias não tem relevância decisiva, pois eles ficarão, de qualquer modo, subordinados às garantias constituídas posteriormente. Aqui, o fundamento tradicional para condenar as garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor parte da noção de riqueza aparente: o financiador pautar-se-ia pela situação econômica aparente do tomador de crédito para decidir sobre financiá-lo ou não. Assim, a manutenção da posse com o devedor-garante teria por efeito dar aos demais potenciais credores uma noção falsa de sua solvabilidade, levando-os a decisões equivocadas, situação que o direito deveria impedir em nome do regular funcionamento do mercado de crédito.

O argumento perdeu o prestígio. Em primeiro lugar, tornou-se corrente a dissociação entre a propriedade e a posse. Consequentemente, esta deixou de representar um sinal fiável de riqueza. Além disso, a sofisticação das técnicas financeiras atuais levou a que nenhuma análise séria de crédito tenha por base a riqueza aparente do devedor. Assim, o crédito comercial não garantido baseia-se em outros critérios, principalmente na capacidade de o devedor gerar fluxo de caixa suficiente para o pagamento do débito. No máximo, a aferição da existência de

³⁹³ A respeito, ver a classificação dos créditos na falência, estabelecido no art. 83 da Lei 11.101/2005, que põe as garantias reais em segundo lugar de preferência, atrás, apenas, dos créditos trabalhistas, até o valor de 150 salários-mínimos, e dos créditos decorrentes de acidentes de trabalho.

³⁹⁴ Nos EUA, a ampla difusão das garantias e a força a elas conferida são apontadas por Lopucki como uma das razões para a *death of liability* no seguinte artigo: LOPUCKI, Lynn M. The death of liability. *Yale Law Journal*, v. 106, p. 1-92, 1996.

garantias prévias serve para a obtenção de subsídios indicativos da saúde econômica do devedor. Assim sendo, para os credores comerciais não garantidos, a questão resume-se aos critérios empregados na aferição da solvabilidade do devedor.

Por fim, tem-se a situação dos adquirentes dos bens gravados. Aqui, a questão entronca com a tutela da circulação, insuscetível de ficar condicionada às consultas registraes, sendo este o campo no qual a posse mantém relevância como índice de circulação.

Conforme já visto³⁹⁵, uma discussão clássica focou a questão do adquirente frente ao titular do direito de propriedade no âmbito da aquisição a *non domino*, prevalecendo a função de troca sobre a função de gozo, pendendo-se o fiel da balança para o adquirente de boa-fé, solução acolhida, embora parcialmente, no art. 1.268 do Código Civil. A questão, então, é determinar como a função garantia do crédito se insere aí, num possível conflito entre o titular da garantia real e o adquirente do bem gravado. A literalidade do art. 1.268 não abrange o problema. Mas a *ratio* é a mesma, impondo-se a aplicação da mesma regra: o adquirente de boa-fé prevalece sobre o credor garantido. Aqui, a tutela da circulação, novamente, impõe-se.

Várias são as razões justificando a aplicação do art. 1.268 para reger tal hipótese. Em primeiro lugar, a proteção da circulação atende à necessidade de viabilizar a atividade econômica do devedor-garante, a partir do que, inclusive, será obtido o valor necessário para a quitação do crédito garantido. Ainda, como a *ratio* da regra está em dar cobertura às operações realizadas no curso regular dos negócios, a sua incidência se dará, no comum dos casos, quando estiverem em causa bens destinados à alienação. Trata-se, portanto, de um risco a ser suportado pelo credor, não podendo ele aceitar uma garantia sobre bens destinados à circulação pretendendo transferir os riscos aí envolvidos para os seus adquirentes.

A partir disso, é possível superar uma das críticas feitas à alienação fiduciária de bens fungíveis, admitida, segundo a interpretação de Moreira Alves, pelo art. 66 § 3º da Lei 4.728/1965. A redação do dispositivo legal (hoje art. 66-B, § 1º da mesma Lei) é a seguinte:

³⁹⁵ Na nota 297.

Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

Orlando Gomes criticou a interpretação de que a regra permitia a incidência da alienação fiduciária em garantia de bens fungíveis, argumentando que isso exporia o terceiro adquirente do bem à sua perda caso o titular da garantia comprovasse com sucesso a identidade do bem, gerando perturbação ao tráfico³⁹⁶. Com a regra do art. 1.268, contudo, a objeção fica superada, pois a prova da identidade da coisa torna-se irrelevante diante da boa-fé do terceiro adquirente.

Um problema, contudo, persiste: ficando desprovida da sequela quando o bem é alienado no curso regular dos negócios, a garantia perde a sua efetividade, expondo a riscos o credor garantido. Mas é justamente aí que o instituto das garantias rotativas opera, neutralizando o problema: se, por um lado, o adquirente tem a sua aquisição preservada, por outro, o credor-garantido é beneficiado pela sub-rogação da garantia sobre os novos bens adquiridos para a reposição dos vendidos ou sobre o crédito decorrente da venda, compensando-se, assim, a perda da garantia sobre o bem original.

É o que será visto no último capítulo da tese, ao qual se passa após demonstrada a possibilidade de o direito das garantias mobiliárias desenvolver-se por rumos mais flexíveis.

CAPÍTULO 2 – A TEORIA DAS GARANTIAS ROTATIVAS: UMA TÉCNICA FORJADA PELA INICIATIVA PRIVADA PARA DAR SOLUÇÃO A PROBLEMAS DIFÍCEIS

Conforme foi demonstrado na primeira parte, as garantias rotativas são antigas e desenvolvidas no direito brasileiro. Apesar disso, não são conhecidas sob tal denominação e não foram estudadas, permanecendo ignoradas pelos teóricos. Conseqüentemente, o seu rendimento fica abaixo das suas potencialidades.

³⁹⁶ GOMES, 1975, p. 57-58. Silvio Rodrigues cita um exemplo jurisprudencial a esse respeito, no qual foi conferida preferência e sequela ao credor pignoratício mesmo contra o terceiro adquirente de boa-fé, desde que a garantia estivesse registrada. O caso foi extraído da RT 158/204 (RODRIGUES, 1997, v. 5, p. 348).

Como primeiro passo para a colmatação dessa lacuna teórica, buscou-se, no capítulo anterior, demonstrar a viabilidade de o direito das garantias progredir de modo mais livre, não sendo a direção legislativa rígida a única opção concebível. Como resultado, tem-se um ambiente de pensamento mais favorável ao florescimento das garantias rotativas, pois é possível livrá-las das amarras repressoras da tipicidade legal exauriente.

Com efeito, após a discussão dos princípios reitores da eficácia real, concluiu-se ser possível o desenvolvimento do direito das garantias mobiliárias a partir do trabalho doutrinário-jurisprudencial, que, incidindo sobre as construções privadas, pode direcionar tal ramo jurídico a caminhos promissores. Nessa esteira, foi visto que a jurisprudência e a doutrina têm um papel fundamental no funcionamento e no desenvolvimento equilibrado dos mecanismos construídos pelos agentes econômicos para dar vazão aos seus interesses, a partir do que o fenômeno jurídico pode evoluir de modo estável.

Pondo-se o acento sobre as construções privadas, tem-se um ambiente de compreensão no qual a liberdade contratual assume importância decisiva: embora ela não seja deixada a si mesma, pois será balizada pela atuação da jurisprudência e da doutrina, cabe-lhe a vanguarda da evolução jurídica, pois é da iniciativa privada o primeiro passo, daí decorrendo a demarcação da direção geral do movimento.

Dentro desse contexto, desponta como fundamental o contrato de garantia mobiliária, especialmente a possibilidade de agregar-lhe cláusulas especiais moldadas pela criatividade dos agentes econômicos, sob a orientação dos seus assessores jurídicos. Eis um modo notável pelo qual a liberdade contratual se manifesta, tracionando a transformação progressiva do regime jurídico das garantias mobiliárias, habilitando-o a fazer frente às necessidades econômicas dos novos tempos. Paradigmático a esse respeito é o exemplo das garantias rotativas, cuja base está na inclusão das chamadas cláusulas de rotatividade no contrato de garantia mobiliária.

O objetivo das discussões deste capítulo é explorar esse fenômeno, cuja legitimidade assenta-se sobre a análise teórica feita no capítulo anterior. Quanto à sequência do estudo, após uma exposição básica da concepção de garantia rotativa, serão apresentadas as principais modalidades de cláusulas de rotatividade. Feito isso, será proposta a aplicação do instituto para a solução de um problema difícil

enfrentado no âmbito da recuperação judicial, em torno do qual doutrina e jurisprudência se debatem.

1 As garantias rotativas

Segundo o argumento desenvolvido na primeira parte, o direito brasileiro tirou bom proveito das tradições romanistas, sempre apresentando uma razoável abertura às garantias mobiliárias. Esse fato, contudo, não teve reflexos na doutrina, que não expõe fielmente o direito pátrio vigente. Como resultado, fica na penumbra jurídica um âmbito dinâmico da atividade econômica no qual os bens móveis – sem deixar de lado as suas antigas funções – despontam como principal forma de riqueza e assumem proeminência como instrumento de garantia do crédito.

O ambiente é complexo e a sua compreensão exige uma ótica renovada, pertinente ao tráfico em série³⁹⁷, contexto no qual se insere o estudo das garantias rotativas, técnica flexível capaz de habilitar até mesmo os bens circulantes a prestarem serviços ao crédito. Eis o objeto do presente tópico, voltado a apresentar uma noção teórica mínima do fenômeno.

1.1 A noção de garantia rotativa

No Brasil, a concepção dominante sobre as garantias mobiliárias é estática, assentada no princípio da especialidade objetiva em uma versão rigorosa, na qual identidade da garantia está indissolavelmente presa à identidade de um bem determinado. Segundo esse modelo, o contrato de garantia descreve o bem com rigor e a garantia real o grava individualmente. Como consequência, cada substituição/transformação do bem requer nova formalização, novo registro e tem por efeito a formação de uma nova garantia, com nova ordem de prelação, pois o marco da preferência deixa de ser a data da constituição original do vínculo real³⁹⁸.

³⁹⁷ Nesse sentido: SALINAS, 1997, p. 605.

³⁹⁸ Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, por exemplo, tratando da alienação fiduciária em garantia, referem que a substituição do bem é possível, mas implica a extinção da garantia original e a constituição de uma nova, com todas as formalidades, inclusive o registro. Referem hipóteses de substituição autorizadas por resolução do Banco Central, mas seriam exceções (RESTIFFE NETO; RESTIFFE, 2000, p. 628-629).

Em um momento econômico marcado pelo dinamismo, é fácil ver a insuficiência desse modelo estático. Em primeiro lugar, os custos com a permanente renovação das formalidades constitutivas tornam-se insuportáveis, inviabilizando as operações de crédito garantidas por bens móveis mantidos no processo produtivo. Além disso, a não conservação da ordem original de prelação embarça a formação e a renovação de linhas de crédito garantido, pois as garantias intermediárias (posteriores à formação original do vínculo, mas anteriores à substituição do bem) ganham prioridade, desincentivando a formação de fluxos de créditos contínuos. Ainda, caso a substituição do bem seja realizada durante o período suspeito, a garantia fica exposta à revocatória falimentar.

Nesse contexto, a noção de garantia rotativa desponta como estratégica: incidindo sobre bens circulantes e viabilizando o deslocamento automático do vínculo real para bens diversos dos originais, sem efeitos novativos, dispensa-se nova formalização, novo registro e mantém-se a ordem original de prelação. Assim, viabilizam-se operações creditícias sofisticadas, ficando claro tratar-se de uma técnica indispensável para o atendimento das necessidades de crédito da economia atual.

O fenômeno tem por base a sub-rogação real, fundamento jurídico para a manutenção da identidade do vínculo apesar da substituição do bem gravado³⁹⁹. Trata-se de concepção irmã à empregada por Clóvis do Couto e Silva para renovar o direito obrigacional brasileiro. Mas o autor deixou claro ser o direito das coisas o seu

³⁹⁹ Em termos comparativos, o modelo da garantia rotativa assim descrito aproxima-se mais da *floating charge* inglesa ou do *floating lien* norte americano? Parece que o primeiro pode ser afastado de plano, pois não estabelece nenhum vínculo atual sobre os bens objeto da garantia, que circulam livremente e podem ser objeto de garantia prioritárias para outros credores. Apenas a *crystallisation* irá prender a garantia aos bens então existentes no patrimônio do devedor (sobre isso, no Brasil, ver: CORRÊA, 1989, p. 246). O modelo norte-americano, ao contrário, leva a garantias com a mesma amplitude da *floating charge*, mas que estão sempre presas aos bens que entram no patrimônio do devedor, sem liberarem, necessariamente, os bens que saíram. Cada novo bem que entra no patrimônio do devedor e que se enquadra na descrição do objeto fica, automaticamente, sujeito ao vínculo real, sendo desnecessário o procedimento da *crystallisation* para fixar a garantia. A única garantia instituída em favor de outro credor que prevalece sobre o *floating lien* é a chamada *purchase money security interest* (que tem efeitos equivalentes aos de uma compra e venda com reserva de domínio). Por outro lado, os bens que saem do patrimônio do devedor podem ou não ser liberados do vínculo. Para que um bem alienado pelo devedor seja liberado da garantia, regra geral, deve estar caracterizada a alienação no curso regular dos negócios (algo próximo ao estabelecido no art. 1.268 do código Civil Brasileiro). Confrontando os modelos americano e inglês, ver: BRIDGE; MACDONALD; SIMMONDS; WALSH, 1999, Dialogando com outras teorias e visando a explicar a seguinte constatação: "The Article 9 scheme is characterized by a single dominant feature: the institutionalization of the "floating lien."", ver: SCOTT, 1986.

berço de origem: a ideia de totalidade, que somente na modernidade passou a aplicar-se ao vínculo obrigacional, já era aplicada pelos juristas romanos ao direito das coisas, aparecendo, sobretudo, nas *universitates rerum*⁴⁰⁰. Como consequência, a identidade do todo não se altera, necessariamente, pelas alterações sofridas pelas partes, permitindo-se desenvolver soluções sofisticadas para problemas jurídicos complexos.

Essa concepção, apesar de básica, já possibilita aferir a sofisticação da disciplina das garantias mobiliárias nas duas codificações civis pátrias e propor a correção de uma imprecisão teórica existente em ambas, ensejada pela postura restritiva dos codificadores às garantias mobiliárias. Parte-se do seguinte dispositivo do Código Civil de 1916 sobre o penhor pecuário:

Art. 787. Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor.

Parágrafo único. Esta substituição presume-se, mas não valerá contra terceiros, se não constar de menção adicional ao respectivo contrato.

A mesma disciplina foi acolhida no Código Civil de 2.002, cujo parágrafo único do art. 1.446 repetiu essa regra do início do século passado, acrescentando a necessidade de averbar a substituição⁴⁰¹.

Em se tratando de uma universalidade, contudo, a substituição dos animais mortos em nada toca na identidade do todo do qual eles são elementos componentes, sendo de uma inutilidade gritante – além de constituir uma imprecisão técnico-jurídica lastimável – exigir do credor a formalização e, mais ainda, quase um século após, a averbação da substituição⁴⁰²⁻⁴⁰³.

⁴⁰⁰ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 18.

⁴⁰¹ Não obstante isso, é possível extrair algo de útil do referido artigo: a distinção entre eficácia entre as partes e eficácia contra terceiros, solução defendida nos documentos internacionais a respeito do tema, buscando-se reduzir ao mínimo possível os requisitos necessários para que uma garantia produza efeitos entre as partes contratantes. Trata-se de aspecto digno de destaque no Brasil, onde impera uma tendência a reduzir a garantia a nada quando despida de realidade. Sobre isso, seguindo a esteira do direito norte-americano, a Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional distingue a constituição da garantia da sua oponibilidade a terceiros, disciplinando as matérias em capítulos distintos: no capítulo II, formado pelos artigos 6-17, é disciplinada a constituição da garantia; no capítulo III, formado pelos artigos 18-27, é disciplinada a oponibilidade a terceiros da garantia já constituída.

⁴⁰² Aqui, cabe uma reflexão. Vem sendo sustentado que a legislação brasileira é progressista quanto ao direito das garantias. Não obstante isso, as análises aqui feitas vêm, insistentemente, desmerecendo as codificações brasileiras. A impressão é verdadeira, pois ambas as codificações muito pouco de útil trouxeram para o desenvolvimento desse ramo jurídico. Mas, então, chega-se a uma contradição, pois o Código constitui direito legislado. O caso é que as codificações constituem

Seguindo em frente, é fácil ver que a concepção de garantia rotativa esbarra na rigidez do princípio da especialidade objetiva. Eis o ponto, pois a reconstrução de tal princípio vem sendo apontada como uma importante chave para a evolução do direito das garantias mobiliárias, conforme foi percebido com clareza por Corine Dauchez, na tese de doutorado dedicada ao tema no âmbito do direito francês após a reforma do *Code civil*⁴⁰⁴.

Um bom ponto de partida para abordar o tema é o entendimento de que a garantia real pega o bem pelo valor por ele representado. Sobre isso, Clóvis Bevilacqua foi claro: as garantias reais se diferenciam dos demais direitos reais por conferirem aos seus titulares “sómente, o poder de se pagarem pelo valor ou pelos produtos dela.”⁴⁰⁵. Trata-se de uma concepção de fundo alemão, adotada pela doutrina italiana – acompanhada pela jurisprudência – para reinterpretar alguns dispositivos do *Codice Civile*, chegando à seguinte conclusão dogmática: o objeto do *pegno rotativo*⁴⁰⁶ é um valor econômico suscetível de ser representado por bens

um direito legislado de tipo muito especial, pois se trata de uma estrutura dogmatizada cuja elaboração, como regra, fica a cargo de juristas teóricos. Assim, não há contradição nenhuma no argumento exposto, pois a crítica ao Código constitui, no fundo, uma crítica indireta à teoria que o sustenta. A legislação especial, ao contrário, embora vá sendo produzida assistematicamente, costuma andar mais rente às necessidades práticas, sendo de esperar que dê melhores frutos.

⁴⁰³ Não obstante o exposto no texto, a doutrina não costuma criticar a disciplina codificada. Em FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Código civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1568-1569, é defendido que a sub-rogação do art. 1.445 do Código Civil exige aditivo contratual e registro. O autor refere ser essa a posição de Venosa, Carlos Roberto Gonçalves e Paulo Nader. Para testar a consistência desse entendimento, veja-se as razões apontadas por Carvalho Santos – citado no mesmo lugar – para a regra: objetivo é evitar a fraude, pois qualquer um poderia fraudar credores pedindo ao credor pignoratício que incorporasse seu gado ao rebanho empenhado, antedatando o aditivo, com complacência do credor. O argumento não tem sustentação, pois as mesmas razões imporiam, por exemplo, o registro da propriedade mobiliária, uma vez que seria possível ao devedor fraudar credores incorporando o seu gado ao rebanho de propriedade de outra pessoa. É reconhecido, além disso, que qualquer instituto jurídico pode ser utilizado de modo reprovável, não constituindo esse fato, por si só, fundamento suficiente para coibi-lo, restringi-lo ou embaraçar o seu emprego.

⁴⁰⁴ DAUCHEZ, 2013. Conforme observou a autora, o princípio da especialidade objetiva, ao lado do princípio da publicidade, está no centro da teoria moderna das garantias reais. Ao menos no âmbito das garantias mobiliárias, contudo, ele não tem maior expressão nas práticas mais sofisticadas da *commom law*, a pressionarem fortemente o direito francês, exposto ao fenômeno da competição de ordenamentos jurídicos. Eis o pano de fundo da reforma levada a cabo na França, frente ao risco de isolamento comercial. Analisando a reforma, a autora constatou que, se no início do Séc. XX, condenava-se o *Code* por não ter sido ainda mais rigoroso quanto a especialidade das garantias, no início do Séc. XXI, passou-se a condená-lo, após a reforma, por ter mantido o princípio, dado por anacrônico. Na visão da autora, contudo, a reforma foi equilibrada, pois, apesar de manter o princípio da especialidade, o flexibilizou, possibilitando a construção de mecanismos alinhados aos empregados na *commom law*, sem, contudo, desconsiderar outros princípios dignos de tutela e caros ao direito francês.

⁴⁰⁵ BEVILAQUA, 1917, v. 3, p. 316.

⁴⁰⁶ No direito italiano, a doutrina reconhece Enrico Gabrielli como o principal idealizador da teoria do *pegno rotativo*. Ver a seguinte coletânea de escritos do autor: GABRIELLI, 2015.

diversos⁴⁰⁷, entendimento amparado no instituto da sub-rogação real, elevado a regra geral.

Mario Neves Baptista criticou a ideia⁴⁰⁸ e a discussão das suas razões permitirá esclarecer o seu potencial teórico. Ao estudar as diversas concepções construídas para explicar os direitos reais de garantia, o autor pernambucano explora a noção de direito incidente sobre o valor da coisa. Refere que, na percepção de Sohm e seus adeptos, a coisa é o objeto secundário do vínculo; o objeto primário é o valor por ela representado. Como consequência, convertendo-se a coisa em bem diverso, sobre ele recairá a garantia desde logo, pois, apesar da alteração do envoltório, permanece inalterado o verdadeiro objeto, o valor. Assim, por exemplo, se o crédito gravado é pago com uma coisa, sobre ela recai o penhor, pois essa coisa, entrando no lugar do crédito, passa a representar o mesmo valor por ele representado anteriormente.

Essa teoria encontra pontos de apoio no direito legislado brasileiro. De lado as hipóteses óbvias de sub-rogação da garantia no valor da indenização paga quando se dá a perda/deterioração da coisa, um exemplo mais interessante extrai-se da disciplina das garantias nos títulos de crédito comerciais, regidos pela Lei 6.840/1980. Repetem-se seus dispositivos em vista da expressividade:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, será dispensada a descrição a que se refere o inciso V do artigo 14 do Decreto-lei nº 413, de 9 de janeiro de 1969, quando a garantia se constituir através de penhor de títulos de crédito, hipótese em que se estabelecerá apenas o valor global.

Art. 4º A não identificação dos bens objeto da alienação fiduciária cedular não retira a eficácia da garantia, que incidirá sobre outros de mesmo gênero, quantidade e qualidade.

Conforme já esclarecido, no final das contas, o objeto da garantia é um valor global representado por títulos de créditos. Assim sendo, outros títulos de crédito poderão entrar no lugar dos originais, sem prejudicar a garantia.

Mas, conforme dito, Mario Neves Baptista é crítico da ideia: ela não teria apoio nas fontes (segundo o autor, o direito romano reprovava a solução) e traria

⁴⁰⁷ Nesse sentido, de modo lapidar, Anna Veneziano: “[...] È necessario passare da una nozione ‘statica’ di garanzia, vista come il diritto di soddisfarsi su uno o più beni specifici, ad una nozione ‘dinamica’, ove il diritto del creditore insiste su di un ‘valore’, che può assumere forme diverse.” (VENEZIANO, Anna. *Le garanzie mobiliare non possessorie*: profili di diritto comparato e di diritto del commercio Internazionale. Milano: Giuffrè, 2000, p. 53).

⁴⁰⁸ BAPTISTA, 1947, p. 35-39.

consigo enormes dificuldades práticas, citadas pelo autor. Um exemplo: e se a coisa que vier a representar o valor já estiver gravada? Tais críticas, contudo, não são decisivas. A falta de apoio nas fontes, obviamente, não impede a construção de novas soluções. As dificuldades práticas, por outro lado, são superáveis e o direito comparado o demonstra. Quanto ao problema referido, de a nova coisa já estar gravada, a sua superação cabe à disciplina da prioridade, sendo necessário, apenas, identificar o critério aplicável⁴⁰⁹.

Indo adiante, as críticas do autor a essa teoria inserem-se no contexto mais amplo da crítica às posições que caracterizam os direitos reais de garantia pela *facultas vendendi*. Conforme argumenta Mario Neves Baptista, a realização coativa do valor da coisa é eventual e excepcional, não servindo, assim, para decidir sobre a natureza do instituto, que, normalmente, cumpre o seu fim sem ser executado, até mesmo porque o objetivo precípua do credor é obter o pagamento do crédito, não executar a garantia.

Mas o argumento tem um problema: a caracterização do objeto da garantia como valor da coisa não tem por corolário a ideia de garantia fundada no *jus vendendi*. Assim, o fato de o *jus vendendi* não ser o traço característico da categoria dos direitos reais de garantia (com o que se concorda) nada diz sobre a concepção de garantia cujo objeto é o valor representado por uma coisa, mas suscetível de ser representado por outra em caso de sub-rogação. O acento desta teoria está na construção de uma concepção de garantia mobiliária mais flexível, livre da identidade particular de um dado bem, não se confundindo com a concepção que caracteriza a garantia pela excussão. Com efeito, em hipóteses de normalidade, a garantia rotativa passará por inúmeras sub-rogações de bens, mantendo sempre a sua identidade, sem colocar-se em causa a excussão, que apenas ocorrerá excepcionalmente, em caso de inadimplemento.

⁴⁰⁹ Conforme já referido, a disciplina da prioridade é essencial dentro de uma concepção renovada do direito das garantias, recebendo destaque nas propostas da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, tanto na Lei Modelo quanto no Guia Legislativo que expõe a sua fundamentação teórica. Com efeito, ali é defendida a mais ampla abertura possível para a plena exploração do valor dos bens como garantia do crédito. Como isso requer a admissão ampla da constituição de mais de uma garantia sobre o mesmo bem, torna-se impositiva uma regulamentação detalhada dos possíveis conflitos de garantias, de modo que a disciplina da prioridade passa a ser um tema dotado de grande relevância.

Continuando com o argumento de Mario Neves Baptista, após afastar as teorias rivais, o autor conclui: o que verdadeiramente caracteriza a garantia real (no caso da obra, o penhor) é a especialização. Eis um trecho do seu texto:

A especialização ao fim da garantia é o que melhor esclarece a natureza do direito de penhor. Faz compreender o direito de haver a coisa dos terceiros adquirentes, o direito de preferência ante os demais credores e os direitos relativos à existência e conservação da coisa objeto da garantia.⁴¹⁰
[...] é a especialização ou incidência desse direito sobre determinados bens, que ficam vinculados, afetados, destinados especialmente ao fim de garantia, de modo a competir ao credor a faculdade exclusiva de executá-los e pagar-se sobre o respectivo preço de preferência a qualquer outro credor.⁴¹¹

Trata-se de uma teoria estranha, pois o princípio reitor da especialização do objeto da garantia é posto como determinante da sua natureza jurídica. Apesar disso, ela toca no ponto capital: a relação entre o princípio da especialidade objetiva e os efeitos graves das garantias reais. Nesse aspecto, o entendimento do autor encontra conforto nas análises correntes sobre o direito das garantias mobiliárias, ligando a realidade a uma especialidade objetiva estrita, pois os efeitos *erga omnes* apenas seriam viáveis em caso de objeto precisamente identificado.

Mas a explicação não é satisfatória frente ao direito vigente nos dias de hoje – se era satisfatória ao tempo da tese, não vem ao caso –, pois as operações correntes nem sempre se prendem aos bens na sua individualidade. Além disso, os problemas que conduziram o autor a tomar a especialidade objetiva como determinante da própria natureza real das garantias mobiliárias ganharam outras soluções, mais dinâmicas, sendo outros os pontos de equilíbrio do direito vigente.

Na exposição de Mário Neves Baptista, a especialidade objetiva rigorosa toca nos fundamentos da eficácia real, pois, de outro modo, sem uma identificação individual do bem, seriam inviáveis aqueles efeitos drásticos comumente associados à noção de garantia real, como a sequela contra terceiros adquirentes. Posta a questão nesses termos, é possível constatar com clareza o enfraquecimento da importância do princípio da especialidade objetiva, pois, conforme observou Anna Veneziano, a

⁴¹⁰ BAPTISTA, 1947, p. 46.

⁴¹¹ Ibidem, p. 45.

tutela del creditore consiste non tanto nel tradizionale diritto di seguito, quanto in forme di estensione della garanzia, che si concretizzano nella continuazione del vincolo o sui beni acquistati in sostituzioni, oppure sul ricavato dalla vendita o il risultato della trasformazione.⁴¹²

Em síntese, superada a sequela como única técnica de tutela do credor e, assim, debilitado o perigo que ela representa para o tráfico, o princípio da especialidade objetiva abre-se a uma configuração mais flexível, favorecendo a composição de técnicas mais sofisticadas, como a da rotatividade.

Nesse contexto, contudo, a delimitação da garantia mobiliária torna-se problemática, pois não estão definidos os contornos atuais da especialidade objetiva. Conforme já referido, a concepção moderna do princípio não se sustenta nos dias de hoje: ele foi flexibilizado, conformando-se às exigências atuais do mercado de crédito. É incerto, contudo, o nível de precisão exigido na descrição do objeto de uma garantia válida e eficaz.

Na lei nem mesmo são esboçados pontos de partida minimamente satisfatórios. Os doutrinadores brasileiros, na esteira da pobreza da disciplina legal, afirmam, com algumas variações, que o contrato de garantia deve descrever os bens com precisão. No máximo, admitem a possibilidade de especializar os bens fungíveis mediante a indicação da quantidade e qualidade, o que é insuficiente, pois a categoria dos bens móveis é heterogênea e extremamente variada. Embora seja cogitável a identificação de critérios mais satisfatórios a partir da incidência do trabalho jurisprudencial-doutrinário sobre a praxe dos negócios, ao que tudo indica, esse trabalho nem mesmo foi iniciado no Brasil. Com efeito, quando for abordada a questão prática proposta, ter-se-á uma noção do quanto há desorientação a respeito da especialidade objetiva em praticamente todos os seus aspectos. Como fato positivo nesse ambiente desolador, destaca-se que o tema aguarda apreciação do STJ, que percebeu a “manifesta relevância” da matéria, inédita na jurisprudência da corte Superior⁴¹³.

⁴¹² VENEZIANO, 2000, p. 53.

⁴¹³ No Agravo Interno em Pedido de Tutela Provisória nº 434, foi conferido efeito suspensivo a recurso endereçado ao STJ contra decisão que afastou a natureza extraconcursal de créditos dados em alienação fiduciária em garantia por ausência do seu detalhamento no contrato. Destaca-se o seguinte trecho da decisão: “É estritamente jurídica, a viabilizar o seu exame por esta Corte, a questão relacionada à necessidade de, nas cessões fiduciárias de direitos creditórios, haver o detalhamento, nos respectivos instrumentos contratuais, dos créditos objeto dessa garantia. Para além de sua manifesta relevância, trata-se, também, de matéria inédita na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e que vem bem discutida, com argumentos plausíveis, no recurso do

Ainda, das experiências jurídicas nas quais a questão está mais consolidada (embora nunca fechada) não parece ser possível extrair critérios aplicáveis ao Brasil. A experiência do direito norte-americano⁴¹⁴, por exemplo, está muito distante da realidade nacional: em última análise, o limite é dado pelas descrições super-genéricas (ex.: *all the debtor's assets*), vedadas⁴¹⁵. O entendimento, contudo, é de que isso não implica nenhum limite ao objeto das garantias, pois são admitidas descrições tipológicas, empregando-se os tipos de bens definidos no *UCC* (ex.: *inventory, equipment, account*), havendo interpretação liberal dos tribunais. A questão, portanto, é de técnica a ser adotada por ocasião da estipulação contratual da garantia, sendo possível obter uma garantia compreensiva de *all the debtor's assets* por meio da indicação das categorias de bens componentes do patrimônio do devedor.

Mas da legislação comparada é possível extrair algum subsídio teórico para o início das discussões. Na Itália, por exemplo, a questão já chamou a atenção e algumas balizas gerais estão sendo fixadas a partir do trabalho jurisprudencial-doutrinário. Segundo observam os doutrinadores italianos, a jurisprudência passou a admitir descrições genéricas do objeto do penhor, dando interpretação não restritiva às normas disciplinadoras da questão, pois, do contrário, seria negada a rotatividade já admitida pelos tribunais italianos. Como consequência, na visão de Mateo Rescigno⁴¹⁶, a especialidade objetiva deve passar por uma reconstrução que a

requerente.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no TP 434/SP. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Relator p/ Acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 12 set. 2017. *DJe* 05 out. 2017).

⁴¹⁴ Sobre isso, ver: LOPUCKI, Lynn M.; WARREN, Elizabeth. *Secured credit: a systems approach*. [s.l.]: Wolters Kluwer Law and Business, 2009, p. 150 et. seq.

⁴¹⁵ Não obstante isso, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, tanto no referido Guia Legislativo, quanto na Lei Modelo, sendo “mais real que o rei”, endossa as garantias *all assets*, conforme demonstram os seguintes dispositivos da Lei Modelo: “Artículo 8. Bienes que podrán gravarse. Una garantía mobiliaria podrá gravar: [...] d) Todos los bienes muebles de un otorgante.” “Artículo 9. Descripción de los bienes gravados y de las obligaciones garantizadas. 1. Los bienes gravados y las obligaciones garantizadas deberán describirse en el acuerdo de garantía de un modo que permita razonablemente identificarlos. 2. Se considerará que una descripción de los bienes gravados en la que se indique que los bienes gravados son todos los bienes muebles del otorgante, o todos los bienes muebles del otorgante comprendidos en una categoría genérica, se ajusta a la norma establecida en el párrafo 1.”

⁴¹⁶ RESCIGNO, Matteo. Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine a favore delle imprese, con particolare riguardo alla rotatività del suo oggetto *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 1, 1999, p. 583. O autor está tratando dos privilégios bancários convencionais e registráveis, uma particularidade do direito italiano. Mas isso não tem relevância para a análise aqui feita, pois a questão põe-se nos mesmos termos.

compatibilize com a rotatividade⁴¹⁷, não cabendo, contudo – pois impossível – a formulação de regras abstratas para reger a questão de modo prévio e uniforme.

Conforme percebeu o autor italiano, o princípio da especialidade perdeu o conteúdo uniforme, impondo-se a adoção de critérios de especialidade variados, adaptados a cada categoria de bem. Para os bens do capital circulante da empresa, sustenta o autor, as descrições seriam tipológicas, quantitativas e com indicação da localização; para os créditos, a descrição se daria pela indicação do devedor e do valor do crédito; para créditos futuros, a indicação seria *per relationem*, com a indicação do bem originariamente dado em garantia, do qual os créditos derivarão; em casos de garantia sobre o inventário dos bens do devedor, por fim, seria admissível até mesmo a mera reprodução da fórmula legislativa, caso em que a questão da especialização somente se colocaria *a posteriori*, por ocasião da execução, quando a garantia se cristalizaria nos bens existentes no inventário do devedor⁴¹⁸.

Em um julgado comentado por Lovisatti⁴¹⁹, por exemplo, foi admitida como suficiente a descrição de títulos de crédito dados em penhor por meio da indicação da natureza dos títulos e do montante do crédito neles incorporado, não sendo exigida, por exemplo, a indicação dos números de série. Nessa esteira, foi reconhecida a legitimidade da garantia rotativa, pois a concepção flexível do princípio da especialidade adotada viabilizou a circulação dos títulos empenhados, preservada a eficácia plena da garantia.

⁴¹⁷ Sobre essa reconstrução, na França, ver a tese já citada de Corine Dauchez, que faz um ótimo confronto da disciplina adotada pelo *Code* com os modelos norte-americano e inglês.

⁴¹⁸ Aqui se põe uma questão interessante: em que momento a especialidade objetiva deve ser atendida? Parece ser indubitável tratar-se de um princípio reitor da constituição da garantia: o contrato de garantia deve descrever, com a máxima precisão, o objeto. Segundo a concepção corrente, como visto, isso é um corolário da natureza real da garantia, a impor uma rigorosa identificação do bem gravado, sob pena de invalidade ou, no mínimo, de ineficácia. Com a transformação do papel que cabe ao princípio, tendencialmente, a necessidade de uma identificação precisa dos bens vai se deslocando para o momento da execução, em convergência com o regime obrigacional, no qual basta a determinabilidade do objeto no momento da constituição. Trata-se de uma transformação com impacto sobre as garantias incidentes sobre bens futuros. Veja-se uma implicação do princípio da especialidade ao tempo de Clóvis Bevilacqua: “Da necessidade de individuar o bem hypothecado resulta que não são possíveis hypothecas convencionaes de bens futuros.” (BEVILAQUA, 1917, v. 3, p. 327. O mesmo entendimento aparece em João Luiz Alves (ALVES, João Luiz. *Código civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1935, p. 655) e em Didimo da Veiga (VEIGA, Didimo Agapito da. *Manual do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, v. 9, pte 3, p. 154). Atualmente, contudo, pelo menos no campo dos bens móveis, são admitidas as garantias reais sobre bens futuros.

⁴¹⁹ LOVISATTI, Silvia. Osservazioni in tema di limiti del pegno rotativo, tra “valori originari” e “beni originari”. *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 2, 2002, p. 695.

Não obstante o exposto, os autores destacam ser certo que o requisito da especialidade objetiva é exigido na Itália com mais rigor do que em alguns exemplos observados na experiência compara, destacando-se o modelo norte-americano.

Dentro desse contexto de flexibilização da especialidade objetiva, a proteção dos demais credores tornou-se uma questão importante para a doutrina italiana. Com efeito, superada a questão da admissibilidade do *pegno rotativo*, as discussões deslocaram-se para a questão dos seus limites, devendo a descrição dos bens ser suficiente para evitar manobras fraudulentas aos quirografários. Sobre isso, o principal critério estabelecido é o controle da paridade de valor entre os bens originários e os sub-rogados, impedindo seja o valor da garantia aumentado em prejuízo dos demais credores. No exemplo citado por Lovisatti, acima referido, no qual não foi considerada relevante a individualização dos títulos por meio de números de série, houve grande preocupação do tribunal em aferir se não havia ocorrido a substituição por títulos de maior valor. O mesmo critério foi enfatizado na já citada decisão da *Cassazione*, que admitiu o *pegno rotativo*, cujo seguinte trecho, pela sua expressividade, é, novamente, reproduzido:

Il pegno rotativo non comporta la costituzione di una nuova garanzia nel momento della modificazione dell'oggetto, poiché la sostituzione dei beni, lasciando immutato il valore dei beni destinati al soddisfacimento preferenziale del creditore pignoratizio non determina alcun pregiudizio per gli altri creditori.⁴²⁰

Posta nesses termos, a solução não destoa do modo como autores brasileiros clássicos encararam o problema da especialidade objetiva. J.X. Carvalho de Mendonça⁴²¹ e Afonso Fraga⁴²², por exemplo, referem que o princípio é uma proteção contra fraudes, especialmente para os demais credores, pois coíbe a substituição do bem por outro de maior valor em seu prejuízo.

Assim sendo, o critério da paridade do valor oferece boas perspectivas como meio de delimitação da garantia, deixando de ser decisiva a identidade individual dos bens.

⁴²⁰ Corte di Cassazione. 28 maggio 1998, n. 5264 – sez. I, reproduzida em: AZZARO, 1998, p. 485 et. seq. Os trechos reproduzidos estão na p. 485.

⁴²¹ MENDONÇA, 1953-55, v. 5, pte 2, p. 612.

⁴²² FRAGA, 1933, p. 95 et. seq. e p. 230.

Em conclusão, a reconstrução do princípio da especialidade objetiva, associada à teoria do valor do bem como objeto da garantia, oferece bons pontos de partida para a construção do direito das garantias mobiliárias dos dias de hoje⁴²³, conferindo a base teórica para desenvolver a concepção de garantia rotativa.

Vista essa noção mínima do fenômeno, é possível densificá-la a partir de um estudo breve das cláusulas de rotatividade, seguido de um exemplo de sua aplicação.

1.2 As cláusulas de rotatividade

Conforme visto no tópico anterior, a categoria dos bens móveis não é monolítica. Consequentemente, é possível refutar a tendencial redução do direito das garantias mobiliárias a uma disciplina unitária, em desprezo ao modo como os bens se inserem no tráfico e às funções econômicas por eles desempenhadas.

No direito brasileiro, à primeira vista, soa estranho esse posicionamento crítico, pois, além das diversas hipóteses de penhores especiais, tem-se a alienação fiduciária como tipo autônomo de garantia. Aparentemente, portanto, tem-se um regime de garantias diversificado. Conforme visto, contudo, no fundo, todos os penhores especiais constituem meros exemplos de um tipo único, tanto estrutural, quanto funcionalmente. A própria ordenação das leis brasileiras sobre os penhores especiais o demonstra, pois, organizando-se por ramos de atividades, é desprezado

⁴²³ De lado a pretensão de dar um enquadramento dogmático definitivo para esse problema, apresenta-se, a título ilustrativo, outro modo de explicá-lo, extraído da exposição de Jaume Tarabal Bosch (BOSCH, Jaume Tarabal. *La garanzia mobiliare: l'espansione del suo oggetto*. Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Dottorato di ricerca in Diritto civile. Disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/1337/>>. Acesso em: 2018, p. 208 et. seq.) sobre a disciplina do *pegno* tal qual disciplinado na Cataluña, onde o instituto foi construído através da diferenciação entre objeto e bem: a noção de objeto da garantia rotativa constitui um meio para identificar e vincular os bens. Para explicar isso, faz-se, aqui, um paralelo com o serviço público: o objeto equivale à noção de cargo e o bem à de servidor. O cargo pertence à estrutura da administração (assim como o objeto pertence à estrutura da garantia rotativa), havendo critérios estabelecidos para a sua ocupação, variando os servidores que o ocupam ao longo do tempo, desde que satisfaçam àqueles critérios (assim como ocorre com os bens, que ocupam o objeto da garantia rotativa conforme se enquadram na sua descrição). Do mesmo modo que um cargo público, o objeto da garantia rotativa pode estar vazio, ser preenchido, desocupado e reocupado. É o que ocorre, por exemplo, com uma garantia incidente sobre créditos de cartão de crédito a serem depositados em uma conta corrente vinculada: a conta corrente constitui o objeto da garantia, estabelecendo o vínculo com os valores depositados, que variam ao longo do tempo e podem não existir em dados momentos. É claro que aí se tem uma explicação metafórica, que exigiria ulteriores desenvolvimentos dogmáticos. Não é o objetivo aqui, repita-se, a realização de construções dogmáticas definitivas. O importante para a análise a ser feita adiante é a compreensão exata do fenômeno, de modo que é possível seguir em frente, mantendo-se a análise num plano mais empírico.

o fato de que as características dos bens, os modos como eles se inserem na atividade produtiva e as suas funções econômicas oferecem parâmetros muito mais significativos. A alienação fiduciária em garantia, por sua vez, apesar de diferenciar-se do penhor por algumas vantagens que confere ao credor, também conta com um regime monolítico, desprezando – quase completamente – a riqueza dos seus objetos potenciais. No máximo, verifica-se um regime diferenciado para as garantias fiduciárias disponibilizadas aos mercados financeiro e de capitais, também impermeável à diversidade dos bens móveis.

Conforme fica claro, o direito legislado não dispõe de regimes diversificados de garantias capazes de dar conta da complexidade dos modos como os bens se inserem no tráfico. Não obstante isso, entende-se que o ordenamento pátrio tem uma abertura relativa, habilitando os agentes econômicos a modelarem garantias mais conformes às suas variadas necessidades de crédito. O meio técnico disponibilizado aos particulares para tal fim é o contrato de garantia, que, já foi dito, pode acolher cláusulas especiais moldadas pela liberdade contratual, conferindo-se mais flexibilidade às garantias mobiliárias.

Seguindo nessa esteira, o objetivo deste tópico será apresentar algumas das cláusulas de rotatividade disponíveis aos agentes econômicos. As cláusulas de rotatividade a serem trabalhadas viabilizam as garantias incidentes sobre bens destinados à transformação e, após, à venda⁴²⁴. Trata-se de prática apontada como importante para o desenvolvimento econômico, pois possibilita o acesso a linhas de crédito mais abundantes e com melhores custos a empreendedores que apenas podem oferecer em garantia os bens componentes de seu estoque de matérias-primas e de mercadorias e os créditos a serem gerados pela exploração da atividade produtiva⁴²⁵.

⁴²⁴ No estudo *Security rights in movable property in european private law*, constatou-se que, no contexto europeu, a Alemanha foi o único país que desenvolveu compreensiva garantia capaz de sobreviver à transformação e à venda do produto transformado (KIENINGER, Maria Eva (Ed.). *Security rights in movable property in european private law*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 414).

⁴²⁵ Sobre isso, veja-se um dos exemplos de prática de financiamento que o Guia Legislativo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional busca incentivar, descrito no seguinte trecho da sua versão espanhola: “28. Las empresas suelen tener que invertir capital antes de generar o percibir ingresos. Por ejemplo, para que una empresa de fabricación normal pueda iniciar sus operaciones y vender sus productos, deberá dotarse de equipo, adquirir materias primas y realizar gastos laborables para transformar las materias primas en productos acabados y venderlos en el mercado. Sólo entonces generará créditos y podrá empezar a cobrarlos. Según el tipo de empresa de que se trate, este proceso puede llevar varios meses. El fabricante necesitará

Já foi demonstrado que o ordenamento pátrio abre algumas portas a tais operações. Reforça-se isso com a explicação dada à disciplina do Decreto-Lei 413/1.969 pelo Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício em uma decisão da qual foi relator:

[...] Mais ainda, tendo o referido diploma legal [Decreto-Lei 413/1969] incluído entre os bens passíveis de penhor industrial até mesmos as matérias-primas destinadas à transformação e materiais empregados no processo produtivo, inclusive embalagens (art. 20, inc. II), criou uma engenhosa solução para o problema da guarda em depósito dos bens apenhados, por natureza destinados à circulação mercantil e à transformação industrial: impôs ao emitente da cédula [...] a obrigação de manter em estoque, por toda a duração da pendência do débito, quantidade tal dos materiais apenhados, ou dos que resultem de sua transformação, que reste permanentemente efetiva a garantia real prestada (art. 44). E, para não embaraçar a atividade econômica do financiado, cuja facilitação e continuidade, afinal, o crédito visa assegurar, estabeleceu a transferência do ônus real para o produto da transformação (art. 45) e para os títulos de crédito vinculados à comercialização do mesmo produto (parágrafo único do mesmo artigo).

Como se vê, essa solução, conquanto desfigure um tanto a feição clássica do penhor, dá remédio aos impasses que esta criava, tornando desnecessária a antieconômica e por isso indesejável imobilização dos bens em garantia e evitando o entorpecimento de atividades que, por sua natureza, requerem agilidade e flexibilidade segundo as peculiaridades necessidades do tráfico. A garantia permanece efetiva sem embaraçar a produção, como ocorreria, por exemplo, se se recorresse à infungibilização legal ou contratual dos bens apenhados.⁴²⁶

Nesse trecho, podem ser identificadas três hipóteses de rotação da garantia:

a) o produto da transformação se sub-roga no lugar da matéria-prima onerada; b) o

capital de explotación para sufragar esos gastos hasta que comiencen a fluir los ingresos. Además, la empresa necesita normalmente durante todo el proceso capital de explotación para cubrir los períodos que median entre la fabricación y la obtención de ingresos, o sea, durante el ciclo de transformación en ingresos (cuyas etapas son la compra de existencias, la fabricación de productos, la venta de éstos, la emisión de facturas o créditos por cobrar y el cobro de las mercancías, tras lo cual vuelve a empezar el ciclo) lo que usualmente dura toda la vida de la empresa.” “29. Un método muy eficaz para facilitar capital de explotación es la apertura de una línea de crédito renovable o rotatorio. Con arreglo a este tipo de financiación, para satisfacer sus necesidades de capital de explotación el prestatario solicita préstamos periódicamente garantizando su reembolso con sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros. Por lo general, el prestatario solicita préstamos cuando necesita comprar materias primas para la fabricación de existencias y reembolsa los préstamos cuando vende las existencias, se generan créditos por cobrar y percibe reembolsos de dichos créditos. Así pues, los préstamos y los reembolsos son frecuentes (aunque no necesariamente continuos) y el monto del crédito fluctúa constantemente. Como la estructura de los préstamos renovables o rotatorios se ajusta perfectamente al ciclo económico del prestatario, esta estructura suele resultar, desde una perspectiva económica, sumamente eficiente y beneficiosa para el prestatario y le ayuda a evitar endeudarse más de lo necesario (y reducir así al mínimo los gastos de intereses).” (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 2010, p. 15-16).

⁴²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 590088407*. Sexta Câmara Cível, Relator: Adroaldo Furtado Fabrício. Julgado em: 06 ago. 1991.

produto da venda (no caso, títulos de crédito) se sub-roga no lugar das mercadorias oneradas; e c) os novos bens adquiridos para a recomposição do estoque se sub-rogam no lugar dos bens originais.

Cada uma dessas hipóteses pode ser efeito de uma cláusula contratual específica, destacando-se a) a cláusula autorizando a transformação da matéria-prima dada em garantia, fixando-se a garantia sobre o produto obtido; b) a cláusula autorizando a venda do produto transformado, com extensão da garantia para o produto da venda (dinheiro, créditos ou títulos de crédito); e c) a cláusula de sub-rogação sobre bens adquiridos para a recomposição do estoque gravado pela garantia. É possível que as três cláusulas estejam previstas, de modo conjugado, em um mesmo contrato, formando-se operações dotadas de complexidade. Segue uma breve apresentação de cada uma dessas cláusulas, apontando-se os problemas considerados mais importantes⁴²⁷.

A primeira cláusula trabalhada é a de especificação, cuja finalidade é estender a garantia constituída sobre a matéria-prima para o produto da sua transformação. Duas são, basicamente, as questões a serem enfrentadas. A primeira diz respeito à disciplina da aquisição da propriedade móvel pela especificação. A segunda, aos reflexos de tal disciplina sobre o direito das garantias. Em estudo comparativo tendo por foco os diversos regimes europeus⁴²⁸, a questão foi tratada em estudo de caso sobre a reserva de propriedade para fins de garantia, concluindo-se que, como regra, a solução da primeira questão determina a solução da segunda⁴²⁹. Assim, quando a especificação implica a aquisição da propriedade pelo especificador, a garantia existente sobre a matéria-prima se extingue. O oposto se vislumbra quando o produto transformado se mantém na propriedade do titular da matéria-prima.

No direito brasileiro, assim como na maioria dos direitos europeus, como regra geral, a espécie nova é atribuída ao especificador⁴³⁰. Como consequência, a

⁴²⁷ Desconcertante é o número de problemas dogmáticos e de conflitos vislumbráveis nessas hipóteses. O objetivo, é sabido, não será dar soluções para eles. Nem mesmo se buscará catalogá-los com exatidão. Este tópico limita-se à apresentação de tais cláusulas.

⁴²⁸ KIENINGER, 2004, p. 365 et. seq.

⁴²⁹ Ibidem, p. 396.

⁴³⁰ A disciplina da aquisição da propriedade pela especificação está estabelecida nos art. 1.269-1.271 do Código Civil, fixando variações na disciplina segundo a boa ou má-fé do especificador e segundo o valor do produto obtido em relação ao valor da matéria-prima. A prevalência do direito do especificador vige na maioria dos países europeus, mesmo que o valor do trabalho seja inferior

transformação implica a extinção da garantia sobre a matéria-prima. A solução não se restringe aos casos de propriedade em função de garantia, pois, sendo originária a aquisição da propriedade pela especificação, são eliminados todos os direitos reais existentes sobre a matéria-prima, inclusive as garantias pignoratícias.

Como visto, o direito pátrio apresenta hipótese em que a disciplina legislada estabelece solução diversa, como no caso do Decreto-Lei 413/1.969, cujo regime se aproxima do americano do norte, onde a regra básica é a extensão automática do *security interest* aos *proceeds*⁴³¹. Fora da previsão legal específica, é de se cogitar a possibilidade de soluções contratuais para a manutenção da garantia.

Conforme constatado nas conclusões comparativas do estudo já citado, tendo por objeto o direito europeu, um dos únicos países europeus a contar com soluções compreensivas para o problema é a Alemanha⁴³², onde foram desenvolvidas as chamadas *products clause*⁴³³ do contrato de garantia. A partir de tais cláusulas, adotadas pela prática negocial generalizada e legitimadas pela jurisprudência,

ao da matéria-prima. Sobre isso, ver as observações comparativas feitas no estudo de caso nº 7 do livro já referido: *Ibidem*, p. 394-395. Ali são apresentadas as posições dos diversos ordenamentos europeus. Como exemplos de países que inserem variações na disciplina tendo por base o valor da matéria-prima em relação ao valor do produto do trabalho, são apontados os ordenamentos alemão, português, italiano, espanhol e grego (KIENINGER, 2004, p. 395).

⁴³¹ Segue a definição de *proceeds* adotada pelo artigo 9 do UCC: “§ 9-102 (64) Proceeds, except as used in Section 9-609(b), means the following property: (A) whatever is acquired upon the sale, lease, license, exchange, or other disposition of collateral; (B) whatever is collected on, or distributed on account of, collateral; (C) rights arising out of collateral; (D) to the extent of the value of collateral, claims arising out of the loss, nonconformity, or interference with the use of, defects or infringement of rights in, or damage to, the collateral; or (E) to the extent of the value of collateral and to the extent payable to the debtor or the secured party, insurance payable by reason of the loss or nonconformity of, defects or infringement of rights in, or damage to, the collateral.” Na Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, o conceito de “produto” aparece, com grande amplitude, no artigo 2, onde são apresentadas as definições empregadas no documento: “gg) Por “producto” se entenderá todo lo que se reciba en relación con um bien gravado, incluso lo que se perciba a raíz de la venta u otra forma de transmisión, el arrendamiento o el cobro de un bien gravado, o en virtud de haberse concedido una licencia respecto de él, así como los frutos civiles y naturales de un bien gravado, las indemnizaciones por concepto de seguros, los pagos derivados de reclamaciones por defectos, daños o pérdida de un bien gravado, y el producto del producto; hh) Por “producto elaborado” se entenderá el bien corporal que se obtenga cuando un bien corporal se una o asocie físicamente de tal modo a otro u otros bienes corporales de distinto tipo, o cuando uno o más bienes corporales se sometan a un proceso tal de fabricación, ensamblado o elaboración, que todos ellos pierdan su identidad propia.”

⁴³² KIENINGER, op. cit, p. 414 e p. 96.

⁴³³ Ver, a respeito, o *report* alemão do referido estudo, *Ibidem*, p. 366 et. seq. As soluções alemãs foram construídas para as formas de titularidade em garantia, visando a contornar as limitações do BGB quanto às garantias mobilárias tradicionais (no caso, o penhor, pois o BGB nem mesmo disciplinou a hipoteca mobiliária). Não obstante isso, as conquistas alemãs podem ser utilizadas para iluminar o direito brasileiro, inclusive quanto ao penhor.

construiu-se a concepção de *garantia prolongada*, extensível ao produto da transformação da matéria-prima originalmente gravada⁴³⁴.

As soluções alemãs são reconhecidamente pragmáticas. Mas, como é próprio dos juristas daquele país, o pragmatismo vem acompanhado da busca por concepções dogmáticas sólidas, voltadas a dar direção consistente ao desenvolvimento jurídico. Assim, a construção prática ensejou disputas dogmáticas, formando-se teorias cujo conhecimento pode ser aproveitado para iluminar o estudo do direito brasileiro.

Pelo menos três são as construções alemãs voltadas à determinar os efeitos da especificação dos bens sujeitos à propriedade em função de garantia⁴³⁵: a) a disciplina da aquisição da propriedade por especificação (§ 950 do BGB) é dispositiva, abrindo-se espaço para a liberdade contratual dispor sobre a propriedade do produto da transformação e, assim, disciplinar com desenvoltura o prolongamento da garantia por meio das cláusulas de especificação; b) A referida disciplina é imperativa, mas, por meio das cláusulas de especificação, as partes podem determinar quem é o fabricante, dispondo, por exemplo, que a especificação é feita pelo devedor em nome do credor garantido. Como consequência, este adquire a propriedade sobre o produto transformado de modo imediato, dando-se ensejo, mais uma vez, ao prolongamento da garantia por meio de cláusulas contratuais; e c) A disciplina do BGB é imperativa e a cláusula de especificação não tem nenhum valor: especificador é quem suporta os riscos da produção, adquirindo,

⁴³⁴ Esse constitui apenas um dos exemplos de prolongamento. A noção de *garantia prolongada* abrange todas as hipóteses de extensão da garantia para outros objetos diversos dos originais. Assim, o prolongamento da garantia pode dar-se para produtos transformados, para o produto da venda e para os bens que recompõem o estoque. Quanto à rotação do *crédito garantido*, tem-se a noção de *garantia estendida*, voltada a fazer a garantia circular sobre diversos créditos, viabilizando-se a formação de linhas de créditos garantidos em renovação constante. É possível que um mesmo contrato estabeleça diversas cláusulas de prolongamento (rotatividade da garantia sobre diversos bens, de modo a manter o vínculo em todas as fase do processo produtivo e da comercialização) cumulada com cláusulas de extensão (rotatividade da garantia quanto aos créditos garantidos, de modo a manter os bens vinculados a novos créditos, formando-se linhas de créditos garantidos). Assim, embora o ordenamento alemão não conte com um modelo unitário de garantia sobre o conjunto do patrimônio do devedor, Anna Veneziano observa ser esse resultado possível por meio da combinação das diversas cláusulas disponíveis aos agentes econômicos (VENEZIANO, 2000, p. 100 et. seq.). Com efeito, observa a autora ser possível a vinculação do conjunto do capital fixo e circulante da empresa mediante a combinação engenhosa das diversas cláusulas de extensão e prolongamento da garantia. Isso, associado à adoção de critérios elásticos de especialidade objetiva, permite uma plena rotatividade do objeto da garantia e do crédito garantido, viabilizando resultados análogos aos de uma garantia global. Sobre o tema desta nota, consultar: WITZ, 1990.

⁴³⁵ Ver SERICK, 1990, p. 63 et. seq, discutindo a questão no âmbito da reserva de propriedade a título de garantia.

necessariamente, a propriedade do produto. Mesmo aqui, a garantia poderia estender-se para o produto da transformação por meio de um acordo antecipado de transmissão em garantia⁴³⁶.

Não interessa aqui uma resposta cabal sobre qual dessas teorias é mais adequada ao direito brasileiro (sendo cogitáveis, ainda, outras possibilidades). O importante é destacar a existência de mais de um caminho dogmático viável, sendo possível explorá-los no direito brasileiro caso se decida por uma visão mais aberta do direito das garantias mobiliárias⁴³⁷. O acordo de transmissão antecipada, por exemplo, não contravém nenhum princípio dogmático brasileiro. Há muito já se esclareceu que a questão toca ao plano da eficácia. Pontes de Miranda, por exemplo, fala em pós-eficacização quando trata do assunto⁴³⁸. Aí se tem um ponto de partida para a análise. Não é suficiente, contudo, pois não basta que a garantia se torne eficaz no momento da constituição do crédito dado em garantia, no futuro. Impõe-se reconhecer alguma eficácia à garantia desde um momento anterior, a partir do qual será fixada a prioridade, sem o que não haverá segurança para o credor, desincentivando a concessão de crédito. Sobre isso, a disciplina do art. 1.420, § 1º, do Código Civil, é interessante, pois estabelece que “A propriedade superveniente torna eficaz, *desde o registro*, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono.” A lógica pode ser aproveitada para as garantias sobre bens futuros, aí inclusos os bens a serem criados por transformação da matéria prima onerada por uma garantia mobiliária.

Além disso, não se vislumbra razões invencíveis para negar o caráter dispositivo da disciplina da aquisição da propriedade por especificação, facilitando a abertura para construções privadas a respeito das garantias sobre o produto

⁴³⁶ De lado a primeira hipótese, minoritária no direito alemão, a doutrina parece inclinar-se para a terceira posição, criticando como dogmaticamente insustentável a segunda, adotada pela jurisprudência majoritária. Do ponto de vista pragmático, a posição jurisprudencial é mais favorável ao credor, pois ele adquire a propriedade de modo imediato. A terceira posição, ao contrário, pressupõe que a propriedade seja adquirida pelo especificador (pelo chamado “segundo lógico”) para, após, por efeito do acordo de transmissão antecipado, ser transferida ao credor. Isso implica riscos a este, pois, passando pelo patrimônio do devedor, o bem pode ser atingido por algum gravame prioritário que o acompanhará, superpondo-se à garantia. Sobre isso, de modo sucinto e claro, ver: VENEZIANO, 2000, p. 58-60.

⁴³⁷ Na Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, em se tratando de uma proposta de proposição legislativa, a hipótese aparece empiricamente formulada: “Artículo 11. [...] 1. [...] Toda garantía mobiliaria sobre un bien corporal que se transforme en un producto elaborado se extenderá a ese producto elaborado.”

⁴³⁸ MIRANDA, 2012, v. 20, p. 91.

especificado, a exemplo do que foi constatado no já citado estudo comparativo tendo por foco os diversos regimes europeus, no qual, como dito, concluiu-se ser a solução do problema da aquisição da propriedade por especificação determinante das soluções relativas à disciplina das garantias sobre a matéria prima transformada.

Seguindo em frente, é comum que o produto da matéria-prima transformada seja destinado à comercialização, sendo igualmente comum a sua venda no curso regular das atividades do devedor, mesmo que o bem esteja sujeito a algum gravame. Havendo autorização para a venda por parte do titular da garantia, as aquisições feitas por terceiros no curso regular dos negócios são livres. Mesmo não existindo autorização para a venda, a aquisição por terceiro de boa-fé no curso regular dos negócios é livre, nos termos do art. 1.268 do Código Civil.

Em se tratando de atividade de comércio de bens, o comum é a autorização para a venda dos bens gravados por garantias mobiliárias. A partir disso, inclusive, o devedor irá obter os recursos necessários para o pagamento da dívida garantida. Mas, assim, põe-se em causa a consistência da garantia: se o seu objeto pode ser vendido pelo devedor, adquirindo o comprador uma propriedade desembaraçada sobre o bem, ter-se-ia uma garantia que não garante. Sobre isso, contudo, relembra-se a observação de Anna Veneziano: a proteção do credor vai deixando de se amparar sobre o direito de sequela para concretizar-se por meio das formas de prolongamento da garantia. No caso, a garantia poderá estender-se para os créditos ou títulos de créditos obtidos com a venda e, nas operações à vista, até mesmo para o dinheiro recebido como preço. Assim, preserva-se a segurança do tráfico, sendo a perda do direito de sequela compensada pela extensão da garantia ao produto obtido com a venda dos bens originariamente gravados.

O fundamento para a sub-rogação nessas hipóteses é mais difícil, pois não há fungibilidade com o bem original, formação de uma universalidade, nem aquele vínculo íntimo existente entre a matéria-prima e o produto de sua transformação. O único vínculo identificável entre os bens em questão decorre do fato de que um é o produto da venda do outro, representando o mesmo valor que ele representava. Assim, uma explicação para a manutenção da garantia extrai-se da teoria do objeto da garantia como valor da coisa, exposta no tópico anterior.

Abstraída a discussão sobre a base teórica, o fato é que a extensão da garantia para os produtos da venda do bem gravado é uma constante nos sistemas

de garantias mais vigorosas, fenômeno incentivado nos documentos internacionais a respeito do tema⁴³⁹. No Brasil, como visto, há hipótese em que tal tipo de rotatividade é admitido pela legislação. Onde não há previsão legal expressa a respeito, é possível cogitar de soluções construídas com base na liberdade contratual. Nas discussões que seguem, a ênfase será posta na extensão da garantia para os créditos decorrentes da venda, que parece ser a hipótese mais significativa, ficando as demais de lado, ao menos por ora⁴⁴⁰.

No direito alemão, o prolongamento da garantia aos créditos decorrentes da venda do bem gravado foi construído no âmbito da titularidade em função de garantia, expediente empregado para superar, já foi dito, as limitações rigorosíssimas do BGB. Quanto à fundamentação teórica, a construção dogmática elevou-se sobre a ideia do acordo de cessão antecipada dos créditos a serem constituídos. Não se trata de uma promessa de cessão, caso em que a transferência ficaria na dependência de uma manifestação de vontade posterior do cedente. O acordo de transmissão – cuja natureza é dispositiva – forma-se no momento da constituição da garantia, tudo ficando preparado para a transmissão. Assim,

⁴³⁹ A título de exemplo, o seguinte dispositivo da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional: “Artículo 10. Derecho al producto y a fondos entremezclados. 1. Toda garantía mobiliaria sobre un bien gravado se extenderá al producto identificable de ese bien.”.

⁴⁴⁰ Para que o problema da extensão da garantia ao dinheiro ou aos títulos de crédito decorrentes da venda não passem em branco neste tópico, seguem algumas notas a respeito. À primeira vista, parece exótica a extensão da garantia ao dinheiro obtido com a venda do objeto gravado, pois se trata de bem que, incorporado ao patrimônio do devedor, perde completamente a sua especificidade. Nesses casos, contudo, pode ser contratualmente previsto o mecanismo do depósito em conta separada, conforme será visto no próximo tópico, quando for discutido o exemplo prático da chamada “trava bancária”. Por ora, destaca-se apenas o problema da constituição dessa garantia, a demandar cooperação da instituição financeira depositária, pois não aplicável a disciplina dos créditos em geral, para os quais é suficiente a notificação do devedor (no caso, o banco em que está depositado o valor, que tem o dever de restituí-lo ao titular da conta gravada) a respeito da existência da garantia. Isso porque as normas reitoras da atividade bancária costumam estabelecer que as instituições financeiras são obrigadas a aceitar, apenas, as ordens e instruções do depositante, a menos que se comprometam a acatar ordens e instruções de terceiro. Trata-se de aspecto levado em consideração na Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, no art. 25, “b”, disciplinando o chamado acordo de *control*, definido no artigo 2 nos seguintes termos: “d) Por “acuerdo de control” se entenderá: [...] ii) Con respecto a los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, todo acuerdo celebrado por escrito entre la institución depositaria, el otorgante y el acreedor garantizado conforme al cual la institución depositaria acepte seguir las instrucciones del acreedor garantizado en relación con el pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin que se requiera el ulterior consentimiento del otorgante”. Outra possibilidade é atribuir a titularidade fiduciária da conta ao credor-garantido, conforme prevê o art. 25, “c”, da mesma Lei Modelo. Quanto aos títulos de crédito, salvo melhor juízo, a rotação também é possível. O próprio direito legislado brasileiro tem disciplina expressa a respeito, conforme se viu quando do estudo do Decreto-Lei 413/1.969, que prevê a extensão da garantia para os títulos de crédito oriundos da venda dos bens gravados por garantia. É de se condenar cláusula contratual a respeito, generalizando essa disciplina? Um meio técnico viável parece ser o acordo de transmissão antecipado dos títulos obtidos com a venda.

nascendo o crédito, ele se transfere (fiduciariamente) ao patrimônio do credor de modo automático.

Tratando-se de créditos futuros, a sua causa não está constituída no momento da constituição da garantia, havendo indeterminação quanto a praticamente todos os seus aspectos. Nas garantias prolongadas, o único fator de determinação está em que tais créditos serão originados da venda dos bens gravados⁴⁴¹. Eis o liame por meio do qual a garantia prolonga-se do bem vendido para o crédito decorrente da venda.

Um fator importante para o desenvolvimento das garantias sobre créditos no direito alemão foi o impulso oferecido pela disciplina favorável da cessão, especialmente pela desnecessidade de notificação ou de qualquer meio de publicidade para a eficácia contra terceiros⁴⁴²⁻⁴⁴³. Em se tratando de garantia baseada na cessão de créditos não notificados, desonera-se a sua constituição e o devedor-garante conserva a sua legitimidade para a cobrança⁴⁴⁴, viabilizando-se a sua incidência sobre créditos em constante renovação. O conjunto possibilitou a formação de sofisticadas operações de financiamento.

No direito brasileiro, conforme visto acima, não parece haver dúvidas quanto à possibilidade jurídica dos acordos de transmissão antecipada, o mesmo sendo aplicável ao acordo de constituição dos demais direitos reais, como o penhor.

Além disso, a flexibilização do princípio da especialidade objetiva, nos termos antes expostos, favorece o prolongamento da garantia aos créditos decorrentes da venda dos bens onerados. No caso, a especialidade é atendida *per relationem*, ou

⁴⁴¹ Quanto aos critérios mínimos de especialidade adotados no direito alemão para as garantias sobre créditos futuros em geral, ou seja, fora dos casos de prolongamento, ver os estudos de Claude Witz e Rolf Serick, citados nas notas anteriores.

⁴⁴² A notificação apenas é necessária para impedir que o devedor-credido pague com eficácia ao seu credor, no caso, o devedor-garante.

⁴⁴³ A esse respeito, Claude Witz desenvolve, ao longo do artigo já citado, a ideia de que o informalismo constitui uma das principais razões para o grande sucesso do regime de garantias alemão, caracterizado pela originalidade, engenhosidade, grande facilidade de constituição e alto nível de eficiência. O contrário vige, tendencialmente, nos regimes latinos, inclusive os europeus. A respeito, a seguinte afirmação de Ajuria: “No cabe duda, y en Europa lo sabemos por experiencia, de que el Derecho de las garantías mobiliarias es propicio a una formalización excesiva.” (ROJO AJURIA, 1989, p. 744).

⁴⁴⁴ Trata-se de exemplo da fidúcia germânica na modalidade autorização, meio pelo qual o cedente, apesar de não ser mais o titular do direito, pode exercê-lo em nome próprio, estando legitimado a exercer todas as ações e prerrogativas decorrentes do crédito. Para uma exposição do tema, ver, por exemplo: JAEGER, 1968, p. 50 et. seq.

seja, a determinação do crédito dá-se por intermédio do negócio de venda, cuja estrutura evidencia o liame entre o crédito e o bem gravado.

Na cessão fiduciária de créditos no âmbito do mercado financeiro e de capitais, a solução é favorecida pela disciplina estabelecida na Lei 4.728/1965, após a redação que lhe deu a Lei 10.931/2004, admitindo garantias sobre bens futuros, com dispensa de requisitos adicionais ao contrato, especialmente o registro. Trata-se de tema pacificado pela jurisprudência recente do STJ⁴⁴⁵. Soma-se a isso a força da praxe negocial, fator apontado por Anna Veneziano como decisivo para o desenvolvimento observado no direito alemão⁴⁴⁶. Sobre esse ponto, o exemplo prático explorado no tópico seguinte deixará explícito que as restrições comumente associadas à função garantia não constituíram obstáculo à ampla difusão de operações sofisticadas de garantias tendo por objeto o crédito no Brasil. Ficarão claras, é certo, as dificuldades da jurisprudência ao trabalhar com o princípio da especialidade objetiva. Mas isso não pode ser entendido como uma oposição de fundo às práticas difusas do mercado de crédito, sendo imputável, antes, à má compreensão do significado atual do princípio em causa, a ser superada a partir do estudo do tema. Nessa esteira, é vislumbrável que a jurisprudência supere as restrições postas pela rigidez excessiva do princípio da especialidade objetiva, tema que, conforme visto, já aguarda manifestação do STJ⁴⁴⁷. No plano doutrinário, o tópico seguinte buscará dar uma contribuição a esse respeito.

⁴⁴⁵ Ver, por exemplo, AgInt no REsp nº 1.444.873, publicado em 15/05/2018; REsp 1592647, publicado em 28.11.2017; e AgInt nos EDcl no AREsp 1009521, publicado em 29.11.2017. A título de exemplo, está superada, para as garantias fiduciárias no âmbito do mercado financeiro e de capitais, a sumula nº 60 do TJSP, com o seguinte teor: “A propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor.”

⁴⁴⁶ Anna Veneziano trabalha a ideia de que a disciplina favorável da cessão, apesar de importante para as construções levadas a cabo pelos alemães, não são decisivas (VENEZIANO, 2000, p. 70 et. seq). A esse respeito, a autora confronta o direito alemão com outros ordenamentos cuja a disciplina da cessão também é favorável à ampla circulação dos créditos, mas nos quais o direito das garantias não teve o mesmo desenvolvimento. Nessa esteira, a jurista italiana conclui que o fator decisivo é a posição assumida por cada ordenamento em relação às garantias, que pode implicar restrições às cessões quando o fim é a garantia do crédito. Os principais obstáculos comumente apontados ao desenvolvimento das garantias, comuns nos direitos latinos, decorrem das exigências formais rigorosas, dos requisitos estritos de especialidade objetiva dos direitos reais de garantia e do *par conditio creditorum*. Um dos fatores trabalhados como decisivos no direito alemão para vencer as resistências as garantias mobiliárias foi a força da praxe negocial difusa na Alemanha.

⁴⁴⁷ Lembra-se que no Agravo Interno em Pedido de Tutela Provisória nº 434 foi conferido efeito suspensivo a recurso endereçado ao STJ contra decisão que afastou a natureza extraconcursal de créditos dados em alienação fiduciária em garantia por ausência do seu detalhamento no contrato (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no TP 434/SP. Terceira Turma. Relatora: Ministra

Fora do âmbito do mercado financeiro e do mercado de capitais, a questão é mais difícil. A disciplina do penhor de créditos, por exemplo, é mais restritiva, pois, além de exigir o registro da garantia e a notificação do devedor, estabelece a extinção da garantia caso o credor pignoratício autorize o empenhante a cobrar o crédito⁴⁴⁸. Quanto ao regime geral da alienação fiduciária em garantia, previsto no Código Civil, além de não trazer disciplina específica para as garantias incidentes sobre créditos, aplica-se apenas aos bens infungíveis e exige o registro constitutivo⁴⁴⁹.

Não obstante esse regime tendencialmente restritivo, é de se explorar a disciplina da cessão de crédito, questionando se ela viabiliza a construção de um regime geral mais flexível para as garantias incidentes sobre créditos. O regime brasileiro da cessão de créditos é favorável, pois dispensa as exigências mais custosas voltadas à eficácia frente a terceiros⁴⁵⁰. Vislumbra-se, assim, uma convergência com o regime alemão. É de se discutir, contudo, se não se aplica ao direito pátrio a afirmação de Anna Veneziano⁴⁵¹: o regime favorável da cessão não constitui um fator decisivo, pois ele pode ser neutralizado pelos princípios reitores do direito das garantias, a exemplo do que se observa nos direitos austríaco e suíço.

Sobre isso, ótimas discussões foram promovidas na década de 1980, em torno das largas controvérsias geradas por algumas cessões de crédito realizadas pelo Banco Meridional. Sem descer às minúcias do caso, no ano de 1.986, o Banco Meridional foi autorizado a mobilizar recursos da Reserva Monetária com o objetivo de fazer frente a dificuldades financeiras pelas quais passava. Em contrapartida, cedeu ao Banco Central do Brasil diversos créditos dos quais era titular. A cessão foi feita *pro solvendo* (o cedente manteve-se responsável pela solvência dos créditos cedidos, devendo pagá-los em caso de insucesso da cobrança) e o Banco Meridional reservou para si as pretensões e ações decorrentes dos créditos cedidos.

Nancy Andrichi. Relator p/ Acórdão Ministro: Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 12 set. 2017. *DJe* 05 out. 2017).

⁴⁴⁸ Ver os artigos 1.452, 1.453 e 1.457 do Código Civil.

⁴⁴⁹ Nesse sentido, o art. 1.361, caput e §1º, do Código Civil.

⁴⁵⁰ A notificação do devedor tem o único objetivo de evitar o pagamento eficaz ao credor, não sendo requisito de validade ou fator de eficácia, nem mesmo para terceiros. Com efeito, nos termos do art. 288, basta a instrumentalização da cessão por instrumento particular para a sua eficácia em relação a terceiros. Ainda, o conflito de cessões é resolvido com base na tradição do título do direito cedido (art. 291), dispensando registro ou notificação. Para terceiros em geral, portanto, basta a instrumentalização da cessão por documento, que pode ser particular.

⁴⁵¹ (VENEZIANO, 2000, p. 70 et. seq. A autora explora os exemplos suíço e austríaco.

Com essa reserva, objetivou-se habilitá-lo a cobrar, em nome próprio, os créditos, repassando ao cessionário o produto obtido com a cobrança, liberando-se a partir disso. Essa sistemática foi adotada porque o Banco Central não estava aparelhado para a cobrança, além de não ter interesse qualificado em fazê-la, pois mantida a responsabilidade do cedente.

Promovida a execução judicial dos créditos, os demandados arguiram a ilegitimidade ativa do Banco Meridional para a cobrança, pois, com a cessão, ele deixara de ser titular dos créditos executados, não podendo, assim, cobrá-los em nome próprio. A amparar esse posicionamento, Clóvis do Couto e Silva⁴⁵² proferiu parecer sustentando a impossibilidade de cindir o direito subjetivo, a pretensão e a ação, pois o direito brasileiro não conta com regra admitindo tal divisão, ao contrário do que ocorre no direito alemão (§185 do BGB). Em outros termos, a cisão em causa seria atípica e, assim, juridicamente impossível. Desse modo, à falta de autorização legal expressa, o cedente não teria legitimidade para demandar direito alheio em nome próprio.

Pareceres em sentido contrário foram proferidos por Arnaldo Wald⁴⁵³ e Galeano Lacerda⁴⁵⁴. O primeiro autor, dentre os inúmeros pontos de seu complexo parecer, constatou que as objeções dos demandados tinham por base discussões eminentemente teórico-doutrinárias, deixando de lado a apreciação do substrato econômico dos negócios jurídicos em causa. Sobre isso, a despeito das discussões sobre a natureza da cessão *pro solvendo*, referiu tratar-se de um instituto misto, compreendendo aspectos de diversos outros negócios. O autor dá ênfase ao aspecto formal, por assim dizer, de tal modalidade de cessão, hábil a satisfazer a mais variada gama de interesses. No caso, observou Wald, o caráter multiforme da cessão *pro solvendo* foi explorado para a constituição de um negócio fiduciário com fim de garantia, promovendo-se uma repartição equânime e simétrica das responsabilidades, obrigações, direitos e atribuições entre as partes. Nessa esteira, ficaram claras as razões pelas quais o cedente manteve as ações e pretensões relativas ao crédito cedido na sua posição jurídica: não se tratando de uma

⁴⁵² SILVA, Clóvis do Couto e. Cessão de créditos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 638, p. 10-14, 1988a.

⁴⁵³ WALD, Arnaldo. *Da legalidade e licitude da cessão de crédito com reserva, em favor do cedente, das ações e pretensões inerentes ao crédito cedido*. Rio de Janeiro, 1987 [parecer inédito].

⁴⁵⁴ LACERDA, Galeno. Cessão de crédito e legitimação no sistema bancário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 644, p. 18-28, 1989.

transmissão pura e simples, pois o cedente continuou corresponsável pelo pagamento, era evidente o interesse material na cobrança, a amparar, jurídica e economicamente, a sua legitimidade para estar em juízo, a despeito das considerações dogmático-formalistas em sentido contrário.

Galeano Lacerda, por sua vez, abordou o caso a partir do “livro magistral”⁴⁵⁵ de Carlos Alberto da Mota Pinto a respeito da cessão de contrato (cessão da posição contratual, na terminologia jurídica portuguesa), no qual são vigorosamente combatidas posições puramente lógico-nominalistas incapazes, na sua abstração exacerbada, de apreender a realidade e de penetrar no verdadeiro conteúdo das posições jurídicas em causa. Nessa esteira, o autor brasileiro utiliza a obra do autor português para contestar a tese da unicidade e incindibilidade da posição jurídica cedida. Com efeito, na citada obra, é promovida uma detalhada “dissecação” das posições jurídicas estudadas, sendo exploradas as múltiplas possibilidades de seus desmembramentos e a variedade dos modos como os diversos elementos podem ser distribuídos entre as partes, sendo inviável dominar formalmente, em *numerus clausus*, todo o universo de possibilidades existentes. Dando um passo adiante nessa esteira, Galeano Lacerda recorre aos ensinamentos de Otto de Sousa Lima⁴⁵⁶, no sentido de que o direito não pode fechar-se em *numerus clausus* dentro de formas típicas, insuficientes para dar conta da complexidade das relações. Dentro desse contexto, avulta a utilidade dos negócios fiduciários, dotando o direito de formas dúcteis, idôneas para acolher as mais variadas manifestações da vida humana.

No caso em tela, partindo da fundamentação teórica indicada e concordando com Arnoldo Wald, Galeano Lacerda constatou que a cessão em causa tinha natureza fiduciária, de modo que o cedente conservou interesses materiais ponderáveis e legítimos, dignos de tutela jurídica, os quais não poderiam ser censurados, única e exclusivamente, por não se subjugarem aos “conceptualismos resultantes de ‘tipos’ formais de direito privado, empecedores da livre realização do direito, segundo interesses legítimos, impostos pelas situações novas do convívio”. Mais especificamente, como o Banco Meridional continuava responsável pelos créditos cedidos, apenas se liberando se a sua cobrança fosse efetiva, havia

⁴⁵⁵ Assim Galeano Lacerda qualifica a seguinte obra do autor português: PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.

⁴⁵⁶ LIMA, 1962.

interesse material legítimo a amparar a cessão da posição jurídica, sendo irrelevante a existência de autorização específica para isso em artigo expresso de lei.

Voltando ao tema da tese, é de se concluir, a partir da discussão desse exemplo, que o regime favorável da cessão permite vislumbrar caminhos mais flexíveis para as garantias sobre créditos, facilitando a sua constituição e viabilizando uma repartição mais maleável dos múltiplos elementos componentes das posições jurídicas creditícias. Como resultado, tem-se aí outra via a ser explorada pelos agentes econômicos na construção de soluções mais ajustadas aos seus interesses concretos, a exemplo do que ocorreu no direito alemão.

Por fim, a cláusula de sub-rogação sobre as matérias-primas/mercadorias adquiridas para recompor o estoque, substituindo os bens originalmente gravados. Diversos podem ser os recursos teóricos a serem empregados para defender a legitimação das garantias nesse caso. Em primeiro lugar, há o suporte da legislação especial já citada. Ainda, é possível recorrer à ideia de garantia sobre universalidade ou às garantias sobre bens fungíveis, sempre aceitas no Brasil com boa tranquilidade, conforme também foi visto. Por fim, poder-se-ia recorrer ao acordo de transmissão antecipado, cuja possibilidade já foi referida. A liberdade contratual pode explorar qualquer deles.

Em suma, no direito brasileiro não existem obstáculos dogmáticos invencíveis bloqueando a adoção das cláusulas de rotatividade estudadas.

Certamente, tais cláusulas ensejam diversos problemas, não sendo o objetivo resolvê-los nessa sede. Seguem, contudo, algumas notas a respeito. Uma grande questão a ser resolvida pela teoria das garantias rotativas diz respeito à delimitação da garantia, pois, com a possível cumulação das diversas cláusulas referidas em um mesmo contrato, vislumbra-se a possibilidade de sua multiplicação: uma garantia poderia onerar as novas matérias-primas substitutivas das originais, estender-se para o produto da sua transformação e para o produto decorrente da sua venda.

No direito norte-americano, a ampliação da garantia é aceita com boa tranquilidade, tendo por apoio a disciplina do *UCC*⁴⁵⁷. No direito brasileiro, salvo

⁴⁵⁷ Interessante a explicação de LoPucki e Warrem a respeito da disciplina do *UCC* §9-102 (a) (12) combinado com o §9-315 (a), dos quais se extrai que a garantia pode incidir sobre os *proceeds* mesmo sem liberar o bem originalmente gravado que foi alienado a terceiro (salvo se a alienação tiver sido feita no curso regular dos negócios): “Just as the monster in the old B-movie, *The Blob*, absorbed everything it came in contact with and grew constantly larger, the secured creditor’s

melhor juízo, não é possível ir além da substituição, vedado o reforço. É o resultado do mecanismo da sub-rogação, implicando essa ideia de substituição. Assim, sub-rogando-se a garantia sobre determinado bem, dá-se a liberação dos outros.

No âmbito da transformação dos bens sujeitos à garantia, põe-se a questão do emprego de bens de diversos fornecedores titulares de reserva de domínio (ou sujeitas a garantias reais em favor de diversos credores) para a obtenção do produto final. Nesse caso, a disciplina do art. 1.272, §2º do Código Civil, estabelecendo como regra básica a formação de condomínio sobre o todo – regra aplicável às hipóteses nas quais a fusão gera espécie nova, nos termos do art. 1.274 do Código –, vai ao encontro da posição adotada nos sistemas de garantias mais desenvolvidos e reproduzidas nos documentos internacionais voltados à uniformização do direito das garantias, no sentido de preservar, proporcionalmente, as diversas garantias⁴⁵⁸. A lógica do referido artigo pode, portanto, ser estendida aos direitos reais de garantia, possibilitando-se às partes o estabelecimento de cláusulas que gravem parte ideal do todo obtido com a matéria-prima utilizada. Ressalta-se que a possibilidade de garantia real sobre parte ideal de um bem é expressamente autorizada pelo art. 1.420, §2º do Código Civil.

Ainda quanto às garantias incidentes sobre bens voltados à transformação, observa-se que a atividade produtiva agrega valor ao bem. A questão é decidir se esse valor agregado “engorda” a garantia existente sobre a matéria-prima. No direito alemão, o entendimento jurisprudencial firmado vai no sentido de que a extensão da garantia ao valor total do produto transformado é excessiva, declarando-se a invalidade ou ineficácia da garantia⁴⁵⁹. Frente a esse risco, as condições gerais dos

colateral absorbs everything for it is exchanged and grows larger also.” (LOPUCKI; WARREN, 2009, p. 171).

⁴⁵⁸ Nesse sentido, a Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional: “Artículo 11. [...] 2. Toda garantía mobiliaria que se extienda a una masa se limitará a la misma proporción de la masa que la que exista entre la cantidad del bien gravado y la cantidad total de la masa inmediatamente después de la mezcla. 3. Toda garantía mobiliaria que se extienda a un producto elaborado se limitará al valor que tenía el bien gravado inmediatamente antes de que pasara a formar parte del producto elaborado.”

⁴⁵⁹ Em países onde o estudo do direito das garantias é mais desenvolvido, já se percebeu o quanto o excesso de garantia implica subutilização dos bens e desperdício de crédito, uma vez que embaraça a utilização do bem para a obtenção de novos créditos. O direito alemão, por exemplo, construiu soluções voltadas a coibir as garantias excessivas, assim entendidas as que implicam interferência indevida do credor sobre as atividades do devedor, limitando desproporcionalmente o seu acesso a outras fontes de crédito. Sobre isso, além dos estudos de Claude Witz e Rolf Serick, já citados, aborda a questão: GAMBARO, 1993. A doutrina brasileira, por outro lado, ao tratar do tema do excesso de garantia, é, no mais das vezes, de uma brevidade irritante, limitando-se a

negócios empregadas na praxe alemã estabelecem a copropriedade com o devedor, conforme a proporção entre o valor da matéria-prima no momento anterior à transformação e o valor do produto acabado. O mesmo critério de repartição é empregado para delimitar os direitos concorrentes de titulares de garantias sobre matérias-primas empregadas para a obtenção do produto final⁴⁶⁰. Essas conclusões parecem ser compatíveis com o direito brasileiro, tendo em vista os fundamentos apresentados no parágrafo anterior.

Como se vê, muitos são os problemas a serem enfrentados caso se decida conduzir o direito das garantias por caminhos mais abertos. Não é possível, nesta sede, resolvê-los ou, mesmo, catalogá-los todos. O que foi exposto, contudo, é suficiente para deixar claro que, no mínimo, existem bons pontos de partida para fazer frente às principais questões geradas pelos diversos tipos de cláusulas de rotatividade.

Visto isso, estuda-se uma aplicação prática da teoria das garantias rotativas, demonstrando-se as suas potencialidades para a solução de questões difíceis. Ao final desta demonstração, será possível vislumbrar o quanto a doutrina pode contribuir com o aprimoramento do direito das garantias mobiliárias.

2 Uma aplicação prática da teoria das garantias rotativas: a questão da trava bancária na recuperação judicial

Uma das polêmicas ensejadas pela Lei de Recuperação e Falências (LRF)⁴⁶¹ gira em torno da chamada trava bancária, caracterizada quando um credor retém os valores obtidos a partir da cobrança dos créditos e títulos de crédito recebidos em garantia, normalmente fiduciária, até o pagamento da dívida garantida. A questão é delicada no âmbito da recuperação judicial do devedor, pois a trava interrompe o fluxo de caixa da empresa, que, já se encontrando em dificuldades financeiras, fica inviabilizada de se recuperar.

repetir ideias como a de Caio Mário – no Código atual, confortada pelo art. 1.421 –, no sentido de que o devedor não pode eximir o bem onerado, sob fundamento de excesso de garantia, qualidade natural da garantia real (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 4, p. 208).

⁴⁶⁰ Sobre essas questões, ver: VENEZIANO, 2000, p. 60.

⁴⁶¹ Lei 11.101/2005.

O problema se põe no âmbito das garantias reais sobre créditos⁴⁶² e títulos de créditos, garantias da predileção dos bancos, pois o bem típico da atividade bancária é, justamente, o crédito. Além disso, o principal problema posto pelas garantias – a sua execução – é sobremaneira abreviado quando elas incidem sobre tais bens, pois o credor pode, vencido o crédito dado em garantia, cobrá-lo diretamente para, no momento oportuno, imputar o valor obtido na satisfação do crédito garantido. Não constitui, assim, nenhuma surpresa a importância desse tipo de garantia no financiamento da produção.

A questão gira em torno do disposto nos §§ 3º e 5º do art. 49 da LRF. Deixando a explicação das peculiaridades do problema para doutrina já formada sobre o assunto⁴⁶³, a controvérsia surge quando a empresa que deu em garantia os créditos dos quais era titular entra em recuperação judicial. O impasse é o seguinte: o credor garantido cobra os créditos que compõem a garantia e retém o valor assim obtido para imputá-lo na liquidação da dívida garantida em caso de futuro inadimplemento (trava bancária); o devedor em recuperação, por outro lado, pretende a liberação imediata do valor, necessário para o prosseguimento da atividade econômica. Como resultado, o Poder Judiciário é posto frente a um impasse dramático, pois lhe cabe conciliar o princípio da preservação da empresa com a proteção do mercado de crédito.

Passados alguns anos de discussão sobre o problema, o debate parece ir se esterilizando. Um dos modos de colocá-lo toca nos marcos de referência utilizados pelos agentes econômicos na tomada de decisões e a questão, em síntese, parece reduzir-se a discutir se o julgador pode opor-se aos termos claros da lei. Pelo entendimento majoritário da doutrina, o Poder Judiciário somente pode liberar a trava na hipótese – improvável – de o credor concordar com a substituição ou com a renovação da garantia. A jurisprudência, por sua vez, submetendo-se ao STJ, vai,

⁴⁶² Sobre direitos reais incidentes sobre créditos, ver a tese de cátedra já citada: BAPTISTA, 1947. Um bom ponto de partida para a análise é o estudo da cessão de crédito como contrato de disposição. Para um contato inicial, ver: LEONARDO, 2005. Tratando dos contratos de disposição com profundidade no Brasil, demonstrando a amplitude da categoria, que abrange a disposição de créditos, ver: VANZELLA, 2012.

⁴⁶³ O tema é abordado em qualquer comentário à Lei de Recuperação e falência (LRF) e nos diversos manuais sobre direito empresarial. Especificamente sobre o tema, além das referências feitas ao longo do artigo, ver, exemplificativamente: SALAMA, Bruno Meyerhof. Recuperação Judicial e trava bancária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 59, p. 13-23, 2013; PODICAMENI, Giovanna Luz. A trava bancária na recuperação judicial. *Revista da EMERJ*, v. 17, n. 66, p. 158-186, 2014; e MUNHOZ, Eduardo Secchi. Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa. *Revista do Advogado*, n. 105, 2009.

da mesma forma, se pacificando no sentido favorável à manutenção das travas⁴⁶⁴. Na base da solução está o entendimento de que o objetivo claro da lei nesse ponto é proteger o mercado de crédito.

Mas a solução é amarga, pois, estando em causa os recursos necessários à recuperação da empresa, fica na penumbra um fim precípuo da LRF. Previsivelmente, frente a uma posição tida por radical, as cortes inferiores tendem a buscar válvulas de escape para promover a quebra das travas nas situações mais dramáticas. Para isso, contudo, é necessário *derrubar a própria garantia*: uma reação radical a uma solução radical estabelecida na cúpula. Nessa esteira, conforme constatou Mauro Teixeira de Faria, a jurisprudência, principalmente paulista, vem derrubando muitas garantias reais sob o fundamento de que não houve descrição adequada dos créditos dados em garantia. A conclusão do autor foi a seguinte:

Esta discussão, pode-se concluir, ensejou a formação de consolidada jurisprudência lastreada em diversos precedentes proferidos no âmbito das Câmaras Especializadas do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo – com reflexos ainda tímidos em outros Tribunais –, nos quais se entendeu que os contratos bancários e instrumentos de cessão com remissões genéricas ao bem objeto da cessão não cumprem requisito de constituição da garantia. A jurisprudência, portanto, indica que é necessária, no momento do registro do instrumento de cessão fiduciária de recebíveis, a especialização do bem objeto da garantia, mesmo em hipóteses de recebíveis futuros consubstanciados em títulos como duplicatas, boletos e outros de livre circulação.⁴⁶⁵

Salvo melhor juízo, a questão de fundo desses julgados não é, propriamente, o princípio da especialidade objetiva: partindo-se do princípio da preservação da empresa, busca-se encontrar um fundamento para a derrubada das travas bancárias, garantindo-se a irrigação do caixa da empresa e viabilizando-se a sua recuperação. Em outros termos, a jurisprudência utiliza o princípio da especialidade objetiva para invalidar a garantia, classificar o crédito como quirografário e liberar a trava, atendendo ao princípio da preservação da empresa.

⁴⁶⁴ Para evitar repetições desnecessárias, vejam-se os inúmeros julgados do STJ colacionados por Mauro Teixeira de Faria nas notas 30 e 32 do seguinte artigo: FARIA, Mauro Teixeira de. Liberação de recebíveis por conta do desatendimento do requisito de especialização do bem objeto da garantia fiduciária. Sujeição do crédito garantido aos efeitos da recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 75, p. 59-87, 2017.

⁴⁶⁵ FARIA, 2017, p. 12.

Mas é possível questionar se já foram exploradas todas as possibilidades teóricas para a solução desse impasse e verificar se a questão já está, realmente, consolidada. Uma das linhas a serem seguidas leva a uma análise mais penetrante do direito das garantias para verificar se ele não oferece novas perspectivas para o debate, oxigenando as discussões e conduzindo-as a rumos mais produtivos. Eis, então, a oportunidade para uma análise que conecte o problema da trava bancária na recuperação judicial com um estudo mais apurado dos princípios reitores da criação e do funcionamento das garantias mobiliárias.

Seguir por esse rumo conduz a discussão para o campo das garantias rotativas. Com efeito, no âmbito em que a trava bancária se coloca como problema – garantias reais incidentes sobre créditos e títulos de crédito –, o padrão recorrente é o da garantia rotativa, pois, em se tratando de bens em fluxo de renovação constante, tem-se por excepcional a constituição de garantias fixas, presas aos bens na sua individualidade. Colocada nesses termos, a discussão entronca com o posicionamento jurisprudencial acima referido, pois a configuração do princípio da especialidade objetiva – empregado na fundamentação das referidas decisões – é decisivo na concepção de garantia rotativa.

Em síntese, é possível estabelecer um nexo entre o problema da trava bancária e a teoria das garantias rotativas, a ser explorado neste tópico. Eis, então, a questão posta a desate: a concepção de garantia rotativa pode contribuir para iluminar a solução do problema da trava bancária na recuperação judicial?

2.1 Especialidade objetiva e trava bancária na jurisprudência

Conforme referido, a jurisprudência, principalmente paulista, vem se manifestando reiteradamente sobre o tema apresentado, gerando a impressão de que as posições a esse respeito estão consolidadas ou em vias de consolidar-se. A fundamentação das decisões consultadas, contudo, além de muito sucinta, tem por base critérios instáveis. Assim, não é possível falar em consolidação jurisprudencial, muito embora as decisões remetam umas às outras criando a – falsa – aparência de se tratar de um produto seguro, obtido a partir de reflexões maduras, lapidadas pelo tempo.

De imediato, muitas das ementas dos julgados analisados são enganosas, pois dão a impressão da exigência de descrição rigorosa dos bens. A análise

cuidadosa do conteúdo dessas decisões, contudo, permite identificar muitos casos de pura e simples falta de especialidade objetiva. São comuns, inclusive, casos de cláusulas contratuais remetendo a descrição dos bens (normalmente, títulos de créditos) a documentos anexos inexistentes ou não juntados aos autos. Tais casos podem ser liminarmente abstraídos, pois não se trata de discutir a concepção ou os limites da especialidade objetiva, mas de pura e simples falta dela, em alguns casos em violação ao próprio contrato, cujo conteúdo estabelece o modo como a especialização deveria ser realizada⁴⁶⁶.

Abstraídos esses casos, ainda se encontra um terreno muito acidentado para as discussões. O próximo passo é discutir a formalização com respeito à especialidade objetiva. Em outros termos, como deve ser formalizada a descrição dos bens? À primeira vista, a questão é prosaica. Mas tem sido dotada de implicações graves em negócios envolvendo alguns milhões de reais. Na jurisprudência consultada, há uma grande imprecisão em determinar se a especialização deve constar do contrato ou se pode estar em documento anexo. Sobre isso, não é isento de críticas o entendimento de que a descrição dos bens é um componente essencial do conteúdo do contrato de garantia. Não apenas por ser comum dar em garantia bens futuros, mas também porque as substituições demandariam adendos contratuais, com formalização rigorosa. Por isso são discutíveis os julgados que decidem os conflitos gerados pelas cédulas de crédito bancário (CCB) com base no art. 1.362, IV do Código Civil, impondo constar a descrição dos bens do “contrato, que serve de título à propriedade fiduciária” e, a partir disso, anulando garantias cuja descrição dos títulos de crédito é feita, exemplificativamente, em borderôs, conforme é da praxe comercial difusa. Vejam-se, sobre esses aspectos, as seguintes ementas:

⁴⁶⁶ Nesse sentido, por exemplo, o Agravo de Instrumento nº 2017340-35.2014.8.26.0000, do TJSP, cuja ementa dá conta da inobservância do disposto no art. 1.362, IV, do Código Civil por ausência de “*descrição pormenorizada*, do objeto dado em garantia”. No corpo da decisão, contudo, o que se lê é o seguinte: “Abaixo restou consignado: [segue reprodução de uma cláusula contratual] “O(s) bem(ns) e/ou títulos de crédito objeto do presente, sendo sempre livre(s) e desembaraçado(s) de quaisquer ônus, dívidas ou dúvidas, está(ão) detalhadamente descrito(s) e caracterizado(s) no Anexo I, [...]” Entretanto, no Anexo I (fls. 462/463) não houve qualquer indicação de objeto devidamente listado.” Outros exemplos extraem-se dos seguintes julgados, todos do TJSP, nos quais é possível ver que a *ratio* da decisão foi no sentido de que o próprio contrato de garantia previa a existência de documento anexo identificando os bens dados em garantia, documento que, ou não foi elaborado, ou, se o foi, não foi juntado aos autos, o que dá no mesmo: Agravos de Instrumento nº 2118430-86.2015.8.26.0000; nº 2110279-34.2014.8.26.0000; nº 2118430-86.2015.8.26.0000; nº 2110279-34.2014.8.26.0000; e nº 2112204-65.2014.8.26.0000.

Pondere-se, por derradeiro, afigurar-se inócua a indicação pormenorizada dos créditos que seriam objeto da cessão fiduciária através de documentos não levados a registro, tais como os borderôs com os quais acena o agravado, na medida em que o ato registrário afigura-se essencial à constituição da propriedade fiduciária.⁴⁶⁷

A agravante apresentou a relação de todos os títulos cedidos fiduciariamente (fls. 230/311) visando identificar as garantias, contudo referidos documentos não constaram do instrumento contratual levado a registro, razão pela qual não restaram preenchidos os requisitos legais necessários para a constituição da propriedade fiduciária.⁴⁶⁸

Em se tratando de garantia sobre bens em circulação, é aceitável a descrição em documento anexo, passível de ser atualizado sem grandes exigências formais. A prática da descrição apartada dos bens dados em garantia, inclusive, é antiga no direito pátrio. Veja-se, a título de exemplo, o disposto no art. 14, § 2º do Decreto-Lei 413/1.969 e no art. 14, § 2º do Decreto-Lei 167/1.967. O mesmo decorre do art. 33, parágrafo único, da Lei 10.931/2.003. Nesse sentido, parece que ia andar a decisão paulista cujo trecho segue:

Nota-se, é verdade, que os instrumentos de cessão referem-se a emissão de borderôs físicos ou eletrônicos (fls. 48 item 1), e no item 3(A) menciona: As duplicatas físicas ou escriturais, aceitas pelo BANCO (“Duplicatas”), estas representadas por borderôs, que poderão ser apresentados sob a forma escrita ou eletrônica (fls. 48-verso). Por outro lado, há menção na cédula de crédito de que as garantias seriam descritas e individualizadas em documento separado (item 4.11 fls. 45).

Instado a apresentar tal relação, o agravante juntou o extrato que vem copiado às fls. 154/224, onde constam diversas operações de desconto de duplicatas que, embora coincidam com o período em que foi contratado o empréstimo, não trazem vinculação alguma com as cédulas, como, por exemplo, remissão a seu número ou à conta vinculada, pelo que a propriedade fiduciária não se aperfeiçoou, configurando, portanto, hipótese de crédito quirografário e sujeito aos efeitos da recuperação judicial.⁴⁶⁹

Ao que parece, tendia-se a aceitar a descrição dos bens por meio dos borderôs apresentados, conforme fora previsto no contrato, em cláusula comum nesse tipo de negócio. Mas, apesar de tudo indicar que tais borderôs representavam operações de desconto vinculadas às cédulas em questão, conseguiu-se descobrir um vício formal para desqualificar a garantia.

⁴⁶⁷ Agravo de Instrumento nº 2050745-28.2015.8.26.0000. O mesmo entendimento aparece, exemplificativamente, no Agravo de Instrumento nº 2091883-72.2015.8.26.0000, sempre do Tribunal paulista.

⁴⁶⁸ Agravo de Instrumento nº 2033287-66.2013.8.26.0000 do TJSP.

⁴⁶⁹ Agravo de Instrumento nº 0217695-66.2012.8.26.0000 do TJSP.

Embora não se disponha dos autos para uma análise mais penetrante, o conteúdo da decisão leva a crer tratar-se de caso cuja descrição dos bens satisfazia a exigência da “fácil identificação”, conforme estabelecido no art. 33 da Lei 10.931/2004. É este o artigo – e não a disciplina do Código, normalmente aplicada pela jurisprudência – que rege a matéria. Não apenas por se tratar de legislação especial, mas também porque o registro de uma indicação mais genérica dos bens onerados, com a fixação do limite máximo da garantia, possibilitando o atendimento do requisito legal da fácil identificação, oferece um nível de segurança adequado, dispensando-se a indicação e constante atualização e reatualização da identidade individual dos bens no contrato.

Superada a formalização (sem esgotar, por óbvio, a questão), volta-se o foco para o conteúdo da especificação dos bens. Veja-se, como ponto de partida, o grau severo de especificação exigido na descrição de títulos dados em garantia no seguinte julgado:

Na hipótese dos autos não houve descrição dos títulos objeto da cessão fiduciária. Constatou-se do instrumento respectivo “IV- OBJETO DA GARANTIA: Duplicatas, físicas ou escriturais, de emissão da GARANTIDORA contra seus clientes” (fls. 151) e, ainda, que foram objeto da cessão fiduciária “1. Para garantir o cumprimento de todas as Obrigações Garantidas, a GARANTIDORA cede e transfere, neste ato, ao BANCO, nos termos do art. 66-B da Lei 4.728/65, a propriedade fiduciária e a posse indireta dos Títulos, devidamente descritos e identificados nos borderôs ou arquivos eletrônicos previamente entregues ao BANCO.” (fls. 152).
Observa-se, pois, sem qualquer margem de dúvida, que não foram descritas as duplicatas objeto da cessão fiduciária, não se sabendo quem são *os clientes da devedora contra quem foram sacados os títulos, os respectivos valores e datas de vencimento de cada qual*, restando efetivamente descumprido o dispositivo legal em referência. A cessão fiduciária de que se cogita não tem objeto concreto, mas mera intenção de cessão de títulos.⁴⁷⁰

Ao contrário do que consta da decisão, há muita margem para dúvidas, pois é difícil de aceitar a exigibilidade de tal nível de detalhamento na descrição de títulos de crédito dados em garantia. Já foram indicados aspectos a respeito do modo como, no direito italiano, questões idênticas vêm sendo tratadas, dispensando a especificação individual dos títulos e pondo-se a ênfase sobre o valor global da garantia. Trata-se de critério a ser explorado no Brasil, estando em conformidade, como visto, com o entendimento doutrinário brasileiro sobre a razão de ser da

⁴⁷⁰ Agravo de Instrumento nº 2172054-50.2014.8.26.0000 do TJSP. (grifo não original)

especialidade objetiva. Também é possível argumentar a partir da citada disciplina da Lei 6.840/1980, base para a conclusão de que o objeto da garantia é um valor global representado por títulos de crédito. Trata-se de uma disciplina aplicável às garantias da CCB, em atendimento ao disposto no art. 30 da Lei 10.931/2.004, que remete à legislação comum e especial sobre as garantias. Mesmo abstraindo isso, ainda é possível sustentar a aplicação analógica de tal disciplina, pois ela encontra no campo abrangido pela Lei 10.931/2.004 um ambiente natural de aplicação. De lado a remissão à tal Lei, ainda é possível argumentar que solução ali estabelecida se impõe, pelo menos, para os bens fungíveis. Com efeito, conforme esclareceu Clóvis Bevilacqua ao comentar o art. 770 Código de 1916, que disciplinava o penhor de bens fungíveis, “basta declarar-lhe a qualidade e quantidade, porque se entende que tais coisas não têm existência individual, existem como representativo do gênero, a que pertencem, e podem, por isso mesmo, ser substituídas por outras da mesma qualidade, em igual quantidade.”⁴⁷¹ E a afirmação é tanto mais convincente por ter sido feita por um civilista, em comentário a um Código Civil, há exatamente um século, quando a economia brasileira ainda era colonial⁴⁷². Tudo somado, não é pouca coisa.

Seguindo em frente, também não é sem problemas o tratamento dado pela jurisprudência às garantias incidentes sobre bens futuros. Veja-se um exemplo:

[Ementa] Recuperação judicial. Classificação do crédito. Cessão fiduciária de direitos creditórios. Depósitos em conta vinculada. Ausência de qualquer identificação da origem dos valores a depositar. Créditos objeto da garantia nunca foram minimamente especificados. Ausência, ademais, de saldos nas contas. Titularidade fiduciária não aperfeiçoada. Inclusão como quirografário. Decisão mantida. Agravo de instrumento desprovido.

[...]

[Fundamentação] No caso, malgrado não se negue a possibilidade de cessão fiduciária de direitos creditórios, considerados móveis por determinação legal (art. 83, III, do CC), são situações jurídicas identificáveis, mesmo futuros os recebimentos. O crédito tem sujeitos determinados ou determináveis, envolvendo relação com objeto próprio. Destarte, possível a especificação de elementos mínimos de identificação, mesmo conforme a exemplificação do Juízo de origem, ao menos quanto ao tipo e origem dos ativos. Não bastava, pois, na espécie, o instrumento simplesmente dizer que seriam objeto de cessão fiduciária quaisquer créditos realizados pelo cedente ou terceiros em conta vinculada (item VI).⁴⁷³

⁴⁷¹ BEVILACQUA, 1917, v. 3, p. 342.

⁴⁷² Sobre isso, ver: GOMES, 1958.

⁴⁷³ Agravo de Instrumento nº 2227540-20.2014.8.26.0000 do TJSP.

A decisão indica a necessidade de a especificação individualizar os aspectos causais dos créditos futuros, não considerando suficiente a determinação dos bens *per relationem*, por meio da remissão a uma conta vinculada à operação.

Por crédito futuro, entenda-se um crédito cuja causa ainda nem mesmo foi constituída. Pode ser objeto de garantia real? Não se pretende explorar a questão dogmática aí envolvida. Para os objetivos aqui pretendidos, basta destacar a previsão legal da Lei 10.931/2004, acima referida, prevendo garantias sobre bens futuros. Quanto à praxe negocial, lembra-se o exemplo da garantia incidente sobre créditos de cartão de crédito a serem depositados em uma conta vinculada à garantia. Com esse mecanismo, é possível remontar cada crédito de constituição futura à data da constituição da garantia, mesmo anterior, definindo, desde então, a ordem de prelação.

Quanto à especificação, este exemplo é interessante, pois os créditos em questão – futuros – são, quando da constituição da garantia, absolutamente indeterminados quanto a todos os seus aspectos causais. O único traço de união refere-se ao fato de que serão originados a partir de uma operação de cartão de crédito. Isso confere-lhes uma especificação mínima, atendendo-se – mesmo *a posteriori* – à exigência da fácil identificação estabelecida na Lei 10.931/2004. Salvo melhor juízo, o mecanismo da conta vinculada atende, do mesmo modo, o requisito da fácil identificação, satisfazendo, *per relationem*, a especialidade objetiva.

Caso o entendimento penda para a solução oposta, questiona-se: como ficam, então, os *project finance*, cuja base está, justamente, na “captura” dos créditos futuros, a serem gerados pela exploração do empreendimento?⁴⁷⁴

Deixando-se de lado a hipótese especial do *project finance*, própria do financiamento de grandes empreendimentos, é possível ventilar as discussões com práticas do direito comparado. Imagine-se a hipótese de uma empresa de pequeno ou médio porte diante de uma boa oportunidade de crescimento, mas dependente de novos aportes financeiros. São possíveis diversos modos de capitalização, com suas vantagens e desvantagens. É comum que a solução mais adequada ao caso seja a obtenção de financiamento. A empresa, contudo, não conta com os requisitos necessários para um financiamento não garantido. Também não dispõe de bens

⁴⁷⁴ Sobre isso, ver: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O projeto de financiamento. In: PARECERES. São Paulo: Singular, 2004, v. 2.

para dar em garantia, a não ser os créditos futuros a serem gerados pela exploração do próprio empreendimento. Em sendo aceita a cessão genérica de créditos futuros como objeto de garantia, seria viável um fluxo de crédito garantido pelo fluxo de créditos a ser gerado pela própria atividade financiada. Partindo de uma hipótese como essa, Robert Scott desenvolveu, conforme já visto, *A relational theory of secured financing*⁴⁷⁵, voltada a explicar certos padrões observados no direito norte americano, legitimados pelo art. 9 do *UCC*, cuja característica principal, na percepção do autor, é a institucionalização da chamada *floating lien*.

Tal tipo de operação é juridicamente possível no Brasil? O objetivo aqui não é responder a essa questão. Ressalta-se apenas que já se constatou a adaptação da estrutura do *project financing* para operações de pequeno e médio porte⁴⁷⁶, de modo que a questão terá de ser discutida.

Fica clara, portanto, a existência de um largo espaço para o desenvolvimento do direito das garantias por intermédio da exploração do princípio da especialidade objetiva, que adquiriu um conteúdo flexível, embora isso ainda não tenha sido percebido no Brasil.

O que, então, resulta do exposto neste tópico? Certamente, mais perguntas do que respostas. Mas isso apenas demonstra, conforme vem sendo dito, a existência de um grande campo a ser explorado e de muitas potencialidades a serem desenvolvidas, nada podendo ser tido por consolidado.

E as potencialidades aí existentes poderão ser melhor exploradas caso se consiga eliminar a pressão exercida pelo problema da trava bancária sobre o princípio da especialidade objetiva, deixando que a construção jurídica desse princípio se desenvolva mais livremente, em sintonia com as necessidades do crédito. Isso é viabilizado pela teoria das garantias rotativas, utilizada no próximo tópico para oxigenar as discussões sobre a trava bancária.

⁴⁷⁵ SCOTT, 1986.

⁴⁷⁶ SEIXAS, Renato. Project finance em empreendimentos de pequeno e médio porte. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 30-47, 2007.

2.2 O enfrentamento do problema da trava bancária a partir da teoria das garantias rotativas

A teoria das garantias rotativas tem potencial para dar o devido enquadramento jurídico a problemas difíceis. Não obstante isso, não se vislumbra que o problema da trava bancária tenha sido enfrentado por essa perspectiva, ao menos conscientemente.

Mas é possível encontrar precedentes jurisprudenciais de grande riqueza tratando de questões afins, a serem empregados para iluminar o problema. A esse respeito, veja-se a seguinte decisão:

[...] IMPUGNAÇÃO AO PROVIMENTO LIMINAR QUE AUTORIZOU A LIBERAÇÃO DE FUMO OBJETO DE PENHOR SOBRE TÍTULO CDA/WA. CESSÃO FIDUCIÁRIA DO TÍTULO. SUSPEITA DE INVALIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO APÓS O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE CREDORES. BENS FUNGÍVEIS E COMERCÍVEIS. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DOS BENS PENHORADOS POR OUTROS DE MESMO GÊNERO. [...]. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. Tratando-se o devedor de sociedade empresária atuante no ramo de exportação de tabaco, a disposição do fumo penhorado para comercialização possibilita a manutenção da atividade empresarial, garantindo maior possibilidade de sucesso na recuperação judicial. Fazem-se presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela cautelar pretendida, eis que presente o *fumus boni iuris*, consubstanciado na probabilidade do direito invocado e na verossimilhança das alegações de fato, e o *periculum in mora*, consubstanciado na necessidade de cumprimento dos contratos de venda para exportação, necessários à preservação da empresa. Negaram o provimento ao agravo. Unânime.⁴⁷⁷

Embora a ementa somente faça referência à possibilidade da substituição da garantia ante a necessidade de viabilizar a recuperação do devedor, o conteúdo da decisão é riquíssimo, pois houve grande preocupação em compatibilizar essa necessidade básica com a não menos importante proteção do crédito. É útil, portanto, explorar mais detidamente a fundamentação do julgado.

O caso tratava de linha de crédito garantida por penhor mercantil sobre fumo. O devedor era exportador de tabaco e ficou claro nos autos que o fumo objeto da garantia já havia sido substituído diversas vezes. A última substituição, contudo, ocorreu após o pedido de recuperação judicial feito pelo devedor (fato não

⁴⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 70063923890*. Sexta Câmara Cível. Relator: Rinez da Trindade. Julgado em: 19 nov. 2015.

conhecido pelo credor) e foi efetuada por meio da cessão fiduciária de conhecimento de depósito e de *warrant*, nos termos da Lei 11.076/2004. Deferida a recuperação judicial, o devedor, buscando viabilizar a continuidade da atividade econômica, pleiteou a substituição dos bens dados em garantia para dar cumprimento a contratos de exportação já celebrados. A garantia, então, passaria a incidir sobre fumo novo, cuja venda tinha sido prometida ao devedor. Enquanto não houvesse a entrega do fumo prometido, sobre o qual a garantia passaria a incidir, o valor obtido com a venda do fumo original ficaria depositado, guarnecendo-se, assim, a posição do credor durante todos os momentos da operação. Nesses termos, foi deferida a substituição do fumo pelo juízo da recuperação, sob o fundamento de que, no caso, a preservação da empresa seria conciliável com o interesse do credor, pois a sua garantia passaria a incidir sobre o valor obtido com a venda do bem original e – entregue o fumo prometido ao devedor, que tomaria o lugar do fumo original – sobre bens da mesma natureza e quantidade. Inconformado, o credor interpôs agravo. Argumentou, dentre outros, a validade da garantia, pois constituída em momento anterior ao pedido de recuperação; e a quebra da segurança jurídica e da boa-fé, com prováveis efeitos nefastos sobre o crédito. Em sua manifestação, o administrador judicial sustentou a invalidade da garantia fiduciária, pois interpretou que a substituição dos bens implicava a constituição de nova garantia, fato ocorrido após o ajuizamento da recuperação.

A decisão do TJRS estabeleceu como ponto nevrálgico o fato de que o negócio realizado era uma cessão fiduciária, havendo impossibilidade completa de o devedor pretender a substituição do objeto da garantia. Também constatou que a substituição ocorreu após processamento da recuperação. Como consequência, considerou inválida a cessão fiduciária. Não obstante isso, entendeu que o negócio deveria ser tomado como penhor sobre os títulos e sobre o produto nele descrito, atraindo-se a incidência da Lei 11.076/2004. Desse modo, amparando-se em diversos precedentes do STJ⁴⁷⁸, concluiu-se que, preservada a condição do devedor

⁴⁷⁸ Resp nº 199.671/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão; AgRg nº 199.761/SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter; Resp nº 230.997/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar; Resp nº 1.417.531/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi; Resp nº 1.374.534/PE, Relator Ministro Luis Felipe Salomão; Resp nº 1.388.948/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. A esse respeito, exemplificativamente: Informativo do STJ nº 0041: PENHOR MERCANTIL. BENS. VENDA. Estando em concordata a devedora, alienados os bens fungíveis destinados ao comércio, dados em penhor por financiamento bancário, não se extingue a garantia porque há a transferência para

como proprietário, abria-se a possibilidade de substituição dos bens por outros da mesma natureza. Da fundamentação do julgado extrai-se a necessidade de dar interpretação sistemática à referida lei, para fazê-la convergir com o princípio da preservação da empresa. Nesse sentido, sustentou o relator que, sendo a devedora empresa exportadora de tabaco, a disponibilidade sobre o fumo era essencial à manutenção da sua atividade. Por outro lado, estava demonstrado nos autos que a garantia seria mantida, pois incidiria sobre outros bens da mesma natureza e quantidade, além de mais novos. Durante o tempo necessário para a substituição, o credor ficaria garantido pelo depósito do valor da venda do fumo original. Insistindo na linha de que a garantia seria preservada, a decisão destacou a natureza fungível dos bens em questão, destinados à comercialização em razão da atividade do devedor, sendo que as partes já tinham efetivado sucessivas substituições anteriores. Por fim, a decisão rebateu a alegação do credor, no sentido de que estaria havendo substituição da garantia por outra de natureza diversa, o que não poderia ocorrer sem o seu consentimento. A esse respeito, o relator foi hábil: apesar de o fumo que substituiria a garantia (objeto de compromisso de compra e venda, repita-se) estar em fase de plantio, não caberia falar em penhor agrícola sobre colheita (outra modalidade de garantia), mas em substituição do bem da garantia original, que teria sua identidade mantida (o fundamento é melhor explicado na decisão a seguir citada).

Trata-se de decisão elogiável. Houve aplicação precisa da noção de garantia rotativa, embora o termo técnico – ou qualquer equivalente – não tenha sido utilizado, ficando a impressão de que a decisão teve por apoio a sensibilidade dos julgadores e os precedentes do STJ, pois não foi citado nenhum ensinamento doutrinário a respeito (caso em que seria necessário, possivelmente, recorrer à doutrina estrangeira). A decisão, portanto, dá a devida atenção às características dos bens em questão e à função por eles desempenhada na atividade do devedor, atendendo, a um só tempo, direito, economia, manutenção da atividade do devedor e garantia do crédito.

outros bens da mesma natureza e destinação, existentes no momento da penhora. O saldo, se houver, deve ser habilitado como quirografário na concordata, não se admitindo a extensão para a penhora de bens de natureza diversa. Precedentes citados: REsp 36.105-GO, DJ 15/5/1995; AgRg no Ag 199.761-SP, DJ 2/8/1999; REsp 38.923-SP, DJ 22/11/1993, e REsp 210.885-SP. REsp 230.997-SP, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 23/11/1999.

O precedente demonstra bem a ideia da subsistência da garantia real mobiliária apesar substituição do bem constricto, mesmo quando, como no caso, a substituição é efetuada após ajuizado o pedido de recuperação judicial. Por oportuno, ressalta-se como foi adequadamente explorado o comportamento anterior das partes como critério hermenêutico para demonstrar a não ocorrência de infungibilização contratual dos bens, pois as partes já haviam promovido substituições anteriores do fumo empenhado.

A única ressalva a ser feita refere-se à requalificação da garantia fiduciária como penhor (conversão substancial, embora esse termo não tenha sido empregado). Deixando de lado outras questões, o recurso é desnecessário, pois, como visto, a alienação fiduciária de bens móveis não implica, necessariamente, a sua infungibilização. A questão, assim, centrar-se-ia em determinar se o bem em questão era essencial à empresa e, sendo positiva a resposta, vedar a sua retirada do poder do devedor, mantendo-se a garantia e, por consequência, o seu regime de rotatividade.

O mesmo entendimento fica claro em outro precedente, também do TJRS⁴⁷⁹. Tal precedente é mais problemático, pois tem por objeto adiantamento de câmbio para exportação, no qual a legislação não se limita a dar um regime especial à garantia real, determinando a restituição do valor adiantado (49, §4º c/c art. 86, inciso II, da LRF). De lado isso, no seu núcleo, a questão é idêntica à anterior. O objeto da garantia também era fumo destinado à exportação e a substituição do bem, igualmente, seria garantida por fumo decorrente de colheita nova, já prometido vender ao devedor. As alegações do credor foram, substancialmente, as acima apontadas.

A decisão estabeleceu que, embora o crédito em questão não se sujeitasse aos efeitos da recuperação (§4º do art. 49 da LFR), a substituição do bem dado em penhor mercantil deveria ser submetida ao juízo da recuperação judicial, pois envolvia bem essencial à continuidade da atividade empresarial. Ainda, acrescentou que a liquidação do crédito extraconcursal guarda relação de dependência com a situação do devedor em recuperação judicial, haja vista o princípio da menor onerosidade, consoante dispõe o art. 620 do CPC (de 1973). Quanto ao art. 66 da LFR, alegado pelo credor, foi afastado sob o fundamento de que o bem não constitui

⁴⁷⁹ Agravo de instrumento nº 70064227242.

o ativo permanente da empresa. A respeito do art. 50, §1º, a decisão fez referência à natureza dos bens e sustentou que, apesar da sua substituição, a garantia manteria a identidade, sendo dispensável, assim, anuência do credor. Também enfatizou, com mais ênfase, a não caracterização da troca da modalidade de penhor: a substituição seria por outros bens de mesma natureza (e não por safra em via de formação, o que caracterizaria a troca do tipo de garantia, de penhor mercantil sobre fumo para penhor agrícola de colheita pendente). O caso era de simples diferimento do momento da substituição do bem (ou seja, da rotação). A decisão também explorou com atenção a descrição dos bens empenhados: “fumo cru/verde do tipo Burley ou Virgínia; bem como sobre fumo processado do tipo Burley ou Virgínia, no valor estimado de até R\$ 20 milhões”. Com base nisso, o relator ressaltou que o contrato apenas declarou a espécie e a qualidade de fumo necessária para o cumprimento da obrigação, não havendo individualização dos bens (em outros termos, não houve infungibilização contratual).

A partir desses julgados, é possível concluir que as garantias rotativas aliam duas qualidades notáveis: flexibilidade e força. A flexibilidade lhes permite compatibilizar os diversos interesses em causa, aí inclusos os interesses que o princípio da preservação da empresa busca proteger. A sua força está na resistência às tensões próprias da crise econômica da empresa, com proteção adequada ao crédito. Em outros termos, tais garantias apresentam características que lhes permitem otimizar o equilíbrio dos interesses em jogo na recuperação judicial. Quanto aos créditos que seriam excluídos da recuperação, mas que acabam recebendo os seus reflexos, não ficam intocados, é certo, mas, mesmo assim, mantém uma posição confortável, pois a garantia é preservada pelo mecanismo da rotação.

Visto isso, questiona-se: o raciocínio apresentado aplica-se para situações envolvendo a trava bancária? Não se vislumbra nenhuma particularidade impeditiva. Uma das objeções sempre repetidas a esse respeito é de que a liberação do valor recebido pelo credor apenas pode ocorrer em caso de renovação ou substituição da garantia, ficando dependente, segundo a lei, de decisão discricionária do credor. Tal objeção, contudo, recebe uma resposta adequada da teoria das garantias rotativas.

Em primeiro lugar, é preciso determinar a real dimensão dos termos renovação e substituição *da garantia*. A esse respeito, os precedentes acima referidos são lapidares, pois permitem evidenciar a diferença existente entre a

substituição *do bem* e a substituição *da própria garantia*. Conforme foi destacado anteriormente, esse é o núcleo da noção de garantia rotativa, cuja identidade não sofre os mesmos reflexos das vicissitudes sofridas pelo bem compreendido pelo seu objeto, concepção para a qual contribuíram os romanos, que aplicaram a ideia de totalidade para tratar de problemas relativos aos bens, conforme observou Clóvis do Couto e Silva. Em outros termos, em uma garantia rotativa, a substituição dos bens gravados não é sinônimo de renovação ou substituição da garantia, tratando-se, ao invés, de continuidade da garantia segundo a normalidade do seu regime de funcionamento.

Insistindo um pouco na questão, questiona-se: o valor sujeito à trava é o objeto da garantia? Segundo foi visto acima, a noção de objeto se coloca em termos diferentes no âmbito das garantias rotativas. Um dos modos de explicar a questão é dizer que tal valor representa, em um dado momento, o objeto da garantia, mas não se confunde com ele, pois o objeto pega o bem pelo seu componente valor, podendo ser representado por outros bens que substituem o bem original.

Ainda, a referência à concordância do credor como necessária à substituição do bem, liberando-se a trava, peca pela base: em se tratando de garantia rotativa, a autorização foi dada por ocasião da constituição da garantia, por meio da cláusula de rotatividade. Um problema seria a inexistência de previsão contratual expressa a respeito. Com efeito, ao contrário do direito norte-americano, onde a rotação é ínsita à noção de *security interest*, não precisando estar prevista, no direito brasileiro, ela depende de uma cláusula específica, acidental ao contrato, somente vigorando se acordada. Mesmo aqui, contudo, é possível recorrer ao comportamento anterior das partes como critério hermenêutico, conforme muito bem explorado pelos julgados discutidos acima. O tipo de bem também pode auxiliar na decisão, pois, em se tratando de bem cujo fim é circular, não é um contrassenso concluir que a garantia a eles aplicada seja rotativa, salvo exclusão expressa da rotatividade (ou seja, infungibilização contratual). Neste último caso, de garantia sobre bens circulantes, é de se cogitar a inversão da regra, e o regime se aproxima do *security interest*. Trata-se de entendimento reforçado no âmbito da recuperação de empresas, cuja teleologia conduz o julgador para soluções capazes de compatibilizar os diversos interesses em causa.

Para finalizar, veja-se o exemplo hipotético de uma linha constante de créditos até um limite máximo, assegurada por uma garantia rotativa sobre créditos

e/ou títulos de créditos. Em uma situação normal, ausente a crise econômica do devedor, a garantia desloca-se, normal e constantemente, dos créditos/títulos originais para novos créditos/títulos. Possivelmente, alguns desses créditos/títulos serão cobrados pelo credor garantido, passando a garantia a incidir sobre o valor assim obtido, passível de ser liberado ao devedor mediante a sua substituição por novos créditos/títulos. A garantia, em nenhum momento, é substituída ou renovada, mantendo a sua identidade e a ordem de prelação original, apesar de se movimentar sobre diversos créditos, títulos e, inclusive, sobre valores em dinheiro. Isso oferece segurança ao credor, que poderá manter aberta a linha de crédito e ir disponibilizando ao devedor novos recursos, segundo as necessidades deste. É notória a importância de mecanismos como esse no cenário econômico atual, cujas práticas comerciais são avessas à burocracia.

A questão que se estabelece a partir desse exemplo é a seguinte: sobrevivendo a crise econômica do devedor, o regime da garantia se altera? Em outros termos, entrando o devedor em recuperação judicial, a garantia se torna fixa e passa a incidir sobre *aqueles* créditos/títulos então existentes e, após a sua cobrança, sobre *aquele* valor assim obtido, não sendo mais possível substituí-lo por outros créditos/títulos com a mesma qualidade dos anteriores sem a renovação da autorização do credor?

Salvo melhor juízo, a resposta positiva a essa questão, além de não compatibilizar adequadamente os interesses dos agentes econômicos envolvidos e de violentar o instituto da garantia rotativa, aceito no ordenamento jurídico pátrio, vai de encontro à lógica da operação nos termos aceitos e praticados pelas próprias partes, em conformidade com as praxes do mercado, sendo de se questionar, inclusive, se o credor, ao opor-se à substituição *do bem*, não estaria adotando um comportamento contraditório.

Enfim, o que a jurisprudência vem apontando como defeito invalidante constitui, na verdade, uma qualidade do princípio da especialidade objetiva, que se acomodou às características das operações de crédito atualmente empregadas e adquiriu grande flexibilidade, contribuindo para o desenvolvimento da concepção de garantia rotativa, noção antiga no direito pátrio e padrão típico nas operações aqui discutidas. De acordo com essa perspectiva, a jurisprudência, ao invés de visualizar o princípio da especialidade objetiva como um instrumento desconstituidor de garantias, poderia explorar a sua flexibilidade para construir soluções capazes de

otimizar a distribuição de benefícios e ônus entre os sujeitos atingidos pela crise da empresa.

São grandes, portanto, as potencialidades renovadoras do direito das garantias mobiliárias por meio da percepção e teorização das práticas mais sofisticadas adotadas no tráfico, conforme foi demonstrado nesta tese a partir da discussão das garantias rotativas.

CONCLUSÃO

I don't know as I want a Lawyer to tell me what I cannot do.
I hire him to tell me how to do what I want to do.⁴⁸⁰

Esta tese parte da convicção de que a tipificação legal rigorosa, além de não ser inevitável, não é a melhor solução para o problema das garantias mobiliárias. Realizou-se, então, a partir desse entendimento, um estudo voltado a identificar caminhos mais flexíveis a serem adotados, sem prescindir de um grau adequado de segurança, de estabilidade e de eficiência.

As conclusões obtidas identificam como viável uma maior abertura às soluções elaboradas pelos agentes econômicos, com o auxílio dos seus assessores jurídicos, a serem lapidadas pela jurisprudência e pela doutrina. Nessa esteira, o núcleo do problema das garantias mobiliárias pode ser formulado do seguinte modo: os juristas latinos – no caso, os brasileiros – são capazes de desenvolver um regime de garantias mobiliárias consistente?

Ao futuro cabe a resposta. Não obstante isso, é pertinente aferir se os subsídios teóricos explorados ao longo do estudo dão fundamento jurídico ao instituto das garantias rotativas. Se a resposta for positiva, ficará demonstrado que a doutrina pode exercer um papel mais relevante na construção do direito das garantias mobiliárias, não se justificando o descrédito do tema.

Um dos fatores explorados foi a tradição jurídica luso-brasileira, de matriz romanista, conferindo aos juristas pátrios do Séc. XIX a base teórica para a legitimação de práticas importantes ao desenvolvimento da atividade comercial brasileira naquele contexto histórico, daí decorrendo a formação de um espírito mais favorável e de maior abertura às garantias mobiliárias sem desapossamento. Apesar de o curso da evolução ter sido determinado pelas necessidades econômicas da época, a tradição romanista forneceu a fundamentação teórica para a articulação jurídica dos interesses em causa. Trata-se de um fator importante, pois estava consolidado, nas diversas codificações, europeias e latino-americanas, um entendimento desfavorável às garantias mobiliárias.

Assim, colocadas em movimento pela prática dos negócios e legitimadas com o apoio da tradição romanista, as garantias mobiliárias sem desapossamento do

⁴⁸⁰ J. P. Morgam, citado em: LOPUCK; WARREN, 2009, p. XXXVII.

devedor ganharam tal força que a codificação restritiva de 1916 não conseguiu conter-lhes o avanço. Como resultado, o direito brasileiro distanciou-se de outros direitos componentes da *civil law* latina, principalmente do modelo francês e, conseqüentemente, dos modelos português e italiano. Na década de 1960, estava formado um ambiente favorável à adoção de técnicas mais arrojadas, cuja complexidade e sofisticação aumentou exponencialmente nos últimos tempos.

Uma dessas técnicas é a das garantias rotativas, presente, como visto, na legislação sobre os penhores especiais e na praxe dos negócios. No âmbito doutrinário, a noção apareceu em germe na obra de Moreira Alves, conferindo à alienação fiduciária em garantia um verdadeiro alinhamento ao *trust receipt as security*. O entendimento teve repercussão na jurisprudência, mas, apesar de fundamental, nunca foi desenvolvido, pois a doutrina brasileira não dispensa a devida atenção à riqueza do tema aqui estudado. Como resultado, a potencial exuberância do direito brasileiro das garantias mobiliárias tem o seu florescimento frustrado devido ao ambiente teórico desfavorável. Nessa esteira, o objetivo de dar a devida fundamentação jurídica às garantias rotativas tem por pressuposto a construção de um ambiente doutrinário mais acolhedor às garantias mobiliárias. Foi o que se buscou fazer na segunda parte da tese.

Conforme visto, a possibilidade de inserir cláusulas especiais nos contratos de garantia é incontestável, permitindo aos agentes econômicos a modelação de garantias mobiliárias arrojadas. No plano teórico, contudo, o entendimento encontra um importante obstáculo na concepção corrente sobre o *numerus clausus*: concebendo-o como imposição de uma tipicidade legal rigorosa, a doutrina interpreta as cláusulas especiais mais sofisticadas admitidas pela legislação brasileira como uma exclusividade dos tipos para as quais foram previstas expressa e especificamente, debilitando-se os seus potenciais aplicativos.

Buscando superar esse obstáculo, demonstrou-se que a concepção tradicional do direito das garantias mobiliárias nos direitos latinos, pautada na tipificação legal rigorosa, conduziu-os ao colapso. Feita essa demonstração, foram explorados caminhos mais flexíveis para o desenvolvimento estável das garantias mobiliárias, concluindo-se, como dito, pela viabilidade de o seu evoluir ser pautado pelo trabalho da jurisprudência e da doutrina atuando sobre as construções privadas.

Nessa esteira, apresentaram-se duas construções teóricas voltadas a orientar o desenvolvimento jurisprudencial-doutrinário do direito das garantias mobiliárias. Nenhuma delas despreza a tipicidade, mas, em ambas, dá-se por insuficiente a sua redução à legalidade estrita. Na base do entendimento está a mesma desconfiança quanto à onipotência do legislador a guiar Emílio Betti nas suas construções sobre o negócio jurídico⁴⁸¹, de grande repercussão no âmbito obrigacional. As teorias estudadas giram em torno da ideia de tipicidade social e da categoria do contrato de garantia mobiliária em gênero, ambas conferindo maior flexibilidade ao direito das garantias mobiliárias, sem, contudo, condená-lo a uma instabilidade insuportável. Por qualquer dessas concepções é possível fundamentar a generalização das garantias rotativas, exemplo explorado nesta tese pela sua importância prática e riqueza teórica.

Com efeito, foi demonstrado que as garantias rotativas constituem uma prática corrente dos negócios, com raízes na tradição romana, recuperada pelos juristas pátrios do Séc. XIX por meio de cláusulas contratuais inseridas nos contratos de penhor mercantil. Após a legislação restritiva de 1916, a técnica expandiu-se nas legislações especiais sobre os penhores e foi acolhida pelo Código Civil de 2002, que se limitou a reproduzir, sem brilho, uma disciplina já consolidada pela legislação da década de 1960. Além de já estar disseminada na legislação sobre os penhores especiais, verificou-se o emprego rotineiro das garantias fiduciárias rotativas pela praxe negocial, pois quase todos os exemplos referidos quando se tratou da questão da trava bancária eram desse tipo. Também foi visto que o entendimento de Moreira Alves, defendendo a prática para a alienação fiduciária em garantia, apesar da repulsa doutrinária, refletiu-se na jurisprudência. Por fim, o direito comparado é pródigo em exemplos eloquentes – e muito mais amplos – da importância do instituto da garantia rotativa (ou de algum equivalente) para o mundo dos negócios, frente ao que mesmo os direitos mais restritivos estão sendo obrigados a ceder, seja por via de reformas legislativas, seja por via de reação doutrinário-jurisprudencial. A importância desse argumento não é negligenciável no Brasil, pois uma das

⁴⁸¹ Com razão, observa Natalino Irti que Emilio Betti tem suas reflexões dominadas pelo senso “*della limitatezza del diritto: La Teoria generale del negozio giuridico’ nasconde, dietro lo schermo di pagine così serrate e dogmatiche, un’impetuosa vena di anti-normativismo, di sfiduci nell’esclusività e nell’onnipotenza del diritto statale.*” (IRTI, Natalino. Itinerari del Negozio Giuridico. *Quaderni Fiorentini*, Milano, n. 7, p. 395-420, 1978, p. 404).

características dos juristas brasileiros – cujas raízes Clóvis do Couto e Silva identificou na Lei da Boa Razão⁴⁸² – é confrontar as suas posições com as de juristas estrangeiros. Não se trata de defender a cópia do direito estrangeiro. O argumento é o seguinte: o direito comparado é prova sólida da legitimidade da prática em questão, que atende a interesses constantes, relevantes e sérios. Em outros termos, embora fora do âmbito da legislação específica e clara, tem-se aí uma prática legítima, sustentada pela tipicidade social.

Além disso, uma tendência firme nessa matéria é a da abertura, conforme ficou claro ao longo da tese. Sobre isso, o estudo da evolução legislativa brasileira demonstra que os tipos de garantias mobiliárias disciplinados nunca foram tratados como incompatíveis uns com os outros, pois o legislador sempre atuou fazendo testes em um dado âmbito de atividade para, após, generalizar a prática testada, integrando os regimes legislados. Quanto à alienação fiduciária em garantia, foi visto tratar-se de um direito real de garantia verdadeiro e próprio, de tipo diferente dos tradicionais, mas alinhado com eles, podendo compartilhar aspectos da sua disciplina, entendimento consagrado no expressivo art. 1.367 do Código Civil. Também foi esclarecido que as razões pelas quais a legislação foi sendo construída por âmbitos de atividade (favor a certas atividades estratégicas) foram enfraquecidas. Ainda, um campo privilegiado da integração de disciplinas é o das garantias rotativas, devido ao fato de que elas constituem uma prática essencial para atender as necessidades de crédito da economia moderna, já estando disseminada no mundo dos negócios, impondo-se a sua generalização. É possível concluir, então, que, sendo o caso de trilhar caminhos mais flexíveis para o direito das garantias mobiliárias – o que parece ser um imperativo, sob pena de isolamento comercial –, além da tipicidade social, pode-se tirar proveito da categoria do contrato de garantia mobiliária em gênero. Aplicando-a para as garantias rotativas, a conclusão é de que a sua generalização, também por esse caminho, é viável e legítima.

Quanto às objeções associadas à natureza real das garantias mobiliárias, assenta-se que as garantias rotativas não implicam a multiplicação de vínculos. Em primeiro lugar, foi visto que a rotatividade opera pelo deslocamento do vínculo

⁴⁸² SILVA, C. C., 1988b.

preexistente de um bem a outro⁴⁸³. Em complemento, foi identificado o controle da paridade de valor entre os bens originais e os sub-rogados como um importante critério para a delimitação da garantia, impedindo-se o aumento do valor por ela coberto. Não há, assim, ampliação do capital *extra-comercium*. Como consequência, é possível flexibilizar o princípio da especialidade objetiva, pois a importância da identificação individual dos bens perde força como critério de controle voltado à proteção dos demais credores.

Na mesma esteira, limitando-se o fenômeno ao deslocamento da garantia para bens diversos dos originais, não se promove nova quebra de titularidade, que não é reconfigurada. Ainda, como a garantia mantém a sua identidade, nem mesmo chega a caracterizar-se, a rigor, a formação de direito real atípico.

No que toca às objeções relacionadas à posse, cuja função consiste em neutralizar problemas tradicionalmente tidos por graves na maioria dos ordenamentos jurídicos latinos, elas decorrem, principalmente, da percepção de que as garantias mobiliárias sem desapossamento do devedor implicam embaraços insuportáveis à circulação. Tais objeções, contudo, perdem sustentação à medida que a concepção de garantia rotativa avança, pois o seu mecanismo permite compatibilizar a segurança do crédito com a segurança da circulação: por um lado, o bem gravado passa desembaraçado para a titularidade do adquirente, deixando intocada a confiança nas relações comerciais; por outro, o credor é beneficiado pela sub-rogação da garantia sobre os novos bens adquiridos para a reposição dos vendidos ou sobre os créditos decorrentes da venda, compensando-se, assim, a perda da garantia sobre o bem original. Trata-se de uma construção sofisticada do direito moderno, que, impulsionado pela irrefreável demanda de crédito, vem conseguindo modelar a fórmula adequada para conjugar a função garantia com o imperativo de não subtrair os bens ao comércio, conforme observou Maiorca:

E nella storia del diritto è tutto uno sforzo per trovare quella formula che contemperi l'esigenza della garanzia con l'opportunità di non sottrarre la cosa al commercio.⁴⁸⁴

⁴⁸³ Em termos diferentes põe-se, conforme visto, o *security interest* norte-americano, que pode conduzir à incidência do vínculo sobre os bens novos que entraram no patrimônio do devedor sem a liberação dos bens que saíram de tal patrimônio.

⁴⁸⁴ MAIORCA, 1938, p. 48.

A relação credor-devedor também demanda atenção no contexto de um direito das garantias mobiliárias mais flexível, dotado de técnicas arrojadas como a da rotatividade. A esse respeito, constatou-se ser possível tirar maior proveito da liberdade de planejamento da relação que subjaz à garantia, dentro de um regime capaz de conduzir as construções privadas a resultados eficientes. Nessa esteira, delega-se às partes competência para solucionar problemas que, segundo a concepção corrente, deveriam ser neutralizados no plano da lei. Supera-se, desse modo, o entendimento de que a legitimidade de um determinado modelo de garantia mobiliária depende da possibilidade de a lei solucionar, de modo prévio e abstrato, os conflitos de interesses possíveis. Sobre esse ponto, o tema do *monitoring*, apesar de pouco explorado no direito brasileiro, é fundamental, havendo subsídios no direito comparado a serem aproveitados como ponto de partida para as discussões.

Quanto às cláusulas de rotatividade em espécie, viu-se que elas não estão em oposição necessária aos princípios dogmáticos do direito brasileiro, havendo mais de uma construção teórica com aptidão para amparar a sua legitimidade.

Não se pretende, por outro lado, menosprezar a imensa gama de problemas ensejados por tais cláusulas. Por exemplo, a sofisticação crescente do direito das garantias complexifica a questão da prioridade, pondo problemas práticos diversos, normalmente não estudados no Brasil. Apesar de não se ambicionar resolvê-los, foi possível observar a existência de critérios razoavelmente consolidados em outras experiências jurídicas e, inclusive, em documentos internacionais voltados a contribuir com o aprimoramento dos direitos nacionais das garantias mobiliárias, havendo, também nesse aspecto, balizas a serem utilizadas pelos juristas brasileiros.

Conforme se vê, são superáveis os obstáculos teóricos mais comumente postos à generalização das garantias mobiliárias não possessórias, podendo-se sustentar que o direito brasileiro se alinha à tendência mundial de conferir maior desenvolvimento e flexibilidade a esse âmbito jurídico. Dentro desse contexto inserem-se as garantias rotativas, cujo mecanismo arrojado, inclusive, desarma os principais obstáculos postos pela doutrina ao florescimento das garantias mobiliárias. É possível concluir, diante de todo o exposto, pela legitimidade das garantias rotativas como instituto de aplicação geral.

Como e quando os teóricos brasileiros irão inserir-se no debate mundial é um mistério, pois não demonstram ter percebido a existência de uma onda já em estágio

avançado de formação. Mas o caminho está aberto e muitos dos obstáculos comumente apontados estão divorciadas do direito hoje vigente no Brasil, evidenciando-se a necessidade de uma rearticulação dos princípios reitores da eficácia real no âmbito das garantias mobiliárias.

Um dos aspectos primordiais sobre o debate a ser iniciado está na necessidade de tomar por ponto de partida o conhecimento sólido do direito brasileiro, evitando-se o caminho mais fácil, mas mais perigoso, de dobrar-se, pura e simplesmente, aos resultados obtidos em outras experiências jurídicas, a serem transpostos para o Brasil por intervenção legislativa, sem que seja possível saber muito bem o que se está fazendo e sem a devida noção de como o transplante irá integrar-se, interagir e reagir com as concepções aqui consolidadas. Eis a principal contribuição pretendida com esta tese. Apesar do largo recurso à legislação comparada na fundamentação desta tese, o seu objeto precípua é conhecer o direito brasileiro, explorar as suas potencialidades e provocar as discussões sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I – L.IV*. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1910. v. 2.

ALVES, João Luiz. *Código civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1935.

ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1997a.

_____. A "Gewere": um instituto do antigo direito germânico. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 63, p. 193-228, 1968.

_____. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 88, p. 185-238, 1993.

_____. *Posse I: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1997b.

_____. *A retrovenda*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du Code Civil français*. Paris: L.G.D.J., 1969.

ASCARELLI, Tullio. *O negocio juridico indirecto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965.

_____. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. Coimbra: Coimbra, 2000.

AYNÈS, Laurent; CROCQ, Pierre. *Les sûretés: la publicite foncière*. Paris: LGDJ, 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Crítica à parte geral do anteprojeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 458, p. 31-37, 1973.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZZARO, Andrea Maria. Il pegno «rotativo» arriva in Cassazione, ovvero «come la dottrina diventa giurisprudenza». *Banca Borsa e Titoli di Credito*. n. 2, 1998.

BAPTISTA, Mário Neves. *Penhor de créditos* [manuscrito]. Recife, 1947.

BAR, Christian Von; DROBNIG Ulrich. *Study on property law and non-contractual liability law as they relate to contract law*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safeshop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf>. Acesso em: 2018.

BEBCHUK, Lucian Arye; FRIED, Jesse M. The uneasy case for the priority of secured claims in bankruptcy: further thoughts and a reply to critics. *Cornell Law Review*, n. 82, p. 1279-1348, 1997.

BETTI, Emilio. Causa del negozio giuridico. In: NOVISSIMO Digesto Italiano. Torino: UTET, 1957a. v. 3. p. 32-40.

_____. Negozio giuridico. In: NOVISSIMO Digesto Italiano. Torino: UTET, 1957b. v. 11. p. 208-220.

_____. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. v. 3.

BEZERRA, A. V. de Andrade. Do constituto possessório e das clausulas de deposito no penhor mercantil. *Revista de Direito*, v. 16, p. 3-24, 1910.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Exame crítico do projeto da lei de falências: "recuperação de empresa" ou "recuperação do crédito bancário". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 822, p. 128-138, 2004.

BIRNBAUM, Harold F. Form and Substance in Field Warehousing. *Law and Contemporary Problems*, v. 13, p. 579-592, 1948.

BOSCH, Jaume Tarabal. *La garanzia mobiliare: l'espansione del suo oggetto*. Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Dottorato di ricerca in Diritto civile. Disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/1337/>>. Acesso em: 2018.

BRANCO, Gérson Luiz Carlos. Cédula de crédito bancário: estrutura e funcionalidade. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 65, p. 114-143, 2008.

_____. *As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil brasileiro*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/7486>>. Acesso em: 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no TP 434/SP. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Relator p/ Acórdão Ministro: Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 12 set. 2017. *DJe* 05 out. 2017.

BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine. Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions. *McGill Law Journal*, v. 44, p. 567-664, 1999. Disponível em: <<http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/6745487-44.Bridge.pdf>>. Acesso em: 2018.

BRIGIDO, Eveline Vieira. *Garantias mobiliárias: a lei modelo interamericana e o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

BUSSANI, Mauro. L'intégration juridique et le droit des sûretés réelles. *Revue de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles*, v. 24, p. 111-136, 2001. Disponível em: <http://works.bepress.com/mauro_bussani/26/>. Acesso: 2018.

_____. Los modelos de las garantías reales en civil y en common law: una aproximación de derecho comparado. *Garantías reales mobiliaria en Europa*. 2007. Disponível em: <http://works.bepress.com/mauro_bussani/37/>. Acesso em: 2018.

BUSSI, Emilio. *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune: diritti reali e diritti di obbligazione*. Padova: Dott. Antonio Milani, 1937.

CABRILLAC, Michel. La reconnaissance em France des Sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger. *Revue Critique de Droit Internacional Privé*, v. 68, n. 3, p. 487-505, 1979.

CALABI, Enzo. Anticipazioni su merci mediante <<trust receipts>>. *Rivista del Diritto Commerciale*, n. 3-4, p. 133-147, 1951.

CARNEIRO, Levi. Da entrega efectiva da coisa apenhada ao credor pignoratício. *Revista de Direito*, v. 19, p. 252-288, 1911.

CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1899.

CARVALHO, Orlando de. Negócio jurídico indirecto. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. 10, p. 1-149, 1952.

CATTANEO, Giovanni. Riserva della proprietà e aspettativa reale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 3, p. 945-1004, 1965.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário: alienação fiduciária, cessão fiduciária, securitização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHARNY, David. Nonlegal Sanctions in commercial relationships. *Harvard Law Review*, v. 104, n. 2, p. 373-467, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. A cessão fiduciária de títulos de crédito ou de direitos creditórios e a recuperação judicial do devedor cedente. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 37, 2010.

COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. *Ensaio sobre a historia do governo e legislação de Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1896.

_____. *Instituições de direito civil portuguez*. Coimbra: Livraria J. Augusto Orcel, 1857. 2 v.

COHEN David; GERBER, Albert B. The after-acquired property clause. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 87, n. 6, p. 635-661, 1939.

COMISSION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas*. 2010, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/s/09-82673_ebook-S.pdf>. Acesso em: 2018.

_____. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias*. 2017, Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/ML_ST_S_ebook.pdf>. Acesso em: 2018.

CORRÊA, Gilberto Deon. Garantias flutuantes. *Revista da AJURIS*, v. 47, 1989.

CORRÊA, Gilberto Deon. O conceito de bens móveis por antecipação e seus reflexos nos negócios com floresta em pé. In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CORRÊA TELLES, José Homem. *Digesto portuguez*. Coimbra: J.A. Orcel, 1860. v. 3.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CRUZ, Guilherme Braga da. O direito subsidiário na história do direito português. *Revista da Consultoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 4, n. 10, p. 11-150, 1974.

CUMYN, Madeleine Cantin. La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires. In: CONGRES INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE, 15., Bruylant, Bruxelles, 1999. *Rapport Général*. Bruxelles, 1999. p. 11-30.

_____. Réflexions autour de la diversité des modes de réception ou d'adaptation du trust dans les pays de droit civil. *McGill Law Journal*, v. 58, n. 4, p. 811-825, 2013.

DAUCHEZ, Corine. Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles. 2013. Thèse (Doctorat) - École Doctorale de Droit Privé, Université Panthéon-Assas, Paris. Disponível em: <<https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/bd5b7e70-d479-40ac-9f8d-c7288b8ee9e7>>. Acesso em: 2018.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996. v. 3.

DROBNIG, Ulrich. Legal Principles Governing Security Interests. *United Nations Commission on International Trade Law Yearbook*, v. 8, 1977. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1977-e/vol8-p171-221-e.pdf>>. Acesso em: 2018.

DUNHAM, Allison. Inventory and Accounts Receivable Financing. *Harvard Law Review*, v. 62, n. 4, p. 588-615, 1949.

DUPICHOT, Philippe. *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*. Paris: L.G.D.J., 2005.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Alienação fiduciária de coisa fungível: um grave equívoco. *Revista dos Tribunais*. v. 617, p. 16-19, 1987.

FACCHINI NETO, Eugênio. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 198, p. 59-88, 2013.

FARIA, Antonio Bento de. *Código comercial brasileiro: anotado de acordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência nacional e estrangeira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1912.

FARIA, Mauro Teixeira de. Liberação de recebíveis por conta do desatendimento do requisito de especialização do bem objeto da garantia fiduciária. Sujeição do crédito garantido aos efeitos da recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 75, p. 59-87, 2017.

FASQUELLE, Daniel. Le nantissement des valeurs mobilières. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, v. 48, n. 1, p. 1-37, 1995.

FERREIRA, José Dias. *Código Civil Portuguez anotado*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1871. v. 2.

FERREIRA, Waldemar. O penhor rural e a cedula rural pignoratícia. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 33, n. 3, p. 543-580, 1937.

FERRI, Giovanni B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Código civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FOËX, Bénédict. *Le contrat de gage mobilier*. Bâle: Helbing and Lichtenhahn, 1997. Disponível em: <<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:8567>>. Acesso em: 2018.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Circulação de modelos jurídicos europeus na america latina: um entrave à Integração no Cone Sul? *Revista dos Tribunais*, v. 86, n. 736, p. 20-39, 1997.

FRAGA, Affonso. *Direitos reais de garantia: penhor, antichrese e hypotheca*. São Paulo: Saraiva, 1933.

FRANÇA. Groupe de Travail Relatif a la Reforme du droit des Suretes. *Rapport a Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*. Paris, 2005. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230.pdf>>. Acesso em: 2018.

FREDERICK. Karl T. The trust receipt as security I. *Columbia Law Review*, v. 22, n. 5, p. 395-420, 1922.

_____. The Trust Receipt as Security II. *Columbia Law Review*, v. 22, n. 6, p. 546-562, 1922.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*. Brasília: Senado Federal, 2003.

GABRIELLI, Enrico. *Studi sulle garanzie reali*. Torino: Giampichelli, 2015.

GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e Costituzione*. Bolonha: Zanichelli, 1999.

GAMA, Camillo Nogueira da. *Penhor rural*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1942.

GAMBARO, Antonio. La circulation des modeles juridiques entre composantes non homogenes du droit: le modele allemand em france dans le secteur des suretes mobilières. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 92, p. 52-82, 1993.

GATT, Lucilla. *Dal trust al trust: storia di una chimera*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010.

GILMORE, Grant. Article 9: What It Does for the Past. *Louisiana Law Review*, v. 26, p. 285-316, 1966.

_____. Chattel Security: II. *The Yale Law Journal*, v. 57, n. 4, p. 761-787, 1948.

_____. The good faith purchase idea and the uniform commercial code: confessions of a repentant draftsman. *Georgia Law Review*, v. 15, p. 605-629, 1981.

_____. *The Secured Transactions Article of the Commercial Code*. 1951. Faculty Scholarship Series. Paper 2558. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2558>. Acesso: 2018.

GILMORE, Grant; AXELROD, Allen. Chattel Security: I. *The Yale Law Journal*, v. 57, n. 4, p. 517-548, 1948.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Universidade da Bahia, 1958.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro 5: direito das coisas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRIMALDI, Michel. L'introduction de la fiducie en droit français. *Revue de Droit Henri Capitant*, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=309>>. Acesso em: 2018.

HARRIS, Steven L.; MOONEY JR., Charles W. A property-based theory of security interests: taking debtor's choices seriously. *Virginia Law Review*, v. 80, p. 2021-2072, 1994.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel, 1987.

HAUSMANN, Jens. The Value of Public-Notice Filing Under Uniform Commercial Code Article 9: a comparison with the German Legal System of Securities in Personal Property. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 25, n. 3, p. 427-478, 1996.

HILLINGER, Ingrid Michelsen; HILLINGER, Michael G. A code odyssey: new dawn for the article 9 Secured Creditor. *Commercial Law Journal*. v. 106, n. 2, p. 105-198, 2001.

IRTI, Natalino. Itinerari del Negozio Giuridico. *Quaderni Fiorentini*, Milano, n. 7, p. 395-420, 1978.

JACQUES, Charles. *Histoire de la distinction des biens em meubles e immeubles a Rome, em Pays Coutumier et dans le Code civil*. Paris: L. Larose et Forcel, 1884.

JAEGER, Pier Giusto. *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*. Milano: Giuffrè, 1968.

JARDIM, Mónica. O sistema registal francês. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 71, jul./dez. 2011.

_____. O sistema registal germânico. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 28, n. 58, jul./dez. 2005.

JUSTO, Antonio Santos. A base romanista do direito luso-brasileiro das coisas: algumas figuras jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 30, p. 41-69, [2009]. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/30/revista30%20\(9\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/30/revista30%20(9).pdf)>. Acesso em: 2018.

KIENINGER, Maria Eva (Ed.). *Security rights in movable property in european private law*. New York: Cambridge University Press, 2004.

KOZOLCHYK, Boris. Implementation of the OAS Model Law in Latin America: current status. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 28, n. 1, p. 1-42, 2011.

KRONMAN, Anthony T.; JACKSON, Thomas H. Secured financing and priorities among creditors. *Yale Law Journal*, n. 88, p. 1143-1183, 1979.

LACERDA, Galeno. Cessão de credito e legitimação no sistema bancário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 644, p. 18-28, 1989.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O projeto de financiamento. In: PARECERES. São Paulo: Singular, 2004. v. 2.

LEARY JR., Fairfax. Secured transactions: revolution or evolution. *University of Miami Law Review*, v. 22, p. 54-66, 1967.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. 9, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49746>>. Acesso em: 2018.

LEGRAND, Pierre. The impossibility of ‘legal transplants’. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 4, p. 111-124, 1997.

LEITÃO, Luís Manuel de Menezes. O artigo 9 do Uniform Commercial Code e a sua aptidão como modelo de uniformização do sistema de garantias. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 85, p. 679-692, 2009.

_____. *Garantias das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 42, n. 0, 2005. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5176/3892>>. Acesso em: 2018.

LEPAULLE, Pierre. La noción de “trust” y sus aplicaciones em los diversos sistemas jurídicos. In: TRATADO teórico y práctico de los trusts: en derecho interno, en derecho fiscal y en derecho internacional. México: Porrúa, 1975.

LEVMORE, Saul. Monitors and freeriders in commercial and corporate settings. *Yale Law Journal*, n. 92, p. 49-83, 1982.

LIMA, Otto de Sousa. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. *O contrato de penhor*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

LIZ TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de. *Curso de direito civil portuguez: ou commentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1848. Parte segunda, divisão 2.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2006.

LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza de. *Notas de uso pratico e criticas addições, illustrações e remissões á imitação das de Muller a Struvio: sobre todos os titulos, e todos os §§ do livro 3º das Instituições do direito civil lusitano do doutor Pascoal José de Mello Freire*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1883. v. 3.

LOPUCKI, Lynn M. The death of liability. *Yale Law Journal*, v. 106, 1996, p. 01-92.

_____. The unsecured creditor's bargain. *Virginia Law Review*, v. 80, p. 1887-1965, 1994.

LOPUCKI, Lynn M.; ABRAHAM, Arvin I.; DELAHAYE, Bernd P. Optimizing english and american security interests. *Notre Dame Law Review*, v. 88, n. 4, p. 1785-1863, 2013.

LOPUCKI, Lynn M.; WARREN, Elizabeth. *Secured credit: a systems approach*. [s.l.]: Wolters Kluwer Law and Business, 2009.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2004. v. 2.

LOVISATTI, Silvia. Osservazioni in tema di limiti del pegno rotativo, tra “valori originari” e “beni originari”. *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 2, 2002.

MAIORCA, Carlo. *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*. Milano: Società Editrice Libreria, 1938.

MANN, Ronald J. Explaining the pattern of secured credit. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 625, p. 625-683, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. Os contratos de leasing financeiro, a qualificação jurídica da parcela denominada valor residual garantido - vrg e a sua dupla função: complementação de preço e garantia. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 49, p. 109-148, 2010.

MCCALL, Brian M. It's just secured credit! the natural law case in defense of some forms of secured credit. *Indiana Law Review*, v. 43, p. 7-44, 2009.

MELO FREIRE, Pascoal José de. *Instituições de Direito Civil Português*. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 165, p. 35-156, 1967.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953-55.

MERÊA, Paulo. *Estudos de direito hispânico medieval*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1952. v. 1.

_____. *Estudos de direito visigótico*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1948.

_____. *Estudos de história do direito*. Coimbra: Coimbra, 1923

_____. Nótulas histórico- jurídicas: sobre a regra <<Hand muss Hand wahren>> na legislação visigótica. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 27, 1951.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1981.

_____. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 3, v. 10, v. 20, v. 21.

MIRANDA JUNIOR, Darcy Arruda. *O "warrant" no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do direito civil português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa. *Revista do Advogado*, n. 105, 2009.

NATUCCI, Alessandro. *La tipicità dei diritti reali*. Padova: CEDAM, 1985. v. 2.

NOGUEIRA, André Carvalho. Propriedade fiduciária em garantia: o sistema dicotômico da propriedade no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 39, 2008.

OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *Credito movel: pelo penhor e o bilhete de mercadorias*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1898.

_____. *O penhor segundo a legislação civil e commercial*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886.

PAYETTE, Louis. *Les Sûretés réelles dans le Code civil du Québec*. Montreal: Yvon Blais, 2015.

PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. Barueri: Manole, 2007.

PENTEADO, Mauro Bardawil. *O penhor de ações no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 4.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal, 2004. 2 v.

PIMENTEL, Diogo Pereira Forjaz de Sampaio. *Anotações ao Código de commercio portuguez*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1866. v. 2.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1902. v. 2.

PODICAMENI, Giovanna Luz. A trava bancária na recuperação judicial. *Revista da EMERJ*, v. 17, n. 66, p. 158-186, 2014.

POINCARÉ, Raymond. *De la possession des meubles en droit romain: de la revendication des meubles, dans l'ancien droit et sous le Code civil, en droit Français*. Paris: Arthur Rousseau, 1883.

PONT, Paul. *Explication du Code Napoléon*. Paris: Libraire du Conseil d'État, 1859. v. 1.

PORTUGAL. *Repertorio das Ordenações, e Leis do Reino de Portugal*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1795, Disponível em: <http://www.governodosoutros.ics.ul.pt/?menu=consulta&id_obra=68&acao=ver>. Acesso em: 2018.

POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres complètes de Pothier*. Paris: Thomine et Fortic Libraires, 1821. v. 9, v. 20.

PUTMAN, Emanuel. Sur l'origine de la règle : <<meubles n'ont point de suite par hypothèque>>. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 3, p. 543-555, 1994.

RESCIGNO, Matteo. Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine a favore delle imprese, con particolare riguardo alla rotatività del suo oggetto *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 1, 1999.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REXAND-POURIAS, Nathalie. Les effets néfastes de l'immobilisation par destination sur les garanties grevant le fonds de commerce. In: *Revue juridique de l'Ouest*, 2001-4. pp. 515-533; http://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2001_num_14_4_2652.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 70063923890*. Sexta Câmara Cível. Relator: Rinez da Trindade. Julgado em: 19 nov. 2015.

_____. *Apelação Cível n. 590088407*. Sexta Câmara Cível. Relator: Adroaldo Furtado Fabrício. Julgado em: 06 ago. 1991.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O direito civil nas academias jurídicas do império*. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais, 2008. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/DIRE-7PYKYE/direito_giordanobrunosoaresroberto_tese.pdf?sequence=1>. Acesso em: 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5.

ROJO AJURIA, Luis . Las garantías mobiliarias: fundamentos del derecho de garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América. *Anuario de Derecho Civil*, v. 42, n. 3, p. 717-812, 1989.

RÖVER, Jan-Hendrik. *Secured lending in Eastern Europe: comparative law of secured transactions and the EBRD model Law*. New York: Oxford University Press, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Recuperação Judicial e trava bancária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 59, p. 13-23, 2013.

SALINAS, Carlos. Il pegno omnibus. *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 1, 1997.

SCHAPP, Jan. *Direito das coisas: sachenrecht*. Porto Alegre: Fabris, 2010.

SCHWARTZ, Alan. Security interests and bankruptcy priorities: a review of current theories. *The Journal of Legal Studies*, v. 10, n. 1, p. 1-37, 1981.

_____. The continuing puzzle of secured debt. *Vanderbilt Law Review*, v. 37, n. 5, p. 1051-1069, 1984.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. La Dottrina della Causa nel Diritto Italiano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Disponível em: <<http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/viewfile/626/590>>. Acesso em: 2018.

SCOTT, Robert E. A relational theory of secured financing. *Columbia Law Review*, v. 86, p. 901-977, 1986.

SEIXAS, Renato. Project finance em empreendimentos de pequeno e médio porte. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 30-47, 2007.

SERICK, Rolf. *Garantías mobiliarias em derecho alemán*. Madrid: Tecnos, 1990.

SILVA, Almiro do Couto e. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 13, p. 7-27, 1997.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. Cessão de créditos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 638, p. 10-14, 1988a.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, p. 163-180, 1988b.

SILVA, Clovis do Couto e. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Organização dos textos Véra Maria Jacob de Fradera. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, Clóvis do Couto e. Negócios jurídicos e negócios jurídicos de disposição. In: SILVA, Clovis Verissimo do Couto e. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Organização dos textos Véra Maria Jacob de Fradera. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 71-85.

SMITH JR.; Clifford W.; WARNER, Jerold B. On financial contracting: an analysis of bond covenants. *Journal of Financial Economics*, n. 7, p. 117-161, 1979.

STELLA, Giovanni. *Il pegno a garanzia di crediti futuri*. Padova: CEDAM, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2015.

TELES, Inocêncio Galvão. O penhor sem entrega no direito luso brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 24, p. 27-44, 1959.

TUHR, Andreas Von. *Derecho civil: teoria general del derecho civil alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1948. v. 3.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Legislative guide on secured transaction*. 2008. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/09-82670_Ebook-Guide_09-04-10English.pdf>. Acesso em: 2018.

_____. *Model law on secured transactions*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security/MLST2016.pdf>>. Acesso em: 2018.

VALDEAVELLANO, Luis Garcia de. *Estudios medievales de derecho privado*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1977.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. *O contrato e os direitos reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: fundamentos do direito de propriedade no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2016.

VEIGA, Didimo Agapito da. *Manual do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. v. 9, pte 3.

VENEZIANO, Anna. *Le garanzie mobiliare non possessorie: profili di diritto comparato e di diritto del commercio Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2000.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil Brasileiro e outros temas: homenagem a Túlio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latim, 2008. p. 601-618.

VILLELA, João Baptista. Da Consolidação das Leis Civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, v. 23, n. 89, p. 323-338, 1986.

WALD, Arnaldo. Alguns aspectos do regime jurídico do sistema financeiro imobiliário (Lei 9.514/97). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 4, p. 13-27, 1999.

_____. *Da legalidade e licitude da cessão de crédito com reserva, em favor do cedente, das ações e pretensões inerentes ao crédito cedido*. Rio de Janeiro, 1987 [parecer inédito].

WARREN, Elizabeth. Making Policy with Imperfect Information: the article 9 Full priority debates. *Cornell Law Review*, n. 82, p. 1373-1395, 1997.

WHITE, James J. Work and Play in Revising Article 9: Symposium on the Revision of Article 9 of the Uniform Commercial Code. *Virginia Law Review*, v. 80, n. 8, p. 2089-2102, 1994.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

WITZ, Claude. Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne. *Revue Internationale de Droit Comparé*. v. 37, n. 1, p. 27-68, 1985.

_____. *La fiducie em droit prive français*. Paris: Economica, 1981.

WOLFF, Martín. Derecho de cosas: gravámenes. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Bosch, 1948. t. 3, v. 2.

ZACHARIAE, K. S. *Le droit civil français*. Paris: Libraire Auguste Durand, 1860. v. 5.

ZWALVE, W.J. *A labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods*. 2004. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1887/3418>>. Acesso em: 2018.