VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

N935
Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega -

Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-393-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.
1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Perspectiva. 3. Diálogo. 4.

Disjunção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

Apresentação

A obra expõe, de forma bastante evidente, o quão ecléticas e ricas foram as apresentações e os debates ocorridos no âmbito do Grupo de trabalho intitulado “Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado”, por ocasião do VI Encontro Internacional do CONPEDI, na Costa Rica.

Os artigos externam a preocupação dos seus autores de real e efetivamente trazerem à baila as novas discussões empreendidas nos mais diversos ramos do Direito. Se por um lado enaltecem a novidade, os textos não descuidam, por outro, da doutrina tradicional e da perspectiva constitucional tradutora do empoderamento da dignidade da pessoa humana.

A riquíssima experiência de apresentação dos textos de tamanha qualidade somente foi possível pela envergadura dos autores, os quais se comprometeram com a discussão, séria e necessária, de diversos e atuais temas, que entoam a regência da vida moderna pelo direito nas mais diversas áreas.

Por óbvio, os trabalhos não estão a salvo de críticas, mas procuram estabelecer, em intensidades diferentes, a comunicabilidade e a interseção vigentes entre o que outrora se distinguia de forma acentuada como público e privado, nacional e internacional. Novos horizontes se avistam e inovadoras perspectivas estabelecem as relações humanas e estatais.

Aos leitores, desejamos aprazível e inspiradora reflexão!

San Jose, Costa Rica, maio de 2017.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Carrega - UFG

POR UMA TEORIA DAS GARANTIAS REAIS FUNDADA NOS PRINCÍPIOS DA PÓS-MODERNIDADE

IN FAVOR OF A THEORY OF REAL GUARANTEES BASED ON POSTMODERN PRINCIPLES

Roberto Wagner Marquesi [1]
Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador [2]

Resumo

Este artigo examina os direitos reais de garantia à luz do Direito Civil brasileiro e de outros sistemas ocidentais. Propõe uma teoria geral dessa classe de direitos na coisa alheia, estabelecendo conceitos, natureza jurídica, requisitos e efeitos. O trabalho se desenvolve em diálogo das fontes, envolvendo o exame não só dos Códigos brasileiro e estrangeiros, como também a norma processual civil brasileira, sempre sob a ótica dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos.

Palavras-chave: Direito civil, Garantias reais, Teoria geral, Código civil, Princípios da pós modernidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article examines the security interest in light of the Brazilian Civil Law and other Western systems. It proposes a general theory on this class of rights over one's property, establishing its concepts, legal nature, requirements and effects. Work is carried out in a dialogue of sources, and involves the examination of not only Brazilian and foreign Codes, but also the Brazilian civil procedural rule, always from the point of view of the principles of good faith and the social role of contracts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil law, Security interest, General theory, Civil code, Pos modern principles

[1] Doutor em Direito Civil pela USP. Docente do Programa de Mestrado em Direito Negocial.

[2] Doutora em Direito Civil pela UFPR. Docente do Programa de Mestrado em Direito Negocial

INTRODUÇÃO

Os Códigos Civis pós-napoleônicos cuidam das garantias reais. São poderes que tem um credor de empregar determinado bem para satisfazer-se pela dívida não paga. As várias sistematizações legais referentes a tal figura jurídica permitiu consolidar-se uma "teoria geral das garantias reais", inserta no capítulo dos direitos reais sobre coisa alheia.

Mercê da influência do Código Napoleão, de 1804, o que se vê nas codificações do Séc. XX, como o Código Civil Brasileiro de 1916, o Italiano der 1942 e o Português de 1966, é uma disciplina nitidamente patrimonialista, calcada nos interesses do credor. Isso se explica pelo caráter liberal daquele Código, criado pelos estamentos burgueses, detentores do poder e da riqueza.

Esse paradigma, de elevar o patrimônio ao centro do Direito Privado, veio, contudo, sofrendo severas críticas, na medida em que relegava a figura dos sujeitos, especialmente o devedor, a um segundo plano. Por essas e outas razões é que se diz dos Códigos novecentistas "Códigos da propriedade e do patrimônio".

Novos valores e princípios surgiram para governar o Direito Civil e atenuar a ideia de que o patrimônio é o centro das relações jurídicas.

Princípios como o da boa-fé objetiva, a função socioeconômica do negócio jurídico, a conservação dos contratos, a vedação do enriquecimento sem causa, ao lado de técnicas como a do *favor debitoris* e do *favor creditoris* são hoje realidade. Não significa dizer que o patrimônio tenha sido relegado a plano secundário. Trata-se, na verdade, de equilibras os valores econômicos com os valores existenciais.

Princípios como o da boa-fé objetiva, a função socioeconômica do negócio jurídico, a conservação dos contratos, a vedação do enriquecimento sem causa, ao lado de técnicas como a do *favor debitoris* e do *favor creditoris* são hoje realidade. Não significa dizer que o patrimônio tenha sido relegado a plano secundário. Trata-se, na verdade, de equilibrar os valores econômicos com os valores existenciais, nos moldes da constitucionalização do direito civil. Ao buscar a repersonalizacao do direito patrimonial, aquela revela-se congruente com os direitos reais na contemporaneidade.

O discurso que ora se inicia tem o escopo de desvendar os princípios de regência das garantias reais, cuidando de apresentar uma teoria que alcance tanto a proteção do direito patrimonial como do direito existencial.

1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Os direitos reais sobre a coisa alheia são poderes *erga omnes* que alguém possui sobre bem do qual não é proprietário. Esses poderes recaem ou sobre a coisa em si mesma, como nas servidões, na superfície e no usufruto, ou sobre seu valor, que fica vinculado ao cumprimento de uma determinada obrigação, como no penhor, na hipoteca e na anticrese. Nos primeiros exemplos, que são casos de direitos reais de gozo, o titular usa ou frui o bem, extraindo-lhe as riquezas, vantagens ou comodidades. Nos segundos, que são os direitos reais de garantia, obtém a vinculação de um bem a uma relação obrigacional em que é credor.

Os direitos reais de garantia devem ser examinados à luz da teoria do inadimplemento obrigacional (CC, art. 389 e ss.), porque só se realizam diante do não pagamento de uma dívida. Sua função é a de permitir ao credor excutir uma coisa de propriedade do devedor ou de terceiro para satisfazer o crédito não recebido. Excutir, no caso, significa submeter a coisa a um processo de execução judicial ou extrajudicial, oferecendo-a à venda para, com o dinheiro daí obtido, satisfazer a obrigação não paga.

Por isso se afirma que o titular da garantia real não tem direito à coisa em si, mas ao seu valor. Em outras palavras, isso significa que "sua essência reside na permissão ao credor de dirigir-se à coisa gravada a fim de realizar seu valor e satisfazer seu interesse" (DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, 1977, p. 496). Logo, tal classe de direitos só existe e faz sentido diante da noção de crédito, do qual é acessória.

Disso se percebem, com clareza, as diferenças dos direitos reais de garantia para com os direitos reais de gozo. Os direitos reais de garantia, salvo no vetusto caso da anticrese, não engendram o aproveitamento socioeconômico da coisa, porquanto seu objeto repousa no valor do bem, e não na coisa em si. Sobremais, não têm autonomia, porquanto pressupõem relação obrigacional da qual são dependentes e a cuja sorte estão adstritos.

Diante desses dados, é possível conceituar o direito real de garantia como aquele que atribui ao titular a faculdade preferencial, oponível contra todos, de empregar uma coisa do devedor ou de terceiro, transformando-a em dinheiro, para satisfazer-se pelo crédito não recebido. Muito lembrada é, a respeito, a conceituação de Orlando Gomes (2005, p. 378), para quem o direito real de garantia "é o que confere ao credor a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor de bem aplicado exclusivamente à sua satisfação".

Houve quem negasse a natureza real dessas garantias, ora reduzindo-as a um capítulo do direito das obrigações ora lançando-as ao terreno do processo civil (CUNHA GONÇALVES, 1951, p. 738). Hoje, não há qualquer dúvida acerca da natureza real do

penhor, da hipoteca, da anticrese e da alienação fiduciária, dados os atributos da preferência e da oponibilidade *erga omnes* que a eles caracteriza.

As garantias reais apresentam grandes vantagens, porque, atribuindo ao credor o direito de sequela, permitem-lhe tomar a coisa de quem vier a possuí-la. Mesmo que o devedor ou o terceiro garantidor venham a aliená-la, ainda assim poderá o credor excuti-la. Como sintetiza Pontes de Miranda (1983, p. 3), "com o gravame, abstrai-se de quem seja, ao tempo da execução, ou da medida cautelar, o dono do bem". Como as garantias reais só existem se registradas, não poderá o adquirente alegar ignorância, pois a função do registro é a de publicizar o gravame e propiciar-lhe eficácia contra todos.

Tais noções estão presentes no art. 1.419 do Código, assim redigido: "nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação".

Se não houvesse garantia, o devedor poderia alienar seus bens e frustrar o recebimento do crédito. Estaria o credor obrigado, diante disso, a mover ação ordinária para obter a anulação da venda, procedimento demorado, complexo e nem sempre exitoso, por envolver terceiros adquirentes de boa-fé. Assim, entrando em insolvência o devedor e não havendo garantia real, o credor teria de disputar com outros credores, em igualdade de condições, os ativos que encontrasse.

Vale isso a dizer que as garantias reais geram, além do poder de sequela, o direito de preferência previsto no art. 1.422 do Código, que assim dispõe: "o credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro".

2 CARACTERÍSTICAS

Vejam-se agora os traços característicos das garantias reais.

a) Acessoriedade. A acessoriedade é o traço que melhor estrema as garantias reais dos direitos reais de gozo na coisa alheia. As garantias são sempre acessórias de um crédito, de cuja existência e validade dependem. Entre elas e o negócio jurídico principal há uma relação de conexão, mas a sorte das primeiras é determinada pela vida do segundo.

Disso decorrem importantes soluções, algumas estudadas na parte geral do direito civil ou na teoria geral das obrigações. Se o crédito desaparece, como acontece nas hipóteses de pagamento, distrato ou de anulação por ato judicial, a garantia também se extingue, porque perde sua função econômica, eis que nada mais há a ser garantido. O contrário não é, porém,

verdadeiro. Se o juiz anular a hipoteca por falta de outorga do cônjuge, isso não repercutirá no negócio principal, que permanecerá hígido e eficaz, embora despido de garantia real.

A acessoriedade permite, ainda, que as garantias possam ser constituídas após a celebração do contrato principal, permitindo seu reforço, diminuição ou extinção sem que isso afete o contrato. Trata-se de uma aplicação prática do conhecido brocardo latino *accessorium sequitur suum principale,* entre nós previsto no art. 92 do Código.

Interessante aqui relembrar da teoria da consubstanciação ou aproveitamento do negócio jurídico inválido, acolhida no art. 70 do Código Civil. Se o contrato de hipoteca vier a ser anulado em razão da falta de vênia conjugal, por exemplo, o negócio poderá ser aproveitado como uma confissão de dívida.

Justificam tal solução os princípios da boa-fé objetiva e da conservação do negócio jurídico.

A acessoriedade, como nota distintiva e necessária dos direitos reais de garantia, não impede que neles se identifiquem estrutura e elementos de validade próprios. As garantias reais são dependentes no sentido de conferirem função a uma relação de crédito, mas têm uma conformação própria. Como esclarece Ruggiero (1999, p. 691), "o caráter acessório deve entender-se no sentido de que a função e o fim, e não a natureza jurídica, não são independentes da existência de uma obrigação".

Nesse sentido se há de entender e aplicar a característica da acessoriedade. As garantias reais são acessórias e dependentes porque funcionalizam uma relação de crédito, mas são autônomas no tocante a seus requisitos formais de constituição. Por isso enuncia o art. 2.186 do CC Argentino: *Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos. La extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito.*

Nessa linha de raciocínio, interessante questão é a de saber se a hipoteca e o penhor, cujo registro ainda não se baixou, mas cuja dívida a que garantiam foi paga, ainda subsistem. O gravame, em tal caso, continuará a existir, porque, assim como nasce com o registro, com a baixa do registro fenecerá. Mas, diante da extinção da relação principal, torna-se ineficaz, não produzindo efeitos jurídicos, porquanto sua função, que era a de assegurar, está exaurida. Qualquer interessado (devedor, credor, proprietário ou adquirente) poderá, nesse caso, requerer a baixa do registro.

b) Transitoriedade. Todas as garantias reais são temporárias, encontrando limitação na própria lei. O limite de tempo é absoluto e não pode ser contornado pelo contrato. Os

direitos reais de gozo na coisa alheia, assim como o domínio, podem tender à perpetuidade, como sucede na enfiteuse e nas servidões, ou ser vitalícios, como em alguns exemplos do usufruto. Mas tal não se passa com as garantias. Na disciplina do penhor vê-se, por exemplo, limitação temporal de poucos anos, variando de um biênio a um quinquênio.

Justificam-se e entendem-se essas limitações de tempo. Um bem eternamente onerado pode perder sua função econômica, além de esgotar o ativo do devedor. Ademais, as relações de crédito sempre são temporárias. Se o negócio principal não pode ser perpétuo, o contrato acessório também não poderá sê-lo. Apesar disso, as garantias reais oriundas da lei podem não encontrar limitação temporal. Isso não quer dizer sejam vitalícias; significa apenas não se conhecer seu termo final. Um exemplo está na hipoteca do Poder Público sobre os agentes fazendários (CC, art. 1.489, I).

c) Indivisibilidade. Constituído o ônus real, ele se mantém em sua integridade até que sobrevenha uma causa extintiva. Dito em outros termos, afirma-se que as garantias reais não se fracionam, ainda que fracionável seja a coisa, como uma fazenda ou um rebanho. Dessa característica defluem algumas soluções. Se o devedor, *e.g.*, houver amortizado a dívida, não poderá exigir que se reduza a garantia, desonerando uma parte da coisa (art. 1.421).

No mesmo passo, se o devedor vier a morrer e o bem for partilhado entre os vários herdeiros, a garantia também não se alterará, ou melhor, não se fracionará. Logo, nessa situação, não é possível a cada um dos herdeiros remitir a garantia de acordo com a proporção de seus quinhões. Não podem resgatar a coisa senão em sua totalidade e pagando o total da dívida. A regra vem no art. 1.429, que guarda perfeita simetria com a orientação do art. 259, ambos do diploma civil, sendo certo que o herdeiro que pagar a dívida sub-roga-se contra os demais herdeiros.

O Código Civil Italiano traz disposições semelhantes em seus arts. 2.799 e 2.809. Igual diretriz está no Código Português, no art. 696: "salvo convenção em contrário, a hipoteca é indivisível, subsistindo por inteiro sobre cada uma das coisas oneradas e sobre cada uma das partes que a constituam, ainda que a coisa ou o crédito seja dividido ou este se encontre parcialmente satisfeito".

O princípio da indivisibilidade foi criado a benefício do credor e busca evitar o desfalque da segurança. Aplica-se aqui o princípio do *favor creditoris.*

Mas não se trata de regra absoluta, pois o mesmo art. 1.421 autoriza o resgate parcial do gravame, desde que essa possibilidade se encontre prevista no título constitutivo. Além disso, como adiante será visto ao tratar do vencimento antecipado da dívida, casos há em que

a regra da indivisibilidade, restringida pelo princípio da função social do contrato e da propriedade, não opera;

d) Não usucapibilidade. Os direitos reais de gozo podem ser usucapidos. Esse fenômeno, ou seja, a aquisição da propriedade ou de outro direito real pelo decurso do tempo, não é possível nas garantias, pela simples e prosaica razão de que elas, conquanto reais, não atingem a essência da coisa, senão seu valor. As garantias não induzem posse com ânimo de senhoria, posse *animus domini.* De fato, ninguém pode possuir um "valor".

Aliás, nos dias de hoje poucas garantias reais transmitem posse ao credor. O penhor comum e a anticrese engendram-lhe posse, mas o credor sabe que seu poder na coisa é temporário e não significa abandono ou desinteresse do proprietário. Por isso, não pode pretender adquirir-lhe o domínio fundado em afirmação de inércia do proprietário-devedor. Se a posse do credor decorre de um contrato, não é possível cogitar no ânimo de tornar-se senhor.

Em sentido contrário entende Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (1986, p. 23). Segundo explica, "a aquisição do direito por usucapião se dá por posse prolongada, sem oposição e ininterrupta, conforme a extensão de seu conteúdo, definido no animus. Quem tem posse com ânimo de senhor, adquirirá o domínio. Quem a tiver com ânimo de titular de prédio dominante, adquirirá a servidão. Da mesma forma, quem a tiver com ânimo de usufrutuário adquirirá o direito real de usufruto".

E conclui: "ora, se a posse do credor da dívida, em relação a um móvel, se qualificar com ânimo de credor pignoratício, nada impede a aquisição do penhor, mesmo porque a posse do credor é elemento essencial à configuração do penhor civil" (NASCIMENTO, 1986, p. 24).

A opinião não se sustenta. Embora todos os direitos reais de gozo na coisa alheia possam ser usucapidos, tal não ocorre nos direitos de garantia, porque aqui a posse não atinge o bem em si. O credor pignoratício tem o ânimo de conservar a coisa para satisfazer-se com seu valor em caso de não recebimento da dívida, e apenas isso. Não há, portanto, *animus domini.*

Sem embargo, pode ocorrer a usucapião quando, terminado o contrato, o credor, sem oposição do devedor, seguir na posse do bem dado em garantia. Aqui há uma mudança na natureza da posse. Antes, exercia o credor posse em nome do dono, guardando o bem; agora, exerce posse em nome próprio. Logo, poderá ele, detectado o desinteresse do dono, tornar-se proprietário pela usucapião. O prazo só começará a ser contado a partir de configurado o abandono pelo devedor. Na vigência do contrato não se computa prazo de usucapião.

3 VALIDADE E EFICÁCIA

Quando não derivam da lei, os direitos reais de garantia resultam de um contrato. Assim sendo, hão de observar os requisitos previstos no art. 104 do Código, que cuida das condições de existência e validade dos negócios jurídicos em geral. Além dos requisitos inerentes aos contratos, os direitos reais de garantia exigem condições específicas de constituição e validez. Os arts. 1.419 e ss. mostram que tanto o nascimento quanto a higidez de um direito desse jaez sujeitam-se a três pressupostos: *a)* capacidade e legitimação do contratante; *b)* idoneidade do objeto e *c)* forma e solenidade do ato. Logo, é possível falar-se em requisitos subjetivos, objetivos e formais das garantias reais, segundo se refiram à figura do agente, à coisa destacada e à forma do negócio, respectivamente.

3.1 Capacidade e Legitimação

No diagnóstico da existência e validade dos institutos aqui comentados, é necessário investigar, em primeiro lugar, a capacidade do contratante, especificamente o dador da garantia. Este, já se sabe, não é necessariamente o devedor, porquanto um terceiro, não devedor, pode vincular seus bens a dívida alheia. Num ou noutro caso, só o proprietário da coisa pode gravá-la de ônus. Não basta, porém, ser proprietário; é necessário ser civilmente capaz. A questão da capacidade é resolvida sob a égide dos arts. 3º. a 5º. do Código, que tratam dos casos de incapacidade absoluta, incapacidade relativa e capacidade plena das pessoas naturais.

No ambiente dos direitos reais de garantia, questões atinentes à capacidade podem gerar alguma reflexão. Aqui se pergunta, por exemplo, se os incapazes, quer os designados no art. 3º. quer os mencionados no art. 4º., podem dar seus bens em garantia, ainda que se encontrem representados ou assistidos pelo responsável.

É aceito que a constituição de um ônus real corresponde a um princípio de alienação da coisa, pois é ela destacada do patrimônio do devedor e vinculada a uma dívida, sujeitando-se a penhora e expropriação. Por isso se entende que a faculdade de criar ônus reais inclui-se no âmbito de *jus disponendi* (direito de dispor, inserido no conteúdo da propriedade). Inspirado nessa ideia, o legislador timbrou a regra do art. 1.420, segundo a qual só aquele que pode alienar poderá dar em garantia real.

Ora, os incapazes e os relativamente incapazes, embora representados ou assistidas por seu responsável, não podem alienar senão com autorização judicial. Logo, para onerarem

seus bens, tanto uns quanto outros dependerão de alvará do juiz, que só autorizará a prática convencido de que a oneração da coisa resguardará seus interesses (empréstimo para estudos, tratamento de saúde *etc*). Nesse sentido está redigido o art. 1.691 do Código.

Idêntico raciocínio, no tocante à capacidade, pode ser aplicado aos tutelados e curatelados, aos quais só é dado constituir ônus reais por intermédio do tutor ou curador, mas sempre com autorização judicial (CC, art. 1.748, IV e 1.774). Quanto ao pródigo, como não lhe é permitido administrar bens e interesses econômicos, embora possa praticar os demais atos da vida civil (CC, art. 1.782), também não poderá oferecer bens em garantia a não ser representado pelo curador e autorizado pelo juiz.

A capacidade não é o único requisito subjetivo aplicável à validade das garantias reais. Ao agente exige-se também a legitimação. Em certas situações, o sujeito pode ser capaz de realizar os atos da vida civil, mas encontrar-se circunstancialmente inibido de praticar determinados negócios. É o caso do cônjuge, que tem capacidade para doar bens, mas não tem legitimação para fazê-lo em favor do seu cúmplice de adultério. Como está inibida de doar (forma de alienação) em favor do cúmplice, a pessoa casada não tem legitimação para constituir garantias em favor dele. É o que se pode concluir do art. 550 do Código.

Questão que suscita algum debate em torno da legitimação é a que respeita à possibilidade de o pai prestar garantias reais em favor do credor de um dos filhos, sem a anuência da prole. O Código silencia a respeito, mas aqui não é possível aplicar a mesma regra do art. 496, que exige a anuência dos filhos para o caso de o pai vender imóvel a um deles. É que esse dispositivo deve ser interpretado restritivamente, eis que trata de limitar a disposição de direitos, no caso o direito de propriedade. Na hipoteca, será visto que o pai pode constituir hipoteca para garantir dívida de um dos filhos, sem a necessidade de anuência dos demais.

A pessoa casada, de seu turno, só poderá onerar bens com a concordância do cônjuge, exceto se o regime for o de separação absoluta (art. 1.687). A separação absoluta é aquela que estabelece a incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, assim como dos frutos e rendimentos pretéritos e futuros. Justifica-se a exceção, eis que neste regime cada um dos cônjuges mantém a administração exclusiva sobre os bens não compreendidos nos aquestos. Nem sempre a separação é realmente absoluta, pois podem os cônjuges dispor que alguns dos bens se comuniquem, sem prejuízo de adotarem o regime de separação (DINIZ, 2002, p. 166). Em relação aos bens que se comunicarem, necessária será a vênia conjugal para gravá-los de ônus.

Quanto à pessoa jurídica de direito privado, a possibilidade de constituir garantias reais dependerá do que dispuserem seus atos constitutivos (estatutos, contrato social *etc*), os quais podem prever a proibição de fazê-lo ou exigir formalidades, como a obrigatoriedade de a hipoteca ser subscrita por dois sócios ao menos. Já as pessoas jurídicas de direito público poderão criar ônus reais se estiverem autorizadas por lei, eis que submetidas aos princípios da legalidade do ato administrativo e da indisponibilidade dos bens públicos.

Conquanto necessário seja o dador proprietário da coisa, o sistema tolera, em alguns casos e segundo a mesma diretriz do Código Italiano (art. 2.822), a constituição de ônus feita por não proprietário. Isso acontece quando alguém, não sendo dono, oferece a coisa, vindo depois a tornar-se seu proprietário. Em tese, tal ato seria inexistente e não poderia ser convalidado, como entende Venosa (2012, p. 472). Mas, segundo Rizzardo (2003, p. 1.021), mesmo sabendo o credor que o devedor não era proprietário ao tempo da constituição, ainda assim será válido o ato, caso venha ele, devedor, a adquirir o domínio posteriormente.

Dispõe a respeito o art. 1.420, § 1º.: "a propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono". O raciocínio é o mesmo que inspira o disposto no art. 483, que permite venda de coisa futura e no art. 1.268, § 2º., todos do Código Civil, que consideram válida a aquisição da coisa móvel vendida *a non domino,* desde que o alienante venha depois a adquirir a propriedade.

Logo, o registro imprimirá eficácia real à garantia conferida por quem não era dono. A questão se resolve, portanto, no plano da eficácia

Saliente-se que há vozes prestigiosas a sustentar que o devedor, embora não seja proprietário, deve ter ao menos a posse *animus domini* (PEREIRA, 2002, p. 327).

Mais uma observação. No campo dos direitos reais de garantia, eficaz é o gravame que pode ser oposto a terceiros, o que só se alcança com o registro. Medite-se no exemplo de alguém que possua dois débitos com credores distintos e, não sendo dono da coisa, hipoteque-a em favor do primeiro credor. Vindo o devedor, mais tarde, a transferir a coisa em seu nome, a garantia adquirirá eficácia, gerando preferência em favor do primeiro credor. Contudo, se, antes do registro, o segundo credor vier a executar seu crédito e penhorar os direitos sobre a coisa - e tais direitos podem ser penhorados -, a penhora será válida e, sendo anterior à hipoteca, a esta preferirá, porque a garantia hipotecária ainda não se tornara eficaz. Deverá o primeiro credor, diante disso, contentar-se com as sobras da execução, se sobras houver.

3.2 Idoneidade do Objeto

Viu-se, no tópico acima, quem pode validamente constituir garantias reais. Vejam-se agora quais bens podem ser objeto do gravame. A segunda parte do art. 1.420 enuncia a regra de que só as coisas alienáveis são suscetíveis a tais ônus. Alienáveis são os bens *in commercium,* ou seja, aqueles cuja disposição não é vedada pelo Direito. A regra é de que todos os bens, conquanto lícitos, possíveis e com conteúdo econômico, podem ser alienados, exceto quando a natureza da coisa o impossibilitar ou a lei e a vontade o proibirem.

Os bens passíveis de garantia real podem ser corpóreos ou incorpóreos. Um exemplo de bem imaterial que pode ser dado em garantia são as marcas e patentes, assim como os direitos autorais patrimoniais, previstos todos na Lei 9.610/98. Outro exemplo é penhor sobre direitos e títulos de crédito do art. 1.451 do Código. Sobre eles se falará melhor nos Capítulos subsequentes.

Vários são os casos, doutro lado, em que a disposição do bem é vedada pela norma. São indisponíveis, por exemplo, embora transitoriamente, os bens do agente público praticante de improbidade administrativa (Lei 8.429/92). Os animais selvagens compreendidos na fauna nacional, por não serem bens públicos nem particulares, porém coisas que expressam um interesse difuso (ecológico, científico, cultural ou recreativo), não podem ser negociados e, consequentemente, dados em garantia (Lei 5.197/67). A restrição não atinge a fauna exótica (avestruzes, por exemplo).

O bem de família legal pode ser oferecido em garantia hipotecária (Lei 8.009/90, art. 3º.,V). Não assim o bem de família convencional (CC, art. 1.712 e ss.), que só poderá ser alienado e oferecido em garantia mediante autorização judicial, com prévia oitiva do representante do Ministério Público (AZEVEDO, 1996, p. 176). É importante, assim, para efeitos de constituição de ônus reais, distinguir entre o bem de família legal, disposto naquela lei e o bem de família convencional, regulado pelo Código. Somente o segundo está imune a alienação e oneração.

Em relação à vontade como causa delimitadora da constituição de ônus, menciona-se, além do bem de família voluntário, o contrato de doação de imóvel vinculado a cláusula de inalienabilidade. Aqui, o doador se desfaz do bem (CC, arts. 1.359 e 1.911), mas impede ao donatário sua alienação. Não podendo dispor da coisa clausulada, o beneficiário também não poderá gravá-la de ônus.

Na vigência do Código antigo, muito se discutiu sobre a possibilidade de o condômino dar a coisa em garantia. Hoje a discussão perde o sentido diante do § 2º. do art.

1.420. De acordo com aquele dispositivo, "a coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver".

Para que a garantia envolva toda a coisa, exige-se, evidentemente, a anuência de todos os condôminos, pois ninguém pode dar em garantia bem alheio. Mas cada um deles pode, independentemente da concordância dos demais, gravar o seu quinhão na coisa, seja ela indivisível (animais ou veículos de transporte) ou encontre-se indivisa (grandes áreas rurais divisíveis porém não divididas). Quanto às unidades em condomínio edilício (apartamentos, salas comerciais *etc*), não há nenhuma restrição contra o condômino, que poderá gravá-las sem a concordância dos demais.

Tais soluções, no tocante ao condomínio edilício, guardam perfeita harmonia com os arts. 1.314 e 1.335, I, do Código, que regulamentam o regime condominial. Se o condômino é proprietário, embora sobre uma fração da coisa, pode então alienar e, se pode alienar, é-lhe lícito também gravar.

3.3 Especialização e publicidade

A especialização é o requisito formal de validade das garantias reais e foi positivada no art. 1.424 do Código e no art. 175, III, da Lei de Registros Públicos. Todos os instrumentos criadores de ônus real devem possuir um conteúdo informativo mínimo, segundo previsão dos incisos desses dispositivos. Assim, a teor do art. 1.424, exige-se que o instrumento contratual informe o valor do crédito, sua estimação ou valor máximo (inciso I), o tempo do pagamento (inciso II), os percentuais de juros, se houver (inciso III) e, principalmente, a completa individuação do bem dado em garantia (inciso IV). A razão dessas exigências é simples.

O proprietário-devedor não está tolhido de dispor da coisa onerada, porém os interesses dos terceiros devem ser resguardados. Se estes pretendem adquirir a coisa, devem conhecer os ônus que sobre ela pesam e os principais dados referentes à condição da garantia.

O tráfego jurídico mostra que, quando alguém se dispõe a adquirir um bem, especialmente um imóvel, procura antes certificar-se de sua condição jurídica. Por isso interroga o registro. Assim, mesmo verificando a existência do gravame, caso se convença da vantagem do negócio, efetuará a compra. Se perceber que as condições do ônus comprometem substancialmente a coisa, procurará preço menor ou então se dissuadirá. De qualquer forma, a especialização impede ao adquirente alegar ignorância se a coisa for

excutida em suas mãos. Aliás, nunca é demais relembrar que a função do registro imobiliário é a de dar publicidade ao ato e evitar alegação de desconhecimento.

A falta da especialização não induz nulidade, porém ineficácia diante de terceiros. Uma convenção hipotecária a que falte esse requisito não produzirá garantia real, mas poderá provar a existência da relação obrigacional principal, ou seja, o negócio jurídico que gerou o débito. Nesse caso, nula é a hipoteca, mas válido é o contrato principal. O credor estará privado de garantias, mas não estará inibido de exigir ao devedor a prestação por este assumida.

Ao lado da especificação, o registro assoma como requisito de constituição dos ônus reais. As garantias reais exigem forma escrita e registro. Todas elas. Quer abranjam móveis, imóveis ou uso de imóveis, sempre serão instrumentalizadas por escrito e apontadas no órgão registral competente (CC, arts. 1.432 e 1.492; Lei 6.015/73, DL 911/69, Lei 4.728/65, Lei 9.514/97, Lei 10.931/04, dentre outras).

A forma escrita é necessária para possibilitar a especialização. O registro, de seu turno, é imprescindível para conferir eficácia *erga omnes* ao direito do credor, porque torna público o gravame. A ausência do registro produz efeitos jurídicos, porém *erga partes*, ou seja, entre credor e devedor. Aqui, o instrumento não registrado faz prova da existência da dívida e, se a coisa ainda estiver em poder do devedor, poderá o credor excuti-la. Alienado o bem a terceiro, já não poderá o credor persegui-lo, dada a boa-fé do adquirente, que desconhecia o ônus[1].

À luz do direito privado, garantias feitas pela forma verbal são nulas (CC, arts. 104, III e 166, IV), embora, doutrinariamente, devam ser tidas por inexistentes. Na prática, a solução é a mesma, tanto faz sejam consideradas nulas ou inexistentes. Garantias verbais geram, quando muito, uma obrigação natural, ficando a critério do devedor ou do terceiro honrar a palavra. A falta de registro, como acima se viu, as torna ineficazes, não podendo opor-se a terceiros. No direito romano, a falta de publicidade das hipotecas foi, decerto, a razão de seu relativo insucesso, se comparadas com as congêneres helênicas.

Em relação ao penhor comum, outra solenidade é exigida além da forma e do registro, isto é, a entrega da posse direta ao credor (art. 1.431). No penhor comum, a transmissão da posse tem a função de conferir maior publicidade à garantia.

[1] "A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, à falta de registro da constrição que sofre o bem alienado, deve-se presumir a boa-fé do terceiro que o adquire, salvo se demonstrado o contrário" (STJ, 3ª. Turma, AgRg no REsp 1394054/ES, Rel. Min. Paulo de Tarso, j. 15.mai.2015);

4 VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA E EXCUSSÃO

Um dos requisitos formais de criação das garantias reais é a fixação do tempo do pagamento, segundo exigência do art. 1.424, II, do Código. Cuidando-se de negócio jurídico, fundado no princípio da autonomia negocial, o contrato que as constitui tem suas cláusulas livremente fixadas pelas partes, embora dentro dos limites da boa-fé e da função socioeconômica do contrato. Na generalidade dos casos, as garantias reais asseguram o cumprimento de contratos diferidos, isto é, contratos cujos efeitos se prolongam no tempo. Asseguram contratos de execução futura, com vencimento em data futura.

Mesmo assim, hipóteses existem em que é possível ao credor exigir o cumprimento antecipado da prestação, seja por cláusula ajustada no contrato seja pelo advento de uma circunstância prevista na lei. Ocorrendo qualquer dessas causas, fica o credor autorizado a excutir o bem, antecipando assim a execução do contrato. O art. 1.425, que guarda simetria com o art. 333 do Código, enuncia cinco hipóteses de vencimento antecipado da obrigação garantida. Do exame de seus incisos percebe-se que tais circunstâncias relacionam-se ora à própria coisa (incisos I, IV e V) ora ao cumprimento da prestação (inciso III), ora, finalmente, à solvabilidade do devedor (inciso II). Nelas, antevê o legislador a possibilidade de risco na execução cabal do contrato e, por isso, faculta ao credor exigir imediatamente as prestações vencidas e vincendas.

Os dispositivos acima referidos devem ser vistos com cautela e seu texto, em algumas situações, demanda exegese ampliativa e interpretação analógica. Sua leitura submete-se a importantes princípios jurídicos, que auxiliarão o intérprete no caso de lacuna ou de obscuridade do texto. Destaca-se, nesse tema, ao lado dos ditos princípios da boa-fé e da função socioeconômica do contrato, o princípio da função social da propriedade e o princípio que veda o enriquecimento sem causa. Todos serão abordados a seu tempo, como se verá a seguir.

4.1 Antecipação por causas relacionadas à coisa

As causas de antecipação concernentes à coisa são as seguintes: *a)* perecimento; *b)* deterioração; *c)* depreciação e *d)* desapropriação. O perecimento é a total perda do valor da coisa, cuja substância é fisicamente comprometida. O incêndio e destruição da casa, a morte dos cafeeiros por geada, o afundamento do navio, a queda da aeronave, o furto do veículo, o envenenamento do produto apenhado são exemplos de perecimento do bem. Neles, a coisa ou

se destrói ou se inutiliza, perdendo assim totalmente seu valor econômico. O Código revogado, no art. 77, continha a regra de que o direito perecia se lhe perecesse o objeto. O novo Diploma não a repetiu expressamente, mas tal não era necessário, por ser uma consequência lógica do sistema de bens.

A deterioração é a perda parcial do valor do bem em razão de fenômeno que atinge sua integridade, suas características materiais. Tal como o perecimento, é um fenômeno físico, a implicar redução no valor econômico da coisa atingida. Contudo, não é tão grave quanto aquele, porque nela a coisa se mantém, embora com valor reduzido. Destelhamento da casa, dano parcial provocado em veículo que colide, redução dos índices de fertilidade de vaca acometida por doença, cultura de soja parcialmente comprometida por estiagem, estes alguns exemplos de deterioração.

Ambos não se confundem com a depreciação, pois esta não atinge a materialidade ou substância do bem, conquanto cause uma diminuição em seu valor econômico. Automóvel novo de fábrica já não terá o mesmo valor três anos mais tarde; imóvel em cujas imediações se construa um presídio ou indústria poluidora perderá valor de comércio; áreas pastoris, em tempos de baixa no preço do boi, sofrerão redução do valor de venda. Percebem-se, portanto, as diferenças entre a depreciação e aquelas duas modalidades. Naquelas, perecimento e deterioração, que são fenômenos físicos, compromete-se o valor intrínseco do bem; nesta, que constitui um fenômeno estranho à substância da coisa, afeta-se seu valor extrínseco.

O perecimento deixa o crédito inseguro e, por isso, a lei considera a obrigação exigível desde logo. Mas, para que a deterioração e a depreciação gerem o mesmo efeito, é necessário tenham força suficiente para desfalcar a garantia, de forma a que esta não mais possa suportar o eventual descumprimento da obrigação. Se um prédio se desvaloriza com o passar do tempo (depreciação), mas ainda é apto a cobrir o valor do contrato, nem por isso o vencimento da dívida será antecipado. Não existe, nessa hipótese, razão lógica ou fundamento econômico para substituir o bem onerado.

Ainda assim, mesmo ocorrendo o desfalque, não poderá o credor exigir antecipadamente a dívida senão depois de intimar o devedor para substituir ou reforçar a garantia, conforme disposto no inciso I do art. 1.245. O legislador não menciona o prazo em que o devedor poderá fazê-lo, mas Rizzardo (2003, p. 1.206) entende trinta dias um interstício razoável. Também não há menção quanto à forma da intimação, mas é de convir seja ela escrita. De qualquer forma, ao devedor deverá ser aberta a oportunidade de recompor a garantia, substituindo-a ou reforçando-a quanto necessário.

Sem embargo, entende a doutrina não ser lícito ao credor promover a excussão sem antes demonstrar ao juiz, em processo específico, a ocorrência do desfalque (VENOSA, 2012, p. 511). O credor poderá mover ação para cumprimento de obrigação de fazer, cumulada com pedido de *astreintes*, para que o devedor apresente nova garantia. Havendo risco de lesão na demora da sentença, poderá o credor, inclusive, pleitear o sequestro dos bens do devedor.

A desapropriação também provoca o vencimento antecipado da garantia. Os direitos reais de garantia caracterizam-se pela oponibilidade contra todos, razão pela qual a mudança na titularidade do domínio não os infirma. Isso, porém, não vale para a desapropriação, pois nela não existe voluntariedade na transmissão, que é imposta pelo Poder Público. Assim, seu advento necessariamente extingue a garantia, mas, segundo o norte do art. 1.425, V e do art. 31 da Lei 3.365/41, o montante da indenização será depositado à conta do credor, até o limite do crédito. Ou seja, se a coisa dada a garantir é desapropriada, a dívida alcança antecipadamente seu termo e o valor da indenização é entregue ao credor, em sub-rogação real.

A desapropriação da coisa garantidora pode gerar situações complexas. Medite-se na desapropriação para fins de reforma agrária, cuja indenização é instrumentalizada por títulos e pode ser paga em até vinte anos (CF, art. 184). Como haverá indenização num tal caso? O credor se sujeitará a um título resgatável nesse prazo ou exigirá do devedor a substituição da coisa desapropriada? A segunda solução talvez venha a ser a mais apropriada, dependendo do exame do caso concreto, pois não se pode impor ao credor o ônus de receber o valor da prestação em prazo substancialmente maior do que aquele avençado com o devedor.

Outro problema repousa no confisco de imóveis, previsto no art. 243 das Disposições Constitucionais Gerais do Texto de 1988. Aqui, ao contrário da desapropriação, não há pagamento algum. Não há falar em depósito à conta do credor, que perde a garantia e não é indenizado. Ora, o confisco não se enquadra nas hipóteses previstas pelo art. 1.425 referido, o que sugere não possa o credor considerar vencida a obrigação. Na verdade, o rol desse dispositivo não é exaustivo e deve ser ampliado pelo intérprete. Advindo o confisco da coisa onerada, o credor poderá exigir a constituição de nova garantia, sob pena de a dívida reputar-se vencida por antecipação. Nada impede, nesse sentido, a aplicação analógica dos incisos I ou V, que contemplam a figura do perecimento e da desapropriação.

As regras aqui estudadas no tocante à desvalorização, destruição ou desapropriação do bem não incidem contra o terceiro prestador da garantia, salvo cláusula em contrário ou no caso de dolo ou culpa dele próprio. Este celebra contrato benéfico, é dizer, contrato que não o favorece. Nada tem a ganhar; ao contrário, assume o risco de perder. No sistema brasileiro, os

contratos benéficos recebem tratamento diferenciado, seja no tocante à interpretação (CC, art. 114) seja no concernente à responsabilização (art. 392). Aqui também não é dado fugir ao princípio. Se a coisa de sua propriedade vier a se destruir ou desvalorizar, não poderá ele, portanto, ser compelido a prestar nova garantia.

Por isso, edita o art. 1.427: "salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por dívida alheia não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore, ou desvalorize".

É importante assentar que a norma jurídica, no campo aqui estudado, procura subtrair às partes, tanto quanto possível, o encargo de renegociar a garantia quando a coisa se comprometer. Assim, ordena a lei que ocorra sub-rogação não apenas no caso de desapropriação, mas sempre que o perecimento, deterioração ou depreciação forem indenizados por entidade seguradora ou pelo agente causador do dano. É o teor do § 1º. do art. 1.425, que, embora se refira apenas ao perecimento, incide também naquelas duas outras hipóteses. A sub-rogação ocorre de pleno direito, independentemente da vontade das partes, dispensadas das vicissitudes de renegociar nova garantia, circunstância a facilitar sobremodo a defesa dos interesses do credor.

Outra observação se impõe. À luz do § 2º. daquele dispositivo, aplicável aos casos de perecimento e desapropriação, o vencimento da dívida, na sua totalidade, só será possível se não houver outros bens também vinculados.

O dispositivo foi mal redigido e pode suscitar errônea interpretação. Na verdade, se vários forem os bens garantidores e um deles vier a perecer ou for desapropriado, nada mudará se os demais bens suportarem o total da dívida. Mas, se o valor dos bens remanescentes não bastarem, então as garantias se fracionarão. A hipoteca correspondente ao bem perdido se vencerá por antecipação e as demais, cujos bens ainda se encontram afetados, terão seu vencimento nas datas previstas no contrato (SIMÃO; TARTUCE, 2008, p. 445).

Aquele parágrafo versa apenas a garantia hipotecária, porém não há óbice a que venha a ser aplicado nas demais espécies, apresentando-se novamente possível e razoável a analogia como forma de integração da lei.

O art. 1.425, já se vê, cuida da antecipação legal da dívida. Contudo, às partes é reconhecido o direito de firmar no contrato motivos outros que não os previstos nesse artigo. Não se trata de uma faculdade indiscriminada, a conferir ampla liberdade ao contratante. Em razão do princípio da função social do contrato, que atenua o dogma liberal da autonomia da vontade, determinadas cláusulas autorizadoras da antecipação poderão ressentir-se de

nulidade quando contrariarem a ordem pública e os princípios do Direito Civil, especialmente nas relações de consumo.

Mais uma observação. O Código prevê hipóteses de vencimento antecipado da dívida quando a coisa garantidora perde seu valor. Mas nada diz quanto aos casos de valorização do bem. Imagine-se o seguinte exemplo: o credor **A** empresta determinada soma ao devedor **B,** deste obtendo hipoteca sobre dois imóveis. Tempos depois, constrói-se um *shopping center* nas proximidades de um deles, que agora é valorizado de forma substancial e, sozinho, basta para garantir a dívida. Indaga-se se é possível desconstituir a baixa da hipoteca sobre o outro bem.

Malgrado vigore nesse sítio o princípio da indivisibilidade, já analisado e por força do qual as garantias são inalteráveis até que se pague o total da dívida, essa regra deve ser ponderada em consonância com o princípio da função socioeconômica da propriedade. Não é lógico nem razoável manter onerados dois ou mais imóveis quando o valor de um só, por razões não previstas no contrato, é bastante. Melhor solução é deixar desonerado um deles, a fim de que o proprietário possa melhor funcionalizá-lo, circunstância que atende ao proprietário *(favor debitoris)* e à própria coletividade, em favor de quem opera aquele princípio.

Parte da doutrina, forte no art. 333, II, do CC, entende lícita disposição contratual que permite a antecipação da dívida quando a coisa hipotecada vier a ser penhorada por outro credor ou sofrer outro gravame. Tal cláusula deverá ser tida por inaplicável na espécie, se a nova garantia não vier a prejudicar o primeiro credor. Como este goza do direito de preferência e da faculdade de sequela, eventual novo gravame não o atingirá e, ainda que o segundo credor venha a alienar a coisa em leilão, o preço da venda será destinado àquele. Antecipar o vencimento da dívida quando o proprietário hipotecar em segundo grau é ato violador do princípio da função social das coisas, especialmente quando o valor do bem é bastante para suportar ambos os contratos.

Um último registro. Ocorrendo a antecipação do vencimento, os juros correspondentes ao tempo não decorrido não poderão ser exigidos ao devedor. A regra, presente no art. 1.426, é justa e lógica. Se o credor antecipa o vencimento e recebe a dívida, não pode exigir juros, pois já não está mais privado do capital. Incide aqui o princípio que veda o enriquecimento sem causa.

4.2 Antecipação por causas relacionadas à execução da prestação

Não só os problemas relacionados à coisa permitem a antecipação do vencimento. O inciso III do art. 1.425 contém a hipótese de impontualidade do devedor, em se tratando de contrato de execução continuada, isto é, contrato em que as prestações se cumprem periodicamente e uma a uma, como no financiamento, locação e venda a crédito. A impontualidade no cumprimento de uma das parcelas é motivo bastante para que o credor considere vencida toda a dívida, podendo excutir a coisa para se satisfazer das prestações vencidas e vincendas.

A *ratio* do dispositivo reside na inviabilidade excutir a coisa toda vez que uma parcela não for paga. Tal prática não interessaria nem ao credor nem ao devedor, mercê da onerosidade que traria para ambos. O descumprimento de uma das prestações é um indício de que as demais certamente sofrerão atraso ou não serão pagas.

Daí ser lícito exigir o débito vincendo de uma só vez. Não é necessário que tal faculdade se encontre prevista no contrato; ela ocorre de pleno direito, ao credor cabendo optar ou não pela excussão antecipada.

Gladston Mamede (2003, p. 95) esclarece que o conceito de impontualidade deve ser visto com parcimônia no âmbito do vencimento antecipado. Nem sempre se afigura razoável antecipar o vencimento quando existem razões ponderosas para o atraso. Menciona, assim, o problema do devedor que, não tendo recebido em dia o salário do mês, mas sempre tendo sido pontual, atrasa o pagamento de uma parcela. Plausível que o salário será recebido em breve prazo, não convém ao credor excutir imediatamente. Sublinhe-se, também, ser perfeitamente lícito e possível ao devedor purgar a mora, o que dará azo à extinção execução, consoante disposto no art. 420, I, do Código.

Ademais, o mesmo inciso III contém uma presunção, a de que o recebimento posterior da parcela em atraso constitui renúncia do credor à antecipação do vencimento. Nesse sentido, é de observar o caso do credor que, reiteradamente e por largo período, tem aceitado o pagamento extemporâneo, dias após a data contratualmente fixada. A conduta retrata renúncia ao prazo, forma de alteração tácita do contrato.

Aplica-se aqui o princípio da boa-fé objetiva, na vertente do *venire contra factum proprium.* Não há olvidar que o costume é também fonte do direito e a conduta do credor, que por longo período aceita o pagamento a destempo, é uma forma de costume, aliás frequente no direito empresarial.

Há de lembrar, ainda, a teoria do adimplemento substancial do contrato. Se boa parte da dívida foi paga, melhor política, ao invés de excutir a coisa e vendê-la, privando de sua posse o devedor, é exigir o pagamento da dívida em aberto. No ambiente das garantias reais, a teoria é muito aplicada no financiamento de veículos, com alienação fiduciária em garantia[2].

4.3 Antecipação por causas relacionadas à solvabilidade do devedor

Antecipa-se o vencimento da obrigação garantida toda vez que o devedor falir ou cair em insolvência, edita o inciso II do art. 1.425. A regra guarda harmonia com o disposto na Lei 11.101/2005, que regulamenta a quebra e recuperação judicial. Na verdade, ingressando em estado de quebra ou insolvência, sujeita-se o devedor ao vencimento de todas as suas obrigações econômicas, pretéritas ou vincendas, asseguradas ou não por garantias reais ou fidejussórias. Num e noutro caso, seu estado patrimonial está de tal forma comprometido, que o legislador prefere convocar todos os credores a fim de estipular-se a melhor forma de pagamento.

Esse objetivo é atingido reputando-se exigíveis todas as dívidas e arrecadando-se todos os bens disponíveis, a serem rateados entre os credores. Esperar pelo vencimento de cada uma das dívidas, quando já se sabe da condição do devedor, afigura-se de pouca praticidade, afetando os interesses tanto do devedor em dificuldade quanto dos credores sob risco. Numa tal condição patrimonial, é melhor solucionar o quanto antes um problema que pode se tornar maior.

O estado de insolvência exige prévia declaração judicial, a ser provocada pelos credores ou interessados. Indícios ou presunções são insuficientes para caracterizá-lo. Se o devedor aliena o patrimônio em fraude pauliana (CC, art. 158) ou valendo-se de simulação (CC, art. 167), pode o credor pedir-lhes a anulação, porém não pode excutir antecipadamente a garantia. O sistema confere ao credor receoso, presentes os requisitos legais, vários mecanismos para assegurar a conservação da garantia,

Tanto na insolvência quanto no juízo falimentar ou de recuperação pode dar-se de o credor assistido por garantia real ser preterido em favor de outros credores. Como já foi visto,

[2] "A aplicação da teoria do adimplemento substancial atua como instrumento de equidade colocado à disposição do intérprete, impondo que, nas hipóteses em que a extinção da obrigação pelo pagamento esteja muito próxima do final, é de ser negada a resolução do contrato, permitindo-se apenas a propositura da ação de cobrança do saldo em aberto. Assim, a aplicação da teoria do adimplemento substancial somente terá lugar nos casos em que o valor adimplido guardar extrema proximidade com o valor total da contratação, significando inadimplemento de valor irrisório" (TJSP, 31ª. Câm. Dir. Pri. AI 2126196-59.2015.8.26.0000, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. 07.jul.2015);

existem créditos que se sobrepõem às garantias reais, como os decorrentes de alimentos, indenização por acidente de trabalho *etc.* Na insolvência, o crédito real só prefere aos créditos quirografários, posicionando-se abaixo dos demais; na falência, os créditos com garantia real preferem aos quirografários e aos fiscais. Quer dizer, a percepção dos créditos jungidos a garantia real sofre séria ameaça naquelas condições, ainda que o vencimento se antecipe.

5 PACTO COMISSÓRIO

O pacto comissório pode ser compreendido em dois sentidos. Numa primeira acepção, conceitua-se como a cláusula que permite ao contratante resolver a avença sempre que a outra parte não cumprir a prestação que lhe compete. Nesse sentido diz-se "cláusula resolutiva", que pode ser expressa ou tácita, segundo se encontre prevista no contrato ou decorra da lei (CC, arts. 127 e 474). Numa segunda acepção, defini-se como a cláusula que faculta ao credor, assistido por garantia real, a apropriar-se da coisa se a dívida não for paga no vencimento. Embora lícita nos contratos em geral, onde opera como condição resolutiva, como se vê daqueles dispositivos, a cláusula comissória é severamente reprimida no campo das garantias reais.

De fato, na dicção do art. 1.428 do Código, "é nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento".

A cláusula comissória vigeu durante vários séculos entre os romanos, até ser expungida do sistema pelo *Corpus Juris Civiles* no Século VI da era cristã. As legislações ocidentais e orientais, reconhecendo-lhe a malignidade e iniquidade, não a admitem, sob o justo argumento de que ela pode ocultar a prática da usura, com sensível lesão ao patrimônio do devedor. O Código Civil Português, *v.g.*, assim se expressa no art. 694: "é nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir". Em relação ao penhor, vigora o mesmo princípio, mas o art. 675 permite que a venda da coisa apenhada se faça sem a intervenção do juiz, se as partes assim concordarem. No Código Civil das Filipinas há a mesma vedação do pacto comissório real (art. 2.088).

Preocupa ao Direito a possibilidade de o mutuário, premido pela urgência de obter recursos, sujeitar-se ao arbítrio do mutuante, abrindo mão de um bem de valor desproporcional ao importe emprestado. Se o devedor toma ao credor a soma de dez mil reais, para pagamento em doze meses, sua contraprestação será a de restituir aquele valor mais juros

e correção monetária, o que alçará a cifra aproximada de onze mil reais, segundo o limite de juros firmado pela lei. Supondo que a obrigação esteja garantida pelo penhor de um rebanho avaliado em vinte mil reais, se a propriedade da coisa apenhada, após o vencimento, ficar com o credor, estará o devedor, na prática, a pagar o dobro do que recebera em empréstimo.

O pacto comissório real pode, portanto, mascarar a cobrança de juros em percentual acima do permitido.

Idêntico raciocínio se aplica ao caso de mútuo travestido de compra e venda. Imagine-se que **A** empreste a **B** o importe de cem mil reais, para pagamento em dois anos. Simultaneamente, as partes simulam um contrato de venda e compra, convencionando que **B** vende um imóvel a **A,** que o revenderá a **B** quanto este efetuar o pagamento do capital mutuado**.** O que na verdade está a ocorrer é uma simulação, pois as partes não têm a intenção de efetuar venda ou retrovenda. O que quer o credor é compelir o devedor ao pagamento de juros usurários, aproveitando-se de sua vulnerabilidade.

Se o devedor pagar a dívida, não estará recomprando o imóvel, pois não fora intenção sua vendê-lo. Se não efetuar o pagamento, perderá a propriedade em favor do credor, que terá mutuado cem mil reais e, dois anos depois, terá em mãos bem que vale o dobro[3]. Com essa prática, estará o mutuante a receber cerca de quatro a cinco por cento de juros ao mês, índice substancialmente maior que os previstos no Código Civil e na Lei da Usura (DL 22.626/33).

A vedação ao pacto comissório "assenta-se em razões de ordem técnica e moral" (FURTADO, 2003, p. 1.075). Repugnando à ordem jurídica porque iníquo e lesivo ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, é nulo, mas não implica a nulidade do contrato-base. A invalidação do pacto comissório não exime o devedor ao cumprimento da obrigação segundo a sistemática legal. Vencida e impaga a dívida, deverá o credor promover a execução do contrato, pedir a penhora do bem dado em garantia, levá-lo ao praceamento e satisfazer-se com o produto do certame. Isso porque, como já apontado, a garantia real não gera direito à substância da coisa, senão ao seu valor.

Sem embargo, nada impede ao devedor transferir ao credor a propriedade da coisa quando, ao final do contrato, não houver logrado cumprir sua obrigação. Tem-se aqui a figura da dação em pagamento, prevista no art. 356 do Código e que, na sede dos direitos reais de

[3] "Anulatória. Simulação de compra e venda com cláusula de retrovenda a encobrir mútuo usurário, no qual embutido pacto comissório. Simulação realizada para pagamento de contrato de mútuo a juros onzenários. Série de indícios e prova oral que revelam negócio tipicamente usurário. Inaplicabilidade do disposto no art. 104 do CCB1916, em face do disposto no art. 13 da Lei da Usura e da nulidade decorrer de infração ao disposto no art. 765 do CCB1916" (TJRS, Ap. Cív. 70007927940, Rel. Des. Gomes Pereira, j. 10.jan.2006).

garantia, é contemplada pelo parágrafo do art. 1.428: “após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida”.

A dação em pagamento, forma de adimplemento indireto da obrigação, é tolerada porque se presume que o devedor a pratique livre e espontaneamente, a salvo do oportunismo do credor e não mais premido pela necessidade de obter empréstimo para administrar os negócios. Não se confunde com o pacto comissório, que é ajustado quando da celebração do contrato.

6 INSUFICIÊNCIA DA GARANTIA REAL E RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR

Ser titular de um direito real de garantia não significa venha o credor receber a prestação em sua totalidade, pois vários fatores podem atuar contra sua pretensão e, mesmo que a coisa seja excutida, ainda assim poderá a dívida não ser integralmente liquidada. Se, por exemplo, o valor da coisa não atingir o montante do débito, a pretensão creditória não estará satisfeita. Além disso, o mesmo bem pode achar-se a garantir outros créditos preferencialmente, seja por privilégio, vínculo real ou penhora.

Daí indagar-se se a excussão do bem, mesmo não atingindo o valor do crédito, gera a quitação da dívida. Responde-se negativamente. Mostrando-se insuficiente o produto da venda da coisa, a pretensão do credor poderá ser dirigida contra os demais bens do devedor, presentes e futuros. Nessa hipótese, será ele posicionado como credor quirografário, já não gozando de preferência em relação a eventuais outros credores. Com a excussão da coisa, a garantia real se exauriu e, agora, o credor não goza de primazia em relação aos demais.

A regra está estampada no art. 1.430 do Código Civil, com a seguinte redação: “quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor pessoalmente obrigado pelo restante”. O advérbio “pessoalmente” foi inserido pelo legislador para assentar que a garantia real, sendo acessória, extingue-se com a excussão e que pelo restante do débito a responsabilidade é pessoal.

Como é cediço, a extinção do principal atinge o acessório (garantia), mas a sorte do acessório não influi no principal (crédito). Se a obrigação não foi solvida ainda que com o emprego do valor da coisa, a dívida permanece. Nesse caso, outra alternativa não terá o credor senão a de sujeitar-se aos mecanismos comuns para a cobrança de dívidas, disputando com os demais credores o patrimônio remanescente do devedor.

CONCLUSÃO

O estudo que ora se conclui vem de demonstrar que a teoria geral dos direitos reais de garantia não pode prescindir dos novos valores de compreensão do Direito que, atenuando o patrimonialismo de que se impregnam as sistematizações civis do Séc. XX, tornam mais humanizadas as relações jurídicas.

Princípios como o da boa-fé objetiva e da conservação do negócio jurídico incidem na questão das invalidades das garantias reais, fazendo com que determinados negócios, mesmo padecendo de nulidade, possam ser aproveitados. Ainda no ambiente boa-fé objetiva, menciona-se o *venire contra factum proprium*, que subtrai ao credor da garantia real o poder de praticar condutas contraditórias danosas ao devedor.

Registra-se também o princípio da autonomia da vontade, por fora do qual o pai pode, em favor de um dos filhos, constitui garantia real sem a anuência da prole.

Também digno de realce é o princípio da função socioeconômica da propriedade, graças à qual o bem de família convencional não pode ser dado em garantia real. Veja-se que aqui se leva em conta também a ideia da dignidade, expressa no direito à moradia.

Deste discurso conclui-se também a presença das técnicas assim do *favor debitoris* como do *favor creditoris*. O primeiro se aplica, por exemplo, ao terceiro dador de garantia real. Se a coisa perece, não pode ele ser obrigado a dar outra. O segundo se aplica, por exemplo, ao caso da indivisibilidade da garantia real, a impedir que a coisa garantidora seja fracionada.

Todos esses princípios permitem que as garantias reais desempenhem sua função seja garantido os interesses do credor seja preservando os valores patrimoniais e existenciais do devedor. Trata-se, assim, de ver na relação jurídica não mais uma relação de subordinação, mas um liame de coordenação entre os interesses mútuos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família.** 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

CUNHA GONÇALVES, Luis. **Princípios do Direito Civil Luso-Brasileiro.** São Paulo: Max Limonad, 1951. V. II.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil.** 5. ed. Madri: Tecnos, 1977. V. III.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 5.

FURTADO, Miguel Pró Oliveira. **Direitos Reais de Garantia no Novo Código Civil. Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale.** São Paulo: LTr, 2003.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** Rio de Janeiro: 19. ed. Forense, 2005. Fachin, Luiz Édson (atual.).

MAMEDE, Gladston. **Código Civil Comentado.** São Paulo: Atlas, 2003. V. XIV. Álvaro Villaça Azevedo (coord.).

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. V. IV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado.** 3. ed., São Paulo: RT, 1983. Tomo XX.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil.** Campinas: Bookseller, 1999. Paolo Capitano (trad.).

SIMÃO, José F.; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil.** São Paulo: Método, 2008. V. 4.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2012. V. 5.