

FILIPPE ANTÔNIO MARCHI LEVADA

Garantias autoexecutáveis

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Doutor Nestor Duarte

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

FILIFE ANTÔNIO MARCHI LEVADA

Garantias autoexecutáveis

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob orientação do Professor Titular Doutor Nestor Duarte.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

Levada, Filipe Antônio Marchi

Garantias autoexecutáveis ; Filipe Antônio Marchi Levada;
orientador Nestor Duarte -- São Paulo, 2021.

352 p.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) –
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Obrigações. 2. Garantias. 3. Fidúcia. 4. Autoexecutoriedade.
5. Desjudicialização. I. Duarte, Nestor, orient. II. Garantias
autoexecutáveis.

Nome: LEVADA, Filipe Antônio Marchi

Título: Garantias autoexecutáveis

Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo para obtenção do título de
Doutor em Direito.

Aprovado em: ___/___/_____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Aos que habitam meus sorrisos, agradeço-lhes meus pais, avós e irmãos, sogros e cunhados, amigos, funcionários e Mestres. Muito especialmente, agradeço a meu Orientador, Professor Titular Dr. Nestor Duarte. A meus amados esposa e filho, mais que agradeço, dedico-lhes o trabalho.

*Para Ana e Antonio,
amor que não cabe em mim.*

1, 2, 3, 5, 8, 13, 21, 34, 55...

RESUMO

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Garantias autoexecutáveis*. 2021. 352 p. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

O Poder Judiciário não tem estrutura para conferir às garantias o dinamismo que o mercado requer. Esse cenário impõe a desjudicialização das garantias, com a adoção de instrumentos autoexecutáveis. No Brasil, há sistema que, embora não permita a recuperação das garantias à força, contempla instrumentos de excussão extrajudicial e medidas de autopagamento. Na alienação fiduciária de bem imóvel, por exemplo, prevê-se a excussão extrajudicial do bem, possibilitando-se que o credor tome a coisa em pagamento caso não arrematada em primeiro e segundo leilões; na cessão fiduciária de crédito, o credor fiduciário recebe diretamente do devedor primitivo e utiliza os pagamentos na amortização da dívida; em contratos tipicamente bancários, permite-se que a instituição financeira se pague com os valores depositados na conta corrente do mutuário; no *leasing* financeiro, garante-se, pela antecipação do valor residual garantido, que a arrendadora receba não somente o principal mas também o lucro esperado. Nessas hipóteses, o credor se vale de garantias que não demandam a intervenção do Poder Judiciário para se verem efetivas. Em outros casos, por sua vez, embora se proceda mediante ajuizamento de ação judicial, o Poder Judiciário exerce, na prática, papel meramente protocolar, acabando por não mais que instrumentalizar o interesse do credor. Constatou-se, por exemplo, que, na alienação fiduciária de bem móvel infungível no regime da Lei n. 4.728/65 e do Decreto-lei n. 911/69, a atuação do Poder Judiciário foi efetiva, para o devedor, em apenas 0,55% dos casos. O aperfeiçoamento e a sistematização das garantias autoexecutáveis trarão segurança, gerarão circulação de riquezas e adequarão o Poder Judiciário brasileiro às expectativas a que de fato pode atender.

Palavras-chave: Obrigações. Garantias. Fidúcia. Autoexecutoriedade. Desjudicialização.

ABSTRACT

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Self-help repossession*. 2021. 352 p. Thesis (Doctorate in Civil Law) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

The Judiciary has no structure to provide guarantees with the dynamism that the market requires. This scenario imposes the dejudicialization of guarantees, with the adoption of self-help repossession. In Brazil, there is a system which, although it does not allow for the recovery of collateral by force, it contemplates extrajudicial excussion instruments and self-payment measures. In the conditional sale of the immovable property, for example, the extrajudicial excussion of the property is provided, making it possible for the creditor to take it in payment if it has not been sold at the first and second auctions; in the fiduciary assignment of credit, the fiduciary creditor receives directly from the debtor of the original obligation, using the payments in the amortization of the debt; in banking contracts, the financial institution is allowed to pay with the amounts deposited in the borrower's account; in financial leasing, it is guaranteed, by anticipating the guaranteed residual value, that the lessor receives not only the principal but also the expected profit. In these cases, the creditor uses collateral that do not require the intervention of the Judiciary in order to be effective. In other cases, in turn, although it is carried out by means of a lawsuit, the Judiciary has, in practice, a merely protocolary role, merely instrumentalizing the creditor's interest. It was found, for example, that in the fiduciary assignment of an infungible movable property pursuant to Law No. 4.728/65 and Decree Law No. 911/69, the intervention of the Judiciary was effective, for the debtor, in only 0.55% of the cases. The improvement and systematization of those guarantees will provide security, generate circulation of wealth and adapt the Brazilian Judiciary to the expectations that it can in fact meet.

Keywords: Obligations. Collateral. Fiduciary. Self-help. Dejudicialization.

RIASSUNTO

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. Garanzie auto-applicabili 2021. 352 p. Tesi (Dottorato in Diritto Civile) – Facoltà di Diritto, Università di São Paulo, São Paulo, 2021.

Il Potere Giudiziario non possiede struttura per conferire alle garanzie il dinamismo che il mercato richiede. Questo scenario impone la degiudicizzazione delle garanzie, con l'adozione di garanzie auto-applicabili. In Brasile c'è un sistema che, nonostante non permetta il recupero delle garanzie con la forza, contempla strumenti di esecuzione extragiudiziale e misure di auto pagamento. Nell'alienazione fiduciaria del bene immobile, ad esempio, si prevede l'esecuzione extragiudiziale del bene, rendendo possibile che il creditore prenda la cosa in pagamento in caso non venga venduta nella prima o nella seconda asta; nella cessione fiduciaria del credito, il creditore fiduciario riceve direttamente dai debitori dell'obbligazione originaria, utilizzando i pagamenti nell'ammortizzazione del debito; in contratti bancari, l'istituzione può rimborsarsi con gli importi depositati sul conto del mutuatario; nel *leasing* finanziario, si garantisce, con l'anticipazione del valore residuo garantito, che il proprietario riceva non soltanto il principale, ma anche il guadagno atteso. In queste ipotesi, il creditore si avvale di garanzie che non richiedono l'intervento del Potere Giudiziario affinché vengano effettuati. In altri casi, a loro volta, nonostante si proceda tramite l'intento di una causa, il Potere Giudiziario possiede, in pratica, un ruolo meramente protocollare, non facendo niente di più di strumentalizzare l'interesse del creditore. Si è constatato, ad esempio, che, nell'alienazione fiduciaria del bene mobile infungibile nel regime della Legge n. 4.728/65 e del Decreto-Legge n. 911/69, l'attuazione del Potere Giudiziario è stata effettiva, per il debitore, in soltanto 0,55% dei casi. Il miglioramento e la sistematizzazione delle garanzie auto-applicabili porterà sicurezza, genererà circolazione di ricchezza e adeguerà il Potere Giudiziario Brasiliano alle aspettative che di fatto più raggiungere.

Parole chiavi: Obblighi. Garanzie. Fiduciario. Autotutela. Degiudicizzazione.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	23
1. DIREITO SUBJETIVO ÀS GARANTIAS AUTOEXECUTÁVEIS.....	25
1.1 O direito de ter direitos	25
1.2 Direitos naturais e artificiais	26
1.3 Os direitos e o Direito	32
1.4 O direito subjetivo de defender extrajudicialmente direito subjetivo.....	38
2. EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS.....	41
3. CLASSIFICAÇÕES DAS GARANTIAS	51
3.1 Geral.....	51
3.2 Clássica e funcional	54
3.3 Pessoal, cambiária e real	56
3.3.1 Pessoal: a fiança.....	58
3.3.2 Cambiária: o aval	59
3.3.3 Real: penhor, anticrese e hipoteca	61
3.4 Negócio fiduciário	62
3.4.1 Romano.....	62
3.4.2 Germânico.....	64
3.4.3 Inglês.....	65
3.4.4 Brasileiro.....	69
3.5 Conceito de garantia autoexecutável	70
4. A DESJUDICIALIZAÇÃO DAS GARANTIAS	73
4.1 No Direito estrangeiro	76
4.1.1 Estados Unidos da América.....	76
4.1.2 Canadá	105
4.1.3 Romênia	115
4.1.4 Austrália.....	128
4.1.5 Nova Zelândia.....	131

4.1.6 Jersey.....	133
4.1.7 Reino Unido	135
4.1.8 Hungria.....	136
4.1.9 Lituânia	140
4.1.10 Polônia	142
4.1.11 Croácia	143
4.1.12 Guatemala	145
4.1.13 Honduras	146
4.1.14 El Salvador.....	148
4.1.15 Costa Rica	151
4.1.16 Porto Rico	152
4.1.17 Geórgia.....	153
4.1.18 Malawi	154
4.1.19 Etiópia.....	156
4.1.20 Gana	157
4.1.21 Nigéria.....	157
4.1.22 Argentina.....	159
4.1.23 Peru	163
4.1.24 Colômbia.....	166
4.1.25 Bélgica	172
4.1.26 Espanha	175
4.1.27 França.....	182
4.1.28 Alemanha	183
4.1.29 Portugal	188
4.1.30 Itália	191
4.2 No Direito brasileiro	194
4.2.1 Alienação fiduciária em garantia	194
4.2.1.1 Alienação fiduciária de bem imóvel. Lei n. 9.514/97	198
4.2.1.1.1 Constituição da garantia fiduciária imóvel	198
4.2.1.1.2 Consequência do (in)adimplemento.....	200

4.2.1.1.3	Processo de venda do bem	202
4.2.1.1.4	Atuação diferida do Poder Judiciário.....	204
4.2.1.2	Cessão e endosso fiduciários	208
4.2.1.2.1	Cessão fiduciária de créditos imobiliários. Lei n. 9.514/97.....	210
4.2.1.2.1.1	A questão em si.....	210
4.2.1.2.1.2	Processo de securitização dos créditos cedidos fiduciariamente .	211
4.2.1.2.2	Cessão e endosso fiduciários no âmbito do sistema bancário	213
4.2.1.2.2.1	Cédula de crédito bancário. Lei n. 10.931/2004.....	213
4.2.1.2.2.1.1	O Registro	214
4.2.1.2.2.1.2	As Súmulas n. 233 e 247 do Superior Tribunal de Justiça <i>versus</i> a natureza executória conferida por lei à cédula de crédito bancário.....	215
4.2.1.2.2.2	Transmissão fiduciária de créditos a performar.....	216
4.2.1.2.2.3	Trava bancária no período de <i>stay</i>	218
4.2.1.3	Alienação fiduciária de bem móvel infungível no regime da Lei n. 4.728/65 e do Decreto-lei n. 911/69	220
4.2.1.3.1	Parênteses.....	220
4.2.1.3.2	Origem e âmbito de aplicação	220
4.2.1.3.3	Registro.....	222
4.2.1.3.4	Processo de consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário.....	223
4.2.1.3.5	Impossibilidade de pagamento da dívida em aberto para se evitar a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário. Desacerto da interpretação.....	224
4.2.1.3.6	Meios de defesa do devedor fiduciante.....	227
4.2.1.3.7	Comparação entre sistemas estrangeiros e a alienação fiduciária de bem móvel infungível no regime da Lei n. 4.728/65 e do Decreto-lei n. 911/69	228
4.2.1.3.8	Vejam-se os números.....	229
4.2.1.4	Alienação fiduciária de bem fungível.....	230

4.2.1.5 Alienação fiduciária de bem móvel infungível no regime do Código Civil.....	233
4.2.2 <i>Leasing</i> financeiro à brasileira	235
4.2.3 Penhor irregular.....	243
4.2.4 Apropriação de valores nos contratos tipicamente bancários	247
4.2.4.1 Mútuo bancário com cláusula de autorização de descontos em conta corrente	247
4.2.4.2 Abertura de crédito rotativo	249
4.2.4.3 Empréstimo consignado.....	250
4.2.5 Compra e venda com reserva de domínio	250
4.2.6 Retrovenda com finalidade de garantia do mútuo feneratício	252
4.2.7 Penhor de crédito	254
4.2.8 Penhor de título de crédito	256
4.2.9 Autotutela passiva	256
4.2.9.1 Direito de retenção	258
4.2.9.2 Exceção do contrato não cumprido	262
4.2.9.3 Compensação	264
4.2.10 Autotutela ativa	264
4.2.10.1 Arras confirmatórias	265
4.2.10.2 Interrupção de serviço essencial como meio de coerção indireta ao pagamento	266
4.3 No direito internacional	277
5. A INESCAPÁVEL QUESTÃO DE ORDEM PROCESSUAL-CONSTITUCIONAL ..	279
CONCLUSÃO	287
REFERÊNCIAS.....	297
JURISPRUDÊNCIA.....	315
ANEXO 1	319
ANEXO 2	345

INTRODUÇÃO

Fibonacci notou que os coelhos geram descendentes em uma razão constante. “Presumira que o par original [de coelhos] só procriaria no segundo mês e, a seguir, geraria outro par a cada mês. No quarto mês, seus dois primeiros descendentes começariam a procriar. Iniciado o processo, o número total de pares de coelhos no final de cada mês seria: 1, 2, 3, 5, 8, 13, 21, 34, 55 [...]”¹. Com isso, conseguiu prever que o número de pares de coelhos no mês subsequente seria o do mês anterior somado ao imediatamente antecedente. Era *possível prever*, portanto – os coelhos, ao menos.

Observou ele, ainda, que, dividindo qualquer número pelo precedente, “depois de 2, a resposta é sempre 1,6. Depois de 144, a resposta é sempre 1,618”. Notou haver, assim, uma *fórmula matemática para a previsão*, que leva não a um número qualquer mas ao que os gregos já conheciam como “meio-termo áureo”, o qual “aparece através da natureza – em padrões de flores, nas folhas da alcachofra e nos ramos da palmeira”² e em tudo o que é bem arquitetado pelo ser humano, como “as proporções do Partenon, o formato das cartas de baralho e dos cartões de crédito e as proporções da Sede da Assembleia Geral da ONU, em Nova York”³.

Tudo, portanto, da natureza às artes, poderia ser previsto em termos matemáticos. E, se *tudo* pode ser previsto e quantificado, inexistente risco. Mas *o risco existe*. Uma pandemia pode acabar com os coelhos. “A sociedade [não só dos coelhos, mas também a dos homens] não é governada por leis definidas e fundamentais, como a física. Na verdade, além de ser imprevisível, o comportamento humano frequentemente é irracional [...]”⁴. *O risco existe e sempre existirá*.

¹ BERNSTEIN, Peter Lewyn. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 24.

² BERNSTEIN, Peter Lewyn. *Desafio aos deuses*, cit., p. 24.

³ BERNSTEIN, Peter Lewyn. *Desafio aos deuses*, cit., p. 24.

⁴ MLODINOW, Leonard. *O andar do bêbado: como o acaso determina nossas vidas*. Tradução Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 206.

Se sempre existirá risco, não se pode esperar que o Direito sirva de instrumento de *anulação* do risco. O Direito funciona apenas como meio de se *conviver com o risco*⁵.

É nesse papel, de *gerenciar riscos*, que o Direito põe à disposição as *garantias negociais*. “Em geral, estas podem ser definidas como todos os esquemas destinados a lidar com o risco, assegurando o cumprimento das obrigações”⁶. Podem se ver efetivas com ou sem o concurso do Poder Judiciário. Nesse caso (em que os efeitos práticos da garantia são alcançados sem a atuação jurisdicional), está-se diante de uma garantia *autoexecutável*.

O trabalho sugere a sistematização de tais garantias e propõe alterações legislativas para conformá-las ao direito brasileiro, que, se as tomar como regra, aumentará a circulação de riquezas, conferindo dinamismo ao crédito.

⁵ A fala é de Celso Campilongo e foi externada no evento *Diálogos jurídicos: o impacto do Covid-19 na esfera contratual*, ocorrido em 6 de maio de 2020 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. O evento está documentado em vídeo, disponível em <https://youtu.be/eHolHiQsw8>. Acesso em: 16 out. 2020.

⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil: direito das obrigações – garantias*. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina. 2015. t. X. p. 35.

1. DIREITO SUBJETIVO ÀS GARANTIAS AUTOEXECUTÁVEIS

1.1 O DIREITO DE TER DIREITOS

O Direito constitui uma *ordem* – uma “*disposição conveniente de seres, para a consecução de um fim comum*”⁷. Porém, uma ordem não se origina em si mesma. Antes dela, existe aquilo que será ordenado. E nem tudo pode ser ordenado. Certos elementos não podem, por exemplo, ser objeto de uma ordenação ética. São elementos que, por sua natureza, simplesmente *são*. São e não podem deixar de ser.

O *ser* não pode existir como *não ser*. Por essa razão, à ordem não é dado dispor que o *ser não seja*. Tratar-se-ia de ordem impossível, pois “o eu é a razão do dever ser [...]”⁸. Dispor que o *ser não seja* leva à *inexistência de ordem*. E a ordem não pode pôr fim a si própria.

Como a ordem não pode pôr fim a si mesma, deve reconhecer que o *ser é e será*. Ainda que a lei silencie a respeito dos lírios, haverá lírios e estes sempre serão lírios. E, se *são* e *devem* continuar a ser, *são ser* e *dever ser* independentemente da lei. *Para o ser, as leis são inócuas*. Afinal, “*as leis não bastam. Os lírios não nascem das leis*”⁹.

A proteção ao *ser* existe mesmo que não declarada. Os direitos, presentes, já existem no futuro de seu passado. O tempo instituinte é feito de “um elo que não pára de se

⁷ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 195. O autor cuidou da ordem e da desordem, conceituando esta última como “a ordem que não queremos” (p. 198). Contudo, não concebeu a *não ordem*, sustentando que “a ausência de uma *certa* ordem não é desordem, mas a presença de *outra* ordem” (p. 198). Essas *outras ordens*, por sua vez, podem ser *normais ou anormais*, e, “se discricionárias e anormais, são *ilegítimas*” (p. 201). Há ordens, porém, que não são legítimas nem ilegítimas. *Não são*. A ausência de uma *certa* ordem pode resultar em *ordem nenhuma*. Mera aparência de ordem. Ordens ilegítimas, apesar de ilegítimas, existem, e, ao existirem, respaldam ilegitimidades. Por exemplo, já se enunciou que escravos são coisas e isso constituiu uma ordem, embora ilegítima. Contudo, o enunciado encerra algo que *não é*. O ser humano nunca foi uma coisa. A afirmação constitui expressão de uma *não ordem*. As linhas iniciais dessa ideia estão expostas em Os direitos e o Direito, publicado em *Revista Jurídica Eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. 3, p. 79-112, 2019; *Revista de Ciências Sociais e Jurídicas*, Jundiá: Unianchieta, v. 1, p. 58-75, 2019; e *Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Braga: Universidade do Minho (Escola de Direito), v. 349, p. 83-101, 2019.

⁸ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, [s. d.]. t. II. p. 477.

⁹ ANDRADE, Carlos Drummond de. Nosso tempo. In: *A rosa do povo*. Posfácio de Antonio Carlos Secchin. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 23.

estender em direcção a um passado que nunca deixou de irradiar em direcção ao presente”¹⁰. Esse constitui a “justa medida dos tempos misturados”¹¹. O *ser* encerra, pois, “um problema temporal, e não puramente espacial [...]”¹². Antes de ser declarado, *já teria de ser declarado*. No momento em que foi declarado, *já teria de ter sido declarado antes*. Prospectiva e retrospectivamente, *terá sido sempre Direito*.

Não é possível, portanto, que se ordene que um ser não seja ou que seja tendente a não ser. Ser e não ser *não são* liberdades. Ser e não ser são *não liberdades*. O Direito regula o que os homens fazem de si, desde que sejam. *Regula as liberdades*, não as *não liberdades*. *Qualquer sistema jurídico experimenta essa limitação lógica: não pode tratar das não liberdades*.

Antes do Direito, todo indivíduo possui, ao menos, o *direito de ter direitos*. Sobre isso não há liberdade.

1.2 DIREITOS NATURAIS E ARTIFICIAIS

Sistemas éticos constituem modelos *ideais*, que se desenvolvem a partir de *ideias*. Tais ideias se desgarram da natureza porque decorrem de “atos de vontade que, por sua vez, causam a conduta prescrita [...]”¹³. O Direito tem como objetivo justamente transformar “as relações da vida em relações de Direito, e é por isso que surgem relações humanas dotadas de uma eficácia jurídica que implica um poder, de um lado, e de outro, um dever”¹⁴. “Só mercê da valoração, da disciplina e sanção que lhes dá o direito, as relações sociais e os fatos que as determinam são elevados à categoria de *fattispecies*, relevantes para a vida e para as

¹⁰ OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 432.

¹¹ OST, François. *O tempo do direito*, cit., p. 77.

¹² FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. In: SOUZA, Arivaldo Santos de; SANTOS, Guilherme; MACHADO, Hugo de Brito; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito tributário: estudos avançados em homenagem a Edvaldo Brito*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 777.

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 68.

¹⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 187.

vicissitudes das relações jurídicas”¹⁵. Por isso que “sistemas biológicos e sistema social são coisas diversas”¹⁶.

O Direito se fundamenta na natureza das coisas mas não se confunde com as coisas da natureza. Não ingressam no mundo ético objetos que não são da natureza do mundo ético¹⁷. Um sistema de Direito não pode, por tal razão, apropriar-se do sistema em que está inserido. Sistema desse tipo constitui “um *Direito artificial*. É um Direito que não exprime a realidade biótica da sociedade”¹⁸. Sistemas artificiais não se põem, impõem-se, conforme as situações lhes pareçam exigir¹⁹.

Até a Primeira Guerra Mundial, as teorias jurídicas tinham como objetivo a sistematização das normas jurídicas, sem vistas ao caso concreto – “atitude mental própria de quem vive numa sociedade estável [...]”²⁰. Em uma era de calma, o sistema jurídico voltava-se, primordialmente, a conferir segurança, centrando-se na lei e não no juiz. Antonio Junqueira de Azevedo observa que, até então, tinha-se como paradigma a lei, e por isso “o papel do juiz [...] era visto como passivo [...]”²¹.

¹⁵ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 17-18.

¹⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais: hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 45.

¹⁷ Como anota Mario Losano, referindo-se ao pensamento de Luhmann, “o direito é, no fundo, uma caixa-preta”, interessando estabelecer “o que entra e o que sai daquela caixa-preta, ou seja, a relação entre aquele subsistema e o ambiente, isto é, ainda, a relação entre o direito, os outros subsistemas e o sistema global”. Daí afirmar que “até Luhmann estudou-se o sistema no direito; com Luhmann estuda-se o direito no sistema” (LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2019. v. 3: Do século XX à pós-modernidade. p. 425). Também se referindo a Luhmann, Celso Campilongo afirma que “Todo sistema é resultado de redução de possibilidades. Dito de outro modo: o número de possibilidades é sempre maior fora do sistema. Sistema é o resultado de sua diferença com o ambiente [...]” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*, cit., p. 45).

¹⁸ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Direito quântico*, cit., p. 332.

¹⁹ Expõe-se, nesse tópico, como há sistemas jurídicos incompatíveis com os fundamentos da ordem jurídica. O estudo não se pretende exaustivo. Tomaram-se por base, em caráter exemplificativo, os sistemas contemporâneos que mais influenciaram a concepção atual de sistema jurídico. Desses sistemas, deu-se enfoque justamente aos mais desvirtuados. Quis-se, com isso, estabelecer uma premissa negativa, daquilo que *não deve ser feito*, nas relações em geral e nas de garantia, em um ordenamento que se propõe fraterno, pluralista [especialmente isso, pluralista] e sem preconceitos, fundado na harmonia social e comprometido, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (Constituição Federal de 1988, no Preâmbulo). Esse objetivo só pode ser alcançado colocando-se os sujeitos no centro do Direito, como propôs Goffredo ao enunciar que “a sociedade é *instrumento* de cada ser humano” (TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Direito quântico*, cit., p. 267).

²⁰ LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução Luca Lamerti. Revisão da tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX. p. XXI.

²¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno. *Revista da USP*, v. 42, p. 96-101. 1999. p. 100.

No entanto, as rápidas transformações por que passou a sociedade fizeram com que o Direito voltasse atenções para o caso individual, focando “não mais a lei, mas a sentença; não mais o sistema, mas a lacuna [...]”²². Alterou-se, com isso, a perspectiva do Direito, de “*sistema para dizer em sistema para fazer* [...]”²³. Impôs-se que os sistemas jurídicos, até então *descritivos*, passassem a ser *funcionais*, avocando o objetivo (ou “função”) de conformar o Direito aos casos concretos. Àquela altura, o Direito não podia mais ser estático, e isso levou juristas a “resolver[em] os casos que lhe[s] são apresentados recorrendo a normas não necessariamente presentes no direito positivo”²⁴. O foco do Direito passou, então, a se deslocar da norma para o interesse.

Paralelamente, a Alemanha enfrentava transformações que implicariam profunda mudança no Direito Ocidental. Reinhard Zimmermann anota que, no século XIX, “o estudo do direito na Alemanha era dominado pela escola histórica de Savigny”²⁵, que tinha por objetivo fornecer, a uma Alemanha não unificada, um sistema jurídico comum aos povos germânicos, utilizando, para tanto, de “uma abordagem que tendia a ver o direito romano do ponto de vista do direito contemporâneo, e que [...] fazia com que a análise de textos históricos servisse às necessidades do presente [...]”²⁶. Sob essa perspectiva, a Escola Histórica de Savigny fornecia, por interpretação de fontes não positivadas, um “ponto de referência incontornável para a compreensão e a avaliação das condições e das leis territoriais [...] [donde] as leis codificadas começaram a ser negligenciadas e, posteriormente, ‘pandectificadas’ [...]”²⁷.

Mas crescia em solo alemão o sentimento de que, “para que se encerrasse a intolerável e inconveniente diversidade de direitos privados existentes na Alemanha [...] [se fazia necessário] um Código Civil alemão universal, nos moldes do *Code Civil* francês [...]”²⁸,

²² LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito*, cit., v. 2, p. XXI.

²³ LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito*, cit., v. 2, p. XXX-XXXI.

²⁴ LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito*, cit., v. 2, p. XXII.

²⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura europeia. Tradução Otavio Luiz Rodrigues Junior e Marcela Paes de Andrade Lopes de Oliveira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, p. 1-30, 2017. p. 10.

²⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura europeia, p. 10.

²⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha. Tradução, revisão e notas Arthur Maximus Monteiro, João Carlos Mettlach, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, p. 317-358, 2017. p. 321-322.

²⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha, cit., p. 324.

com o que “as energias dos estudiosos e profissionais afins poder-se-iam concentrar na interpretação de um mesmo texto de referência”²⁹. Advém o BGB. No entanto, “o público em geral na Alemanha jamais nutriu qualquer entusiasmo pelo BGB, apesar de (ou, possivelmente, por causa de) todas suas qualidades técnicas”³⁰. O juiz teria sido reduzido a “mera ‘máquina de subsunção’”³¹. Passou-se, por isso, a sustentar-se que o Direito deveria se pautar por “critérios de Justiça para além do direito positivo; e elas contribuíram decisivamente para a ascensão do ‘Movimento do Direito Livre’”³².

Nesse contexto, ganhou corpo um “Ihering [...] [que] pôs o interesse a ser tutelado como centro do direito [propondo-se a] fornecer ao juiz novos instrumentos para aplicar as normas e, eventualmente, para liberar-se do vínculo às normas mesmas”³³.

Depois da derrota alemã na Primeira Guerra Mundial, os ideais iheringhianos acabaram “aniquilados pelo nacional-socialismo [...]. A partir de 1933, o direito alemão foi regido por uma concepção totalitária, fundada nos princípios do racismo e do autoritarismo”³⁴, impulsionada por “juristas de grande valor intelectual, como Carl Schmitt e Karl Larenz. [...] os juízes não deveriam remeter-se às normas, mas sim à vontade do *Führer* e ao programa do partido único”³⁵.

Larenz propôs abandonassem-se os conceitos abstratos. Sustentou que a subsunção baseada em conceitos abstratos submeteria o intérprete a “uma pauta valorativa carecida de preenchimento [...]”³⁶. Tal pauta valorativa estaria contida no interior da norma e por isso a subsunção se subjugaria aos valores do elaborador da norma. Daí ter justificado a adoção de *conceitos concretos*, que partem *não do pensamento abstrato* mas de *dados de realidade*.

²⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha, cit., p. 325.

³⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha, cit., p. 328.

³¹ ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha, cit., p. 328.

³² ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha, cit., p. 328.

³³ LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito*, cit., v. 2, p. XXXIII.

³⁴ LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito*, cit., v. 2, p. XXXIII e XXXIV.

³⁵ LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito*, cit., v. 2, p. XXXIII e XXXIV.

³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 624.

Inverteu a lógica da subsunção. Partia *do concreto*, a fim de obter o *conceito de conceito*, para depois operar o encontro de fato e norma.

Para instrumentalizar a teoria, Larenz sustentou que a concreção dos conceitos teria de se dar por meio de princípios, os quais descreveu, com apoio em Canaris, como não sendo “normas”, por constituírem “um contínuo pôr em acção de ‘novas valorações autônomas’”³⁷. Valorando o objeto por meio dessa pauta axiológica, chegava ao conceito geral e concreto. Depois de tal valoração, realizava o processo de subsunção. Segundo Larenz, os conceitos “são de natureza teleológica e [...] é sempre necessário remontar-se à valoração neles contida, isto é, aos princípios”³⁸.

O perigo dessa teoria é escancarado em exemplo do próprio Larenz, segundo o qual “homem” não poderia ser objeto apenas de um conceito abstrato, pois somente se diferenciaria dos demais animais “quando atribuímos ao homem enquanto tal um valor especial, uma dignidade [...] com respeito à sua posição no Direito [...]”³⁹. O ser humano, dessa maneira, só passaria a ser considerado como tal depois de valorado como tal, recebendo uma dignidade condicionada a valores de outros seres humanos. Ponto de vista incompatível com os direitos humanos⁴⁰.

A manipulação do conceito de conceito implica que a valoração inerente à interpretação da norma seja conduzida a momento anterior à interpretação da norma. Nessa perspectiva, o processo subsuntivo ocorre depois de uma primeira valoração. Por isso, com os conceitos concretos, a norma não é causa da decisão⁴¹.

³⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 236.

³⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 235.

³⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 652.

⁴⁰ Não obstante, Larenz é o jurista estrangeiro mais citado nos tribunais, como fez ver Otavio Luiz Rodrigues Junior (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 938, p. 179-255, 2013).

⁴¹ Conceitos concretos não conceituam. Por isso não é correto afirmar existirem conceitos “indeterminados”. O que há de indeterminado não são os conceitos, mas os termos contidos no conceito. Eros Grau observa que ao conceito jurídico “corresponde um termo; este – o *termo* – é o *signo linguístico* do conceito; assim, o conceito, *expressado no seu termo*, é coisa (*signo*) que representa outra coisa (seu *objeto*) [...]” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 199). Logo, “conceitos jurídicos não são referidos a *objetos*, mas sim a *significações*” (idem), constituindo “o *segundo signo* de um *primeiro signo* [...]”; está no lugar não da *coisa* [...], mas da *significação* atribuível – ou não atribuível – à *coisa* [...]” (idem). Nos “conceitos indeterminados” a indeterminação “*não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos)*; logo, mais adequado será referirmo-nos a *termos indeterminados de conceitos*, e não a ‘conceitos (*jurídicos ou não*) indeterminados’” (idem). Em contraponto, Bandeira de Mello afirmou que “a imprecisão, fluidez, indeterminação [...] residem no *próprio conceito* e não na *palavra que os rotula*. Há quem haja,

Em um sistema jurídico baseado em conceitos abstratos, por outro lado, a valoração toma por base o próprio sistema e é limitada por suas normas. Como anota Fernando Leal, a interpretação normativa “fixa [...] uma moldura que delimita os resultados juridicamente possíveis relacionados à norma aplicável”⁴². No processo decisório, posterior, dá-se a valoração. Essa construção valorativa se realiza, contudo, a partir da norma, não possibilitando que o intérprete atue de maneira discricionária, como ocorre com os conceitos concretos.

Em linha análoga à de Larenz, Canaris enunciou que os sistemas jurídicos operariam a partir de princípios. Contudo, tal como se dava com os conceitos concretos de Larenz, os princípios só ganhariam significado à vista de situações concretas, necessitando, “para a sua realização, de concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio [...]”⁴³. Não constituiriam, pois, norma autoaplicável, experimentando primeiro valoração concreta para depois, de maneira geral, ganhar aplicação.

Ainda que haja sustentado que a valoração é interna ao Direito, admitia Canaris que, se a realidade exigir, deve-se realizar nova valoração, tendente a “valores de justiça”. Porém, como observa Mario Losano, isto é incompatível com sua ideia de sistema jurídico, pois “se o juiz e o legislador podem remeter-se ao valor da justiça [...] mas abandoná-lo se a

surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado [...]” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 21). À objeção, Eros Grau anotou: “sou eu quem – embora ele não o declare – surpreende Celso Antônio, afirmando que a imprecisão é da palavra e não do conceito [...]” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., p. 195). Continuando, afirmou que, “definitivamente, ‘conceito indeterminado’ não é conceito” (p. 196), residindo o erro no fato de que “temos indevidamente chamado de *conceito* as *noções* às quais correspondem as *fattispecie* ou conceitos tipológicos. Disso me dou conta, ao ler as seguintes observações de Sartre: [...] o conceito é atemporal. [...] A noção, pelo contrário, pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas [...]’. Deveras, a questão da *indeterminação* dos conceitos se resolve na *historicidade das noções* – lá onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há ‘conceito indeterminado’ há, na verdade, *noção* [...]” (p. 196). A questão é importante, porque os termos contidos no conceito podem ser alterados sem que se altere o conceito. Não se pode, porém, a título de ressignificar o termo do conceito, expressar o que o conceito não conceitua. Ao se valorar apenas o termo contido no conceito, e não o próprio conceito, preserva-se o objeto significado pelo conceito, evitando-se, com isso, que as relações jurídicas sejam desdesignificadas, por interpretações jurídicas discricionárias. A ideia de “conceitos indeterminados” possibilita uma rápida conformação do Direito a mudanças sociais. No entanto, obtém uma solução *ditada*. E não se sabe, no futuro, quem será o *ditador*.

⁴² LEAL, Fernando. O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo: Fundação Getulio Vargas, v. 10, p. 245-268, 2014. p. 256.

⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 96-97.

realidade o exige, entra em crise não apenas o conceito de ordem, mas também o de unicidade do sistema”⁴⁴.

São teorias que se utilizam de artifícios. São um Direito artificial.

1.3 OS DIREITOS E O DIREITO

O Direito se edifica em direito que precede o Direito, não havendo, por isso, Direito contra direitos. O sistema jurídico encontra limitação no que, prospectiva e retrospectivamente, terá sido sempre Direito.

As normas nem sempre estão explicitadas. Mas não deixam, em razão de tal fato, de ser *normas*. As normas, ensina Goffredo, “são concepções ideais de procedimento e de estados *usuais* e *comuns*, ou de procedimento e estados que se quer que sejam *usuais* e *comuns*”⁴⁵. Tais qualidades, tidas como *normais*, são reconhecíveis independentemente do direito posto, que apenas explicita o que já poderia ter sido posto *antes*⁴⁶. Disso se extrai que *o direito objetivo é constituído por normas reconhecidas e reconhecíveis*.

Tais normas se expressam por meio de regras e de princípios, explícitos ou implícitos. Ambos impõem deveres, distinguindo-se pelo fato de que regras impõem deveres definitivos enquanto princípios expressam deveres *a priori*. Por expressarem deveres, são normas *jurídicas*, impositivas, ordenando determinado comportamento, tido como normal⁴⁷.

⁴⁴ LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito*, cit., v. 2, p. 319.

⁴⁵ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Direito quântico*, cit., p. 206.

⁴⁶ Conforme já se sustentava em dissertação de Mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ao tratar do *direito intertemporal*. O trabalho foi publicado como LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011.

⁴⁷ A esse respeito, Alexy: “Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como ‘*mandamentos definitivos*’. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são *mandamentos de otimização*. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas” (ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 85). No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva: “os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes. Diante disso, a diferença entre princípios e regras fica ainda mais clara. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos” (SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. I, p. 607-630, 2003. p. 610-611).

Eis por que o *direito objetivo se expressa em regras e princípios, expressos e implícitos, reconhecidos e reconhecíveis, dando azo a direitos postos e pressupostos.*

Há direitos que são pressupostos porque “bens espirituais ou ideais não de existir, forçosamente, para o aperfeiçoamento do homem, ou seja, para a realização do homem na plenitude de sua humanidade. Não de existir; sem dúvida, porque deles o homem necessita, para entrar no domínio das formas que o definem”⁴⁸. Por isso, aliás, tais direitos permitem “fazer o que os Governos, em períodos ou momentos de absolutismo, costumam proibir arbitrariamente”⁴⁹.

Há direitos que devem ser reconhecidos mesmo (e principalmente) contra o Estado, pois todo *ser* tem o direito pressuposto de ser reconhecido como *ser*⁵⁰. O *ser é* sem que tenha de ter sido *enunciado*. Fez ver Heidegger que “o ente pode vir a ser determinado em seu ser sem que, para isto, seja necessário já dispor de um conceito explícito sobre o sentido de ser”⁵¹.

⁴⁸ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Que são, afinal os direitos humanos? *Revista do Advogado*, São Paulo: Editora Jornalística AFA, v. 3, p. 4-13, 1980. p. 9.

⁴⁹ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Que são, afinal os direitos humanos?, cit., p. 10.

⁵⁰ Goffredo afirma, na sequência, que tais permissões só se tornariam Direito depois de serem reconhecidas pela norma posta. Sustenta que apenas “no momento em que a fruição dos bens soberanos é assegurada por lei [é que] emergem direitos que passaram a ser chamados direitos humanos ou direitos do homem” (TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Que são, afinal os direitos humanos?, cit., p. 10). Contudo, o raciocínio contraria o espírito de suas obras. Com base em tal premissa, Goffredo sustentou que já foi jurídica a escravidão. *Vide* TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Direito quântico*, cit., p. 323: “A permissão de ter escravos, por exemplo, era um Direito Subjetivo, enquanto a coletividade, por meio do Direito Objetivo, admitia o regime da escravidão e concedia tal permissão. Mas a permissão ou o direito de ter escravos deixou de existir no momento em que tal regime foi abolido. A partir deste momento, ter escravos passou a constituir crime”. Com tal passagem, o autor procurava ilustrar a afirmação de que “*não há [...] Direito Subjetivo contra Direito Objetivo*” (*Direito quântico*, cit., p. 323). Contudo, a assertiva de que constituem direito subjetivo apenas os direitos reconhecidos como tal gerou inegável tensão lógica em face das afirmações precedentes, de que “o papel do Direito Objetivo é declarar os Direitos Subjetivos [...]” e de que, “sem Direitos Subjetivos, o Direito Objetivo não teria razão de ser” (p. 323).

⁵¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012. p. 43.

Se o ser *deve* ser reconhecido pelo Direito, então possui *poder* no Direito. O poder de se ver reconhecido⁵². Por isso, o “*direito subjetivo [...] é constituído do poder de direito [...]*”⁵³. Esse poder autoriza o sujeito a utilizar certas faculdades humanas. Reconhecidas pela norma, são direito subjetivo no presente; reconhecíveis pela norma, são direito subjetivo prospectiva e retrospectivamente. Nesses direitos, reconhecidos e reconhecíveis, é que se funda um direito das obrigações de uma sociedade livre e plural.

Aspirações totalitárias são incompatíveis com a ideia de direito subjetivo⁵⁴, que garante a liberdade *independentemente do Estado e contra o Estado*. Se há direito subjetivo, não há tirania – seja a escancarada ou a que se esconde, sutil, sob a ditadura da maioria. Como afirma Vicente Ráo, “o reconhecimento e a proteção dos direitos subjetivos constituem condição essencial de legitimidade de todo e qualquer sistema jurídico”⁵⁵.

No período do nacional-socialismo, a Alemanha empreendeu luta feroz contra o direito subjetivo. Buscou aniquilar o direito individual em prol de um suposto interesse superior da comunidade alemã. *Colocou o Direito contra os direitos*.

Para tanto, enunciou uma pretensa superioridade absoluta do interesse público, a fim de pregar que o direito subjetivo seria individualista, impedindo a concretização dos interesses da generalidade do povo alemão. Mas o argumento é enganoso porque a norma que garante o exercício do direito subjetivo é limitada por outra norma que possibilita a

⁵² Conforme observa Jean Dabin, “no conceito de direito subjetivo reside a ideia específica de pertença” (DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952. p. 80). Tradução livre de: “*Au départ du concept de droit subjectif se place l’idée spécifique d’appartenance*”. Sobre o direito subjetivo como *poder*, cite-se Luiz da Cunha Gonçalves: “Direito subjetivo é o poder jurídico de cada pessoa singular ou colectiva, baseado no direito objetivo, e que se dirige às outras pessoas, a fim de lhes reclamar o cumprimento de fins e interesses humanos [...]. É *poder jurídico*, porque o poder extra-jurídico ou anti-jurídico não pode ser *direito*” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951. v. 1. p. 62). Como consequência do direito subjetivo tomado como *expressão de poder* do sujeito, “o titular do *poder jurídico* denominado ‘*direito*’ pode *exigir* [pretender] e pode *agir* [acionar] para que o interesse dele – definido como subordinante – efetivamente venha a prevalecer sobre os titulares dos interesses subordinados, aos quais foi imposto o *dever jurídico* consistente em *omitir-se* ou em *colaborar* para a realização do interesse subordinante” (TOMASETTI JUNIOR, Alcides. *Abuso de poder econômico e abuso de poder contratual*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, v. 126, p. 123-127. 1995. p. 123).

⁵³ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 6.

⁵⁴ Para uma descrição das várias teorias acerca dos direitos subjetivos, incluindo as *negativistas*, vide a doutrina de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 69. p. 330-333).

⁵⁵ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atualizada com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 631.

defesa contra o exercício abusivo desse direito. A existência de duas normas autorizantes (uma do uso de uma faculdade de agir e outra do direito de se defender) limita o exercício do direito.

De igual modo, não há, no direito subjetivo, impedimento à prevalência do interesse social. A sociedade é formada por um conjunto de direitos subjetivos que impede o exercício abusivo de um direito individual, possuindo um direito (geral, da coletividade) contra o exercício abusivo de direitos (individuais). Como observa Soares Levada, “embora o abuso refira-se, como regra, a relações jurídicas definidas, intersubjetivas, em conflito, pode-se dar também em face de interesses difusos ou coletivos [...]”⁵⁶. Há direitos subjetivos difusos que impõem a prevalência do interesse social sobre o particular.

Não obstante, em um sistema democrático, nem sempre há prevalência do interesse público sobre o particular, pois a garantia dos direitos fundamentais também está calcada no interesse público. Por isso, a teoria da “norma e contranorma” não se mostrou suficiente para os juristas cooptados pelo regime autoritário do social-nacionalismo, para o qual a concessão ao interesse social, uma vez que relativa, também seria individualista.

Não bastava ao nacional-socialismo que o indivíduo, livre, cedesse aos interesses da coletividade. Era necessário que passasse a uma situação de inferioridade *a priori* em relação ao Estado. O indivíduo, para o nacional-socialismo, deveria existir não para si mesmo, mas para o Estado.

Com base nessa premissa, seriam sujeitos de direito apenas os indivíduos comprometidos com os ideais da comunidade alemã⁵⁷. O direito subjetivo deixou de

⁵⁶ LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *O abuso e o novo direito civil brasileiro*. Jundiaí: Unianchieta, 2007. p. 62.

⁵⁷ Massimo La Torre anota que, “segundo Larenz, a subjetividade jurídica não pertence a cada indivíduo em virtude de ser homem, mas apenas para quem é membro da *Volksgemeinschaft*. [...] É sujeito jurídico – nessa perspectiva – não mais qualquer homem, o ‘mero homem’ (*der Mensch schlechthin*), mas o homem que ocupa uma posição particular na comunidade. Ocupar tal posição pressupõe a qualidade de membro (*Glied*) desse organismo, da comunidade. E se é membro da ‘comunidade do povo’ – diz Larenz – apenas se [o sujeito] possui sangue alemão [...]. Apenas o verdadeiro alemão [...]. Todos os outros são seres juridicamente incapazes ou não plenamente capazes. A personalidade jurídica deixa de ser um atributo do homem como tal e se torna um privilégio [...]” (LA TORRE, Massimo. Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo: Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano: Giuffrè, n. 4, 1987. p. 607-608). Tradução livre de: “secondo Larenz la soggettività giuridica non appartiene a ciascun individuo in virtù del suo essere uomo, ma soltanto a colui è membro della *Volksgemeinschaft*. [...] È soggetto giuridico – in questa prospettiva

desempenhar papel central, e a qualidade de sujeito de direito passou a ser vista sob o ponto de vista da comunidade. Apenas ao membro da comunidade seria conferida a qualidade de sujeito de direito. E apenas quem tivesse sangue alemão, bem como comprometimento com o regime, seria considerado parte da comunidade. A personalidade jurídica passou a ser atributo de alguns poucos – e a consequência disso é conhecida, trágica e triste.

A tese se operacionalizou substituindo-se o conceito de direito subjetivo pelo de *situação jurídica*⁵⁸, aferível pela posição jurídica do indivíduo enquanto integrante da comunidade do povo alemão. Tal posição jurídica exprimia um dever perante a comunidade, do qual decorria, como consequência, a qualidade de sujeito. As noções de direito e dever deixaram de se contrapor e formaram uma figura só. “Larenz, para obter a ‘superação’ da tradicional contraposição entre direito objetivo e direito subjetivo, reduz o direito subjetivo à ‘posição jurídica’ do sujeito e esta a dever [...] então o direito subjetivo [...] e o dever são a mesma coisa”⁵⁹.

No nacional-socialismo, a noção de relação jurídica foi reformulada, deixando de espelhar-se em ato voluntário e entre sujeitos, como antes, para assumir caráter obrigatório e vinculado ao Estado. O conteúdo das obrigações passou a ser determinado não pela vontade, mas pelo que seriam os supostos interesses da comunidade alemã.

De vínculo entre partes, com direitos e deveres recíprocos, a relação obrigacional agora seria um dever geral e social, regulado pelos interesses da comunidade alemã. Os interesses desta constituiriam não somente limite mas conteúdo da obrigação. “Larenz

– non più qualunque uomo, il ‘mero uomo’ (*der Mensch schlechthin*), ma l’uomo che occupa una posizione particolare nella comunità. L’occupare una tale posizione presuppone la qualità di membro (*Glied*) di quell’organismo, della comunità. E si è membri della ‘comunità del popolo’ – afferma Larenz – solo si è di sangue tedesco [...]. Solo il vero tedesco [...] ovvero soggetto di diritto. Tutti gli altri sono esseri giuridicamente incapaci o non pienamente capaci. La personalità giuridica cessa di essere un attributo dell’uomo come tale, e diventa un privilegio [...].”

⁵⁸ “Situação jurídica” era utilizada não para os fins a que a expressão se propõe atualmente. No melhor significado que a doutrina lhe empresta, “situação jurídica” constitui “a terminologia que corresponde àquilo que pode significar a totalidade dos fenômenos jurídicos (relacionais e não relacionais), isto é, à totalidade de aspectos da realidade vistos pelo ângulo das consequências jurídicas vivenciadas pelo sujeito especificadamente, pelos sujeitos em decorrência de relacionamentos com outros sujeitos ou, ainda, pelos sujeitos, em geral, no tecido social que o direito pretende regular” (NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 122).

⁵⁹ LA TORRE, Massimo. Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo, cit., p. 636. Tradução livre de: “Larenz, per ottenere il ‘superamento’ della tradizionale contrapposizione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, riduce il diritto soggettivo a ‘posizione giuridica’ del soggetto e questa a dovere. [...] allora il diritto soggettivo [...] e il dovere solo la medesima cosa”.

reformula essa relação como um fato orgânico, uma relação de vida que não pode ser resumida à soma dos direitos e deveres que ela gera [...]. Assim, o conteúdo da relação obrigacional é determinado não apenas pela vontade das partes”⁶⁰.

Ao reformular o conceito de relação jurídica, Larenz reconfigurou o de pessoa, pois, para o Direito, “pessoa é o ente que pode ser sujeito de relações jurídicas”⁶¹. Aquele que, pelo simples fato de ser humano, seria sujeito de direitos passou, antes, a devedor da comunidade, em uma situação jurídica que reúne o dever (posição passiva) e o direito (posição ativa). Tal situação jurídica apenas se traduziria em direitos se atendidos os interesses da comunidade alemã. *Não havia mais direitos, mas apenas situações, manejadas por quem ditava a situação.*

No regime do nacional-nacionalismo, todo direito continha, em si, uma condicionante, não decorrendo mais do direito de ter direitos, inerente à condição humana. O indivíduo subordinava-se ao Estado, e sua liberdade não era, por si só, fonte de obrigações. O direito privado passou a ter característica pública e o particular perdeu sua importância para um pretenso “interesse do povo”. É disso que necessita um regime autoritário, pois, como adverte Otavio Luiz Rodrigues Junior, “*autonomia* perpassa os significados de independência, liberdade, auto-regulamentação de condutas, autogoverno [...]”⁶², o que

⁶⁰ LA TORRE, Massimo. Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo, cit., p. 639-640. Tradução livre de: “Larenz riformula tale rapporto come un fatto organico, un rapporto di vita che non può riassumersi nella somma dei diritti e doveri cui dà origine. [...] Così il contenuto del rapporto obbligatorio è determinato non soltanto dalla volontà delle parti”. Prossegue Massimo La Torre: “Essa determinação do conteúdo das relações obrigacionais pela comunidade passa – nessa concepção – à obrigação que incumbe às partes de uma conduta de boa-fé [...]. O contrato – nessa perspectiva – é concebido como um ‘meio de formação do ordenamento popular’. A comunidade, que não pode, por si, regular tudo e, portanto, precisa da colaboração responsável do indivíduo, reconhece então a este uma esfera limitada de autonomia, que, no entanto, é determinada antecipadamente pelos objetivos que a comunidade propõe. O conteúdo do contrato não pode depender apenas da vontade das partes ou mesmo de uma delas, mas é determinado de tempos em tempos pela ordem popular, ou seja, pela lei e pela necessidade concreta de boa-fé [...]” (p. 639-640). Tradução livre de: “Tale determinazione del contenuto dei rapporti obbligatori da parte della comunità passa – in questa concezione – per l’obbligo che incombe sulle parti di una condotta secondo buona fede. [...] Il contratto – in questa prospettiva – viene concepito come ‘mezzo di formazione dell’ordinamento popolare’. La comunità, che non può da sé regolare tutto e che bisogna perciò della collaborazione responsabile del singolo, riconosce allora a queste una limitata sfera di autonomia, la quale è però in anticipo determinata dagli scopi che la comunità si prefigge. Il contenuto del contratto ‘non può dipendere solo dalla volontà delle parti o addirittura da quella di una di esse, ma viene condeterminata di volta in volta dall’ordinamento popolare, cioè dalla legge e dall’esigenza concreta della buona fede’ [...]”.

⁶¹ DUARTE, Nestor. Arts. 1º a 232, Parte Geral. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2007. p. 15.

⁶² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 11.

inexiste em “regimes nos quais o exercício desse ‘autogoverno de si’ (expressão bem pleonástica, reconheça-se) encontra óbices, embaraços e contradições em certo ideal de poder extrínseco absoluto [...]”⁶³.

Se de um lado é necessário operacionalizar o Direito sob o ponto de vista da solidariedade, esse movimento deve partir da sociedade para o Direito. Indivíduos sem liberdade, em conjunto, são uma sociedade solidária apenas na aparência.

1.4 O DIREITO SUBJETIVO DE DEFENDER EXTRAJUDICIALMENTE DIREITO SUBJETIVO

Como salienta Benjamin Herzog, a relação jurídica é “determinada pelo direito subjetivo de uma pessoa em face da outra”⁶⁴. “É o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres”⁶⁵. Esse vínculo contém “um dever jurídico específico [...]”⁶⁶. Dessa forma, quem *deve* está sob uma “*prescrição* ou [...] *proibição*”⁶⁷. Isso não significa, porém, uma sujeição, porque a prescrição pode ser desatendida e a proibição, desacatada. O dever *impõe* mas *não sujeita*.

Aquele que possui um dever “*tem a possibilidade de não cumprir*, expondo-se embora a sofrer – se assim o quiser o titular do direito subjectivo – as sanções de vária ordem que a lei comina contra o obrigado negligente ou relutante. Eis um traço fundamental que contradistingue o dever jurídico em face da sujeição”⁶⁸. O dever “deve ser cumprido”, mas “pode (ilicitamente) não ser cumprido”. Há espaço para descumprimento, ainda que deste vá surgir pretensão condenatória.

⁶³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, cit., p. 11.

⁶⁴ HERZOG, Benjamin. A recepção da metodologia de Savigny no Brasil e em Portugal. Tradução João Carlos Mettlach Pinter. Revisão da tradução Otavio Luiz Rodrigues Junior. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: RT, v. 7, p. 277-292, 2016. p. 289.

⁶⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159.

⁶⁶ LEITE, Ricardo Rocha. As garantias das obrigações civis: breve análise comparativa entre os sistemas português e brasileiro. In: PADILHA, Robson Ochiai; RODRIGUES, Douglas Alencar (coord.). *Autonomia contratual e negociabilidade no Brasil e em Portugal*. Lisboa: Legit Edições, 2019. p. 290.

⁶⁷ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000. p. 194.

⁶⁸ ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974. v. I. p. 17.

Quem se *sujeita*, por outro lado, está diante de uma potestade, devendo submeter-se “independentemente da sua vontade, ou mesmo contra sua vontade [...]”⁶⁹. Não há espaço para descumprimento, ainda que exista a possibilidade de *resistência*, da qual exsurge pretensão (des)constitutiva.

A ambos (dever e sujeição) corresponde um direito subjetivo. No caso do dever, opõe-se-lhe o direito subjetivo “propriamente dito”. No da sujeição, o direito potestativo, que também constitui direito subjetivo, mas com a particularidade de que atua “mediante simples declaração de vontade do seu titular, independentemente de apêlo às vias judiciais, e, em qualquer hipótese, sem o concurso da vontade daquele que sofre a *sujeição*”⁷⁰.

Em caso de descumprimento do dever, ou de resistência à sujeição, surge para o credor a pretensão de buscar, judicial ou extrajudicialmente, a satisfação do direito primitivo, porque “os direitos possuem, em si, a força de sua própria defesa”⁷¹. O credor passa a ter poder de buscar a satisfação da prestação. Passa a ter a *pretensão*, que constitui o *direito de defender outro direito*. Direito subjetivo de segundo grau, ou “*Direitos-Proteção*. São permissões de assegurar o uso dos Direitos Subjetivos, ou seja, as permissões de resistir contra ilegalidade, de fazer cessar ou obstar ato ilícito, de reclamar reparação pelo mal que o ato ilícito causou”⁷².

A pretensão, por outro lado, não se confunde com o *exercício da pretensão*, na medida em que “o poder de exigir a prestação (*i.e.*, a *pretensão*) [...] nasce antes do direito de ação e independente deste. Pode ser exercido fora do juízo e tanto pode ser satisfeito como extinto sem interferência da prestação jurisdicional”⁷³.

⁶⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, edição histórica, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 471-496, dez. 2009. p. 475.

⁷⁰ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, cit., p. 477.

⁷¹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, cit., p. 913.

⁷² TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Direito quântico*, cit., p. 218.

⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCO, Rui (coord.). *Doutrinas essenciais – direito civil – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. V. p. 336. Confundindo o direito com o exercício do direito, Francesco Carnelutti: “A pretensão [...] é um *ato* não um *poder*; algo que alguém *faz* não que alguém *tem* [...]” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda. 1999. v. I. p. 80-81). Também sujeito a crítica, o pensamento de Pontes de Miranda, que retira da pretensão a qualidade de direito, classificando-a como mera potencialidade: “Quando o Código Civil alemão, § 194, definiu a pretensão como ‘o direito de exigir de outro fazer ou não fazer’, confundiu os dois, o direito e a pretensão, definindo o efeito pela causa.

A pretensão de excutir extrajudicialmente a garantia é direito subjetivo de segundo grau. *Direito subjetivo de ver satisfeito extrajudicialmente direito subjetivo.*

Certamente, a pretensão dirige-se a pessoa determinada a sujeito único ou total, que é o sujeito passivo da relação jurídica; mas, se ela é a direção, a atividade do direito diante de si, não se identifica com êle. Atividade potencial para frente, faculdade jurídica de exigir; portanto, algo *mais*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977. t. I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. p. 53).

2. EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS

As garantias remontam a priscas eras. Na Babilônia, o cumprimento das obrigações ocorria, via de regra, não pela aplicação de penas corporais, mas pela entrega de bens⁷⁴. Dispunha o artigo 51 do Código de Hamurabi (1.790 a.C.) que, “se ele [o tomador de empréstimo] não tiver dinheiro para pagar, dará ao mercador cereais ou sésamo no valor da prata recebida mais os juros, de acordo com a regulamentação do rei”⁷⁵. A dívida contraída para cultivo de cereais era garantida *por cereais*. Embora existissem, as penas corporais por dívidas não eram uma tendência em Hamurabi.

As penas corporais em razão de dívidas, em Hamurabi, estavam ligadas não propriamente à obrigação *de pagar* mas a *ilícito de que originada a obrigação*. Por exemplo, o artigo 54 do Código de Hamurabi dispunha que, se não tivesse cereais, o devedor seria vendido para ressarcimento de prejuízos⁷⁶. Contudo, a pena se aplicava à hipótese de dano causado por mau represamento de águas, como se denota da leitura do artigo imediatamente anterior⁷⁷. A venda do devedor ocorria não para pagamento de dívida mas a título de punir o dano culposo, e desde que seu causador não tivesse cereais suficientes para ressarcir o prejuízo causado pela negligência.

Na Grécia, por outro lado, “o queixoso recebia o julgamento e se encarregava de executá-lo, em princípio, ou passava a uma fase de ação penal [...]”⁷⁸, pois “o medo da impunidade era enorme. Uma pequena ofensa não punida poderia desarranjar toda a cidade, gerando vingança etc. [...]”⁷⁹. Mais que a busca pela recomposição patrimonial, era

⁷⁴ Em momento anterior, a Suméria utilizava um “sistema de composição dos litígios, a cargo de um arbitrador público, cuja função principal consistia em tentar conciliar as partes [...]” (PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 18).

⁷⁵ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (coord.). *Código de Hamurabi; O Manual dos Inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião*. São Paulo Rideel, 2006. p. 24.

⁷⁶ “Art. 54. Se não puder indenizar os cereais, ele e as suas posses deverão ser divididos entre os agricultores cujos grãos a água carregou” (GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (coord.). *Código de Hamurabi*, cit., p. 24).

⁷⁷ “Art. 53. Se alguém for negligente na manutenção de sua barragem no campo, deixando de fortificar o dique, caso a barragem se rompa e todos os campos irrigados forem alagados, aquele em cujo dique se abriu o rombo pagará indenização pelo grão perdido” (GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (coord.). *Código de Hamurabi*, cit., p. 25).

⁷⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25.

⁷⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*, cit., p. 25-26.

necessário desestimular o inadimplemento. Pelo espírito da época, a mera retribuição, com um mal patrimonial, em caso de inadimplemento, “não produz a união entre os homens: a reciprocidade deve fazer-se de acordo com uma proporção e não na base de uma retribuição exatamente igual”⁸⁰.

Em Atenas, o sistema judicial era operado pelos cidadãos, existindo ali “uma justiça popular. São os cidadãos que se tornam juízes”⁸¹. Como observa Geraldo de Ulhoa Cintra, o processo se operava por “ação e decisão de um cidadão”⁸²⁻⁸³. O procedimento era essencialmente privado. A ação se iniciava “por uma demanda escrita, a qual o autor [...] dirige ao magistrado [...]. O réu então podia opor uma exceção [...] [e] começava a instrução [...]”⁸⁴. Em se tratando de ação privada, os autos eram enviados “a um árbitro que devia tentar conciliar os adversários. Não alcançada a conciliação, o árbitro enviava o processo, com seu parecer, aos juízes da tribo do réu, que introduziam a ação diante do Tribunal”⁸⁵. Ato contínuo, o tribunal julgava por voto “imediato e secreto. Bastava contar os votos, para ter o resultado do julgamento obtido pela simples maioria”⁸⁶. Tal julgamento era “proclamado pelo magistrado, [ao que] devia seguir-se uma condenação fixada”⁸⁷. Depois, as partes podiam chegar a um acordo, mas, em não o obtendo, “um novo procedimento se encadeia, após o julgamento. Autor e réu propõem cada qual seu preço e os juízes votam uma segunda vez, para escolher entre os dois preços”⁸⁸. Posteriormente, o processo é “remetido aos magistrados encarregados da execução”⁸⁹. Se público, “aos ‘Onze’ para a condenação à morte”⁹⁰. Se privado, ao vencedor, que “era assim encarregado em pessoa de executar o julgamento”⁹¹. O cumprimento da decisão podia recair sobre a pessoa do devedor ou sobre seu patrimônio. “A execução sobre a pessoa era, de início, a mais empregada.

⁸⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Leonel Vellandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosá. Porto Alegre: Globo, 1973. Livro V, Capítulo 5. p. 328.

⁸¹ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1970. p. 21.

⁸² CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 22.

⁸³ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 22-23.

⁸⁴ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 27.

⁸⁵ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 27.

⁸⁶ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 28.

⁸⁷ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 28.

⁸⁸ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 29.

⁸⁹ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 29.

⁹⁰ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 29.

⁹¹ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 29.

Progressivamente restringiu-se a execução ao patrimônio e a pessoa não seria assim mais prêsa, a não ser que seu patrimônio fôsse insuficiente para pagar o débito”⁹².

Em Esparta, os processos cíveis recebiam julgamentos distintos conforme fossem mais ou menos importantes. Se de menor importância, eram submetidos a um “procedimento arbitral. Os dois adversários escolhiam um árbitro, perante o qual juravam aceitar a decisão proferida, [que então era] pronunciada imediatamente”⁹³. Se de maior importância, decidia-se “segundo a equidade, porque o direito era reduzido ao mínimo e as sentenças anteriores não eram conservadas por escrito”⁹⁴. No mais, anota Geraldo de Ulhoa Cintra, em “Esparta e outras regiões da Grécia [...] até o século VI, os princípios são quase os mesmos [...]”⁹⁵.

Em Roma, o modo do cumprimento das obrigações variou ao longo de seus estágios político-culturais. Sílvio Augusto de Bastos Meira observa que “as três épocas por que passou o processo em Roma [períodos arcaico, clássico e pós-clássico] estereotipam perfeitamente a vida social e política”⁹⁶.

Como anota Max Kaser, no período arcaico⁹⁷ a pecuária e a agricultura “constituem a base económica do povo romano e determinam a sua estrutura social. A mentalidade rural penetra também todos os ramos da vida espiritual, a religião e a moral, a língua e a arte, a política e o direito”⁹⁸. Em consequência, o direito romano, nesse período, “é de facto entendido como direito da sociedade familiar, na sua estrutura interna e nas suas relações jurídicas com as outras famílias [...]”⁹⁹. Constitui, por isso, um período essencialmente formal e só aplicável a “cidadãos, descendentes dos *quirites*, [...] [tendo por função] preservar a cidade tradicional: o patrimônio da família, verdadeira unidade de produção, e aqueles bens essenciais para tal unidade, como a terra e os escravos”¹⁰⁰. Nele, edificou-se o direito dos cidadãos, o *ius civile*, “constituído apenas de normas costumeiras e de alguns raros

⁹² CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 29.

⁹³ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 31.

⁹⁴ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 31.

⁹⁵ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 29.

⁹⁶ MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. *Curso de direito romano: história e fontes*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 20.

⁹⁷ “Das origens de Roma à Lei *Aebutia*, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C.” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 72).

⁹⁸ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução Samuel Rodrigues Ferdinand Hämmerle. Revisão Maria Armada de Saint-Maurice. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 18.

⁹⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 172.

¹⁰⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*, cit., p. 32.

preceitos legais aplicáveis aos cidadãos romanos”¹⁰¹ e instrumentalizado em um processo “especial e formal. [...] [E]ra assim: cheio de fórmulas que precisavam ser pronunciadas no lugar certo pelas pessoas certas”¹⁰². “Era, portanto, um direito rígido, formalista, sacramental e todo oral [...]”¹⁰³. No período “era permitido ao autor tomar em penhor os bens móveis dos devedores [...] para constranger o sujeito passivo a cumprir uma prestação [...] e[,] se não lhe era lícito vender o bem penhorado, a simples apreensão e retenção devia soar como pena contra o devedor faltoso”¹⁰⁴. Não adimplida a obrigação, “facultava-se ao credor o direito à apreensão dos bens, sem outras formalidades senão o pronunciar de algumas poucas palavras”¹⁰⁵.

O que seria uma forma embrionária de garantia não escondia o pano de fundo punitivo que caracterizou o período. Como anotam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, “a lei das XII tábuas [...] instituiu a *pignoris capio* como instrumento hábil contra quem adquirisse uma vítima para os sacrifícios sem lhe pagar o preço ou contra o devedor de aluguel de animal de carga, quando o produto da renda devesse ser destinado aos serviços religiosos”¹⁰⁶. Por esse instituto, “o magistrado tinha o direito de penhorar os cidadãos, que desatendiam às suas ordens”¹⁰⁷. O direito romano arcaico tratava do inadimplemento sob o prisma da punição. Conforme expõe Geraldo de Ulhoa Cintra, ela não tinha a função de reparar o ofendido, mas a de “assegurar a paz com as ‘*gentes*’, a paz com os deuses”¹⁰⁸. “Mesmo em caso de ofensa pessoal, a pena [...] não é uma compensação, é um meio para a paz na ‘*Civitas*’”¹⁰⁹. As penas corporais constituíam uma homenagem que os romanos prestavam aos deuses.

Visconde de Ouro Preto anota que o inadimplente “era mesmo considerado sacrílego, pois faltando à fé jurada offendera os deuses, tomados por testemunhas. A

¹⁰¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 73.

¹⁰² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 33.

¹⁰³ MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. *Curso de direito romano*, cit., p. 20.

¹⁰⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 70-71.

¹⁰⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 70-71.

¹⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 70.

¹⁰⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. 2. ed. atual. por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. II. p. 50.

¹⁰⁸ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 105.

¹⁰⁹ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 106.

personalidade do insolvente pertencia á expiação”¹¹⁰. Era nesse contexto e por essas razões que, na primeira fase do processo romano, “o devedor não respondia com o seu património, mas antes com a sua própria pessoa [...] [e], em caso de não cumprimento da obrigação, o credor poderia legitimamente apoderar-se do devedor e inclusivamente vendê-lo como escravo ou matá-lo[...]”¹¹¹. “D’ahi as repugnantes e atrozes faculdades de captar o infeliz, carregal-o de caldeias, maltratal-o, vendel-o e até matál-o”¹¹².

A lei se limitava a conter abusos contra o devedor. Por exemplo, “regulava o peso máximo das caldeias com que podia-se encorrental-o – 15 libras, assim como o mínimo da alimentação que devia ser-lhe ministrada – dous litros de farinha por dia”¹¹³. Contudo, “si ao cabo de 60 dias de tal regimen não pagava, era licito vendel-o, ou matal-o”¹¹⁴. Por sua vez, “caso concorressem dous ou mais credores, habilitados todos com o competente decreto da autoridade, rateavam entre si o preço da venda ou ficava cada qual com um pedaço do cadaver esquartejado”¹¹⁵.

Ainda no período, porém, a sociedade romana começou a se alterar substancialmente. Como assinala José Carlos Moreira Alves, “já no século III a.C., Roma é um centro comercial ao qual afluem estrangeiros de diversas nacionalidades”¹¹⁶. Observa Max Kaser que, nessa época, a vida urbana passa a ser substituída por “um modo de vida urbano cuja estrutura econômica e social é dominada pelo comércio, pela indústria e pelo movimento de capitais”¹¹⁷. Foi nessa época, também, que os romanos tiveram maior contato com a cultura helênica, da qual extraíram o método “da análise e da síntese, [passando a] elaborar conceitos jurídicos e [a] ordená-los num sistema interno”¹¹⁸. Por outro lado, “o

¹¹⁰ OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *Crédito móvel pelo penhor e o bilhete de mercadorias*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1898. p. 3.

¹¹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina. 2016. p. 23. Na sequência, observa o autor: “E esta a origem do termo ‘obligatio’ que primitivamente significaria a fase de aprisionamento do devedor (*ob + ligatio* = acção de prender, de atar em volta), o que faz supor que num primeiro momento fosse essa a fase primordial” (p. 23).

¹¹² OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *Crédito móvel pelo penhor e o bilhete de mercadorias*, cit., p. 3.

¹¹³ OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *Crédito móvel pelo penhor e o bilhete de mercadorias*, cit., p. 3-4.

¹¹⁴ OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *Crédito móvel pelo penhor e o bilhete de mercadorias*, cit., p. 4.

¹¹⁵ OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *Crédito móvel pelo penhor e o bilhete de mercadorias*, cit., p. 4.

¹¹⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 74.

¹¹⁷ KASER, Max. *Direito privado romano*, cit., p. 19.

¹¹⁸ KASER, Max. *Direito privado romano*, cit., p. 19.

saudável sentido prático preservou os Romanos de exageros e de teorizações infrutíferas e alheias à realidade”¹¹⁹. Com isso, permitiu-se que formulassem “princípios de direito e instituições jurídicas de valor imperecível”¹²⁰. O pragmatismo que antes homenageava os deuses voltou-se ao comércio e à integração com os povos conquistados.

Como resultado, desenvolveu-se o “*ius gentium*, aplicável indiferentemente a estrangeiros e romanos, e constituído de princípios advindos de usos e costumes comerciais [...]”¹²¹. Tais princípios “vão sendo acolhidos pelo pretor urbano [...] e, posteriormente, passam a integrar o próprio *ius civile*, que, assim, vai perdendo suas características primitivas”¹²². A nova conformação social resultou na *lex poetelia papiria*, de 326 a.C., que busca no patrimônio do devedor, e não mais na sua pessoa, a satisfação do crédito. A partir dela “o devedor deixou de responder com o corpo fazendo-o, a partir daí, com seu patrimônio”¹²³.

Durante a República, o processo de evolução político-cultural se aprofundou, redundando no período clássico¹²⁴. Com a expansão territorial, Roma recebeu “influência de ideias novas, assimiladas de outros povos, especialmente dos gregos. A filosofia helênica penetrou em Roma e concorreu para o abrandamento daquelas regras, outrora rígidas, cegamente formais, sem temperos de equidade”¹²⁵. Também nessa época, “ao lado da corrente principal da jurisprudência, orientada para a prática [...] aparece uma corrente secundária, didáctica, que parte do ensino básico do direito. Esta jurisprudência didáctica da época clássica produz como obra mais importante as *Instituições de Gaio* (160 d.C.)”. Contudo, “esta corrente didáctica procura uma estreita ligação aos grandes casuístas e mantém-se completamente afastada de especulações teóricas”¹²⁶.

Desse novo cenário exsurgiu um novo processo. No período clássico, desenvolveu-se o processo formular, baseado em fórmulas “organizadas pelos magistrados e enviadas ao

¹¹⁹ KASER, Max. *Direito privado romano*, cit., p. 19.

¹²⁰ KASER, Max. *Direito privado romano*, cit., p. 19.

¹²¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 74.

¹²² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 74.

¹²³ DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 18.

¹²⁴ Do final do período arcaico “ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 72).

¹²⁵ MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. *Curso de direito romano*, cit., p. 20.

¹²⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*, cit., p. 20.

juiz, que deveria julgar a pendência”¹²⁷. Tal procedimento ocorria em duas fases. Na primeira, chamada “*in iure*”, o credor se incumbia de “levar seu adversário à presença do magistrado”¹²⁸ (pretor) e “as partes firmavam um compromisso perante testemunhas: a lide se definia perante testemunhas, daí *litis cum testatio*”¹²⁹. Definida a lide, o magistrado designava um juiz (*iudex*) dentre “uma lista de nomes de cidadãos romanos das classes superiores que deveriam prestar este serviço arbitral na cidade”¹³⁰. Com a definição do *iudex*, iniciava-se a segunda fase do procedimento, chamada “*in iudicium*”, na qual o juiz “recolheria as provas e decidiria a questão [...] [de maneira] *grosso modo* comparada àquela hoje existente no tribunal do júri [...]”¹³¹. Tal julgamento ocorria com base em fórmulas definidas pelos magistrados, a quem era dado “promulgar anualmente sua ‘política’ no exercício do cargo por meio dos editos [...], [nos quais] começam a detalhar [...][,] corrigir e suprir o direito civil, tendo em vista as mudanças nas condições da vida da cidade”¹³². Ou seja, “o magistrado não se limitava a aplicar o dispositivo legal, por vezes injusto. Supriam-lhe as lacunas, corrigia as suas injustiças, abrandava a sua cruel rigidez. Servia-se, para isso, dos editos [...]”¹³³. Mas o procedimento não passava “ao Estado a execução do julgamento, [...] [cabendo ao] beneficiário executar o julgamento segundo as regras aceitáveis e sob a

¹²⁷ MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. *Curso de direito romano*, cit., p. 20.

¹²⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*, cit., p. 35.

¹²⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*, cit., p. 35.

¹³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*, cit., p. 35.

¹³¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*, cit., p. 35.

¹³² LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*, cit., p. 35.

¹³³ MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. *Curso de direito romano*, cit., p. 22. Na lição de Max Kaser, “o Edicto do pretor é um extenso programa de acção que ele manda afixar no início do seu mandato. O seu conteúdo principal é a compilação de todas as *actiones*, *exceptiones* e outras providências jurídicas. Para cada pretensão (p. ex., de propriedade: *rei vindicatio* de compra e venda; *actio empti* para o comprador e *actio venditi* para o vendedor [...], o Edicto contém um modelo (*Blankett*) de fórmula da acção [...], que as partes tinham de utilizar em cada caso concreto. Do teor desta fórmula deduziam-se ([...] os pressupostos jurídico-privados da pretensão [...]. Nas acções próprias do direito pretório, as fórmulas modelo eram em regra precedidas por uma promessa de protecção jurídica (*edictum* em sentido mais restrito), na qual se especificavam os pressupostos da pretensão. Este requisito era necessário para as acções pretórias porque para elas o Edicto era a única fonte escrita, enquanto para as acções civis os pressupostos podiam ser as leis etc. (e os princípios e regras jurídicas desenvolvidos pelos juristas). [...] Os Edictos dos pretores incluem quase toda a matéria jurídica para a jurisdição em litígios de direito privado. [...] Apesar de os Edictos serem publicados de novo por cada magistrado no início do mandato anual, no fim da República já se tinha formado uma base uniforme de conteúdo dos Edictos, que foi sendo adoptada sem variações pelos sucessores (*edictum tralaticium*). [...] Por volta de 130 d. C. o imperador Adriano corta a ulterior evolução do Edicto fixando o seu texto definitivo e inalterável (posteriormente designado *edictum perpetuum*) após revisão do jurista clássico Salvio Juliano. [...] O Edicto não contém, como um código moderno, a codificação exhaustiva de todo o direito privado, mas esclarece amplamente as acções, excepções, etc., sujeitas à jurisdição ordinária. Em contrapartida não se encontram geralmente no Edicto os múltiplos preceitos jurídicos que não se referem directamente à efectivação de direitos [...] Pelo contrário, o Edicto contém partes extensas de direito privado quase apenas na perspectiva do processo. O chavão do pensamento jurídico accional dos Romanos caracteriza de facto uma parte significativa mas não todo o seu direito privado” (KASER, Max. *Direito privado romano*, cit., p. 37-38).

supervisão do magistrado (pretor)”¹³⁴. Para tal execução, “o autor intenta um novo processo, a ‘*actio iudicati*’”¹³⁵.

Ao período clássico sucedeu o direito romano pós-clássico, no qual Roma “apresenta sinais de decadência. Durante as graves perturbações internas e externas que [...] levaram o Império romano à beira da ruína, esgotou-se também a força criadora da jurisprudência clássica”¹³⁶. Por isso, o direito romano passou “a ser elaborado quase exclusivamente pelo Estado, mediante constituições imperiais”¹³⁷. No direito romano pós-clássico, “em virtude da decadência da cultura jurídica, torna-se mais nítida a divergência entre o direito escrito e o direito aplicado na prática [...]”¹³⁸, a qual “já existia no período clássico [...]”¹³⁹.

Nesse ambiente, desenvolveu-se o instituto da fidúcia, que se caracterizava por uma “convenção pela qual uma das partes (o *fiduciário*), tendo recebido de outra (o *fiduciante*) a propriedade sobre uma coisa, obrigava-se a restituí-la uma vez alcançado determinado fim, estipulado em pacto adjeto (*pactum fiduciae*)”¹⁴⁰.

Operava-se sob duas modalidades, *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*. A *fiducia cum amico* “não tinha a finalidade de garantir um crédito, mas a de preservar certos bens de uma pessoa, que eventualmente pudessem estar ameaçados por alguma circunstância [...]”¹⁴¹. Vendo-se ameaçado, o proprietário de um bem “alienava-o a um amigo com a condição de lhe ser restituído quando cessassem as circunstâncias que tiverem justificado o receio do proprietário, ou fiduciante, como, por exemplo o risco de perder o bem em razão de algum fato político, o risco de perecer na guerra, uma viagem etc.”¹⁴². A *fiducia cum creditore*, por sua vez, funcionava como garantia das obrigações, pela qual “o devedor ou terceiro transferia a propriedade de coisa infungível ao credor, tendo esse de restituir a coisa alienada quando ocorresse o pagamento da dívida”¹⁴³. Essa modalidade de garantia era autoexecutável. Não

¹³⁴ KASER, Max. *Direito privado romano*, cit., p. 39.

¹³⁵ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*, cit., p. 135.

¹³⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*, cit., p. 20.

¹³⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 75.

¹³⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 76.

¹³⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 76.

¹⁴⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 12.

¹⁴¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, cit., 2. ed., p. 13.

¹⁴² CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, cit., 2. ed., p. 13.

¹⁴³ DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*, cit., p. 45.

paga a dívida, “o fiduciário podia vender a coisa [...] e receber o preço sem concorrência com outros credores do fiduciante”¹⁴⁴.

A *fiducia cum creditore* evoluiu para o *pignus*, “em que apenas a posse era transmitida ao credor (D.13.7.9.2), o qual inicialmente se referia apenas a coisas móveis (D.50.16.238.2). A partir daqui passou-se a admitir a constituição da garantia com a posse permanecendo no devedor (*hypotheca*; cfr. D13.7.9.2.) ou sobre coisas não susceptíveis de posse (*pignus nominis*)”¹⁴⁵. Segundo Clovis Bevilacqua, “com a progressiva decadência do contrato de fidúcia e proteção da posse pelo edito, acentuou-se a figura do penhor convencional [...], [que] consistia na entrega de uma coisa a título de segurança, dada ao credor, pelo pagamento da dívida”¹⁴⁶.

Atualmente, ocorre movimento inverso e tanto o penhor como a hipoteca vêm dando lugar aos negócios fiduciários.

¹⁴⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, cit., 2. ed., p. 16.

¹⁴⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*, cit., p. 25.

¹⁴⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*, cit., v. II, p. 50.

3. CLASSIFICAÇÕES DAS GARANTIAS

3.1 GERAL

A *garantia geral* é constituída pelo *patrimônio do devedor*. Este é considerado “*garantia*”, de maneira genérica, porque, em caso de inadimplemento, é executado a benefício do credor – que tem nele, portanto, *garantia de solvabilidade*.

Trata-se de *garantia geral* porque, via de regra, atribui a todo credor “direito de agredir o patrimônio do devedor, por intermédio dos tribunais [...]”¹⁴⁷, sendo, por isso – a princípio, ao menos –, comum a todas as obrigações, “ao contrário do que acontece com os vários tipos de garantias especiais (fiança, penhor, hipoteca, etc.) [...]”¹⁴⁸.

A *garantia geral* tem corpo legal no art. 391 do Código Civil, segundo o qual “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”, assim como nos arts. 942, *caput*, primeira parte, para o qual “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado”, e 957, segundo o qual, “não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum”.

O instituto tem importantes consequências práticas. Observa Mário Júlio de Almeida Costa que a *garantia geral* estabelece uma “responsabilidade ilimitada do devedor: o cumprimento da obrigação é assegurado por todos os bens penhoráveis existentes no seu patrimônio ao tempo da execução, mesmo os que tenham sido adquiridos depois da constituição da obrigação”¹⁴⁹. Dessa responsabilidade exsurge para o credor o direito de buscar a conservação do patrimônio do devedor, donde “que a lei conceda aos credores alguns remédios destinados à salvaguarda dos seus interesses, [...] [os quais] variam conforme o acto praticado pelo devedor, posto tenham por objetivo comum evitar o desaparecimento ou a diminuição, para além de certos limites, do patrimônio debitório”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 3. ed. refundida. Coimbra: Almedina, 1979. p. 587.

¹⁴⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 119.

¹⁴⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 588.

¹⁵⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 588.

Da garantia geral das obrigações, de que desfruta o credor, decorrem restrições à liberdade do devedor, destinadas a assegurar que o patrimônio deste permaneça bastante ao cumprimento de suas obrigações. Caso tente dissipá-lo, nasce para o credor a pretensão de buscar a invalidade ou ineficácia do ato de disposição patrimonial. Os vários instrumentos que visam a essa finalidade têm origem na garantia geral.

Como observa Eduardo Espínola, da garantia geral decorrem medidas assecuratórias “que o credor é autorizado a praticar, para conservar e assegurar a eficácia de seu direito creditório”¹⁵¹, seja “procurando introduzir nesse patrimônio bens ou direitos que por incúria ou má-fé, o devedor deixara escapar; ou opondo-se à retirada, fraudulenta ou simulada de bens, ou haveres que desfalcam o mesmo patrimônio”¹⁵².

Por exemplo, o art. 158, *caput*, do Código Civil dispõe, para o caso de fraude contra credores, que “os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos”. O art. 159, *caput*, estende o remédio a atos não gratuitos, dispondo que “serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante”.

A lei civil, em referidos artigos, denota preocupação de garantir aos credores, indistintamente, meio de invalidar atos de disposição tendentes à dissipação da garantia geral, determinando, no art. 160, que, “anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores”. A ação, nesse caso, resguarda os credores *em geral* – ao impedir que os devedores depauperem indevidamente seu patrimônio.

A mesma hipótese, de fraude ao credor, enseja nulificação quando o ato se reveste dos requintes da simulação. Dispõe o art. 167, *caput*, que “é nulo o negócio jurídico simulado [...]”, inclusive nos casos em que “aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem [inciso I do art. 167]”,

¹⁵¹ ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951. p. 357.

¹⁵² ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*, cit., p. 359.

e quando “contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira [inciso II do art. 167]”.

A garantia geral também fundamenta a declaração de ineficácia dos atos praticados em fraude à execução. Dispõe o art. 792, § 1º, do Código de Processo Civil que “a alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente”.

Também para garantir a existência do patrimônio do devedor, o Código de Processo Civil possibilita que o credor peça arresto dos bens do devedor, além de outras medidas cautelares assecuratórias do direito de crédito, prescrevendo o art. 301 que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”.

A lei também garante ao credor instrumento para evitar que o devedor se utilize da pessoa jurídica para desviar o patrimônio, dispondo o art. 50 do Código Civil que a descon sideração se dará em caso de abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Por sua vez, determina o art. 137 do Código de Processo Civil que, descon siderada a personalidade jurídica, “a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”. O inverso também é verdadeiro, estabelecendo o art. 133, § 2º, que será assegurado o mesmo procedimento para “hipótese de descon sideração inversa da personalidade jurídica”.

De maneira mais alargada, o art. 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que “o juiz poderá descon siderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, assim como nos casos de “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. O § 5º, por sua vez, determina que “poderá ser descon siderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

A garantia geral está por trás também do regime de responsabilização das sociedades não personificadas. No caso da sociedade comum, dispõe o Código Civil que “os bens sociais

respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expreso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer” (art. 989), hipótese em que “todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade” (art. 990). No caso de sociedade em conta de participação, “o contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade (art. 993)”.

Mesmo nas sociedades personificadas, incluindo as limitadas, a garantia patrimonial pode reverberar no sócio, por disposição do art. 1.052, *e.g.*, na hipótese em que não haja sido integralizado o capital subscrito.

O Código Civil também impede que a alteração do regime de bens atinja direito de terceiros (art. 1.639, § 2º), assim como impõe limites à instituição do bem de família (art. 1.711, *caput*) e protraí temporalmente a garantia geral, determinando que os débitos do falecido recaiam sobre o espólio ou sobre os herdeiros, respeitadas as forças da herança (art. 1.792).

São exemplos da importância da garantia geral, que se operacionaliza por meio de importantes instrumentos de conservação do patrimônio do devedor.

3.2 CLÁSSICA E FUNCIONAL

Há figuras “que garantem” mas que, de um ponto de vista clássico, não são propriamente “garantias”. Observa Luís Manuel Teles de Menezes Leitão que “desde sempre houve figuras que a ela [à garantia clássica] não se podiam reconduzir [...], como a transmissão da propriedade com esse fim ou as garantias especiais sobre certos direitos”¹⁵³. Por essa razão, põem-se ao lado das *clássicas* as garantias *funcionais*¹⁵⁴.

¹⁵³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina. 2016. p. 15-16.

¹⁵⁴ As garantias clássicas são próprias de economias dirigidas, assentando-se em critérios de política legislativa. Como anota Luis Rojo Ajuria, “o desenvolvimento dos privilégios, ou de garantias mobiliárias limitadas a certos bens e contratos, é um claro expoente de uma *economia dirigida* e de intervenção estatal no mercado creditício” (ROJO AJURIA, Luis. *Las garantías mobiliarias: fundamentos del derecho de garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de America. Anuario de Derecho Civil*, Madrid: Ministerio de Justicia – Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, v. 42, p. 717-812, 1989. p. 734. Disponível em: <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/8088>. Acesso em: 16 out. 2020). Tradução livre de: “el desarrollo de los *privilegios*, o de las garantías mobiliarias limitadas a ciertos bienes y

De acordo com Fábio Rocha Pinto e Silva, semelhante distinção encontra eco na doutrina francesa, que diferencia “‘garantie’ e ‘sureté’, oposição inexistente em língua portuguesa. A primeira representa conceito mais amplo de garantia, noção funcional, que abrangeria qualquer elemento utilizado com a finalidade de garantir o seu titular [...]”¹⁵⁵. Trata-se de uma ampliação do conceito de garantia, colocando-se ao lado das clássicas atos que, *por sua função*, também atuam como garantia.

Tal distinção é aceita sob diferentes nomenclaturas. Fábio Rocha Pinto e Silva, por exemplo, opõe *garantias-relação* a *garantias-função*¹⁵⁶. Por sua vez, Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte opõem às garantias *tradicionais* as garantias *indiretas*, afirmando que “há outras figuras negociais, para além das garantias pessoais e reais que indirectamente, podem conferir a uma das partes determinada garantia de cumprimento do seu crédito”¹⁵⁷. Martinez e Da Ponte anotam que há quem critique a denominação, afirmando que “algumas delas [garantias indiretas], correspondem a verdadeiras garantias”¹⁵⁸.

A este trabalho importa anotar que há garantias que assim se qualificam por sua *função* de garantir, não somente trazendo terceiros à obrigação ou conferindo preferência para o caso de concurso creditício mas também ao forçar o cumprimento, ao possibilitar o autopagamento ou ao permitir a satisfação extrajudicial da obrigação. Daí adotar-se a distinção das garantias em clássica e funcional.

À vista dessa diferenciação, é possível incluir entre as garantias atos que, em perspectiva clássica, não receberiam tal denominação (“garantia”). São atos que forcem o cumprimento, possibilitam o autopagamento ou permitem a satisfação extrajudicial da obrigação. São garantias *funcionais*.

contratos, es un claro exponente de una *economía dirigida* y de intervención estatal en el mercado crediticio”.

¹⁵⁵ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Sistema de garantias no direito brasileiro*: análise sistemática das garantias positivadas e uma proposta para sua reforma. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 26.

¹⁵⁶ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Sistema de garantias no direito brasileiro*, cit., p. 19, 64 e 113.

¹⁵⁷ MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 235.

¹⁵⁸ MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*, cit., p. 235.

3.3 PESSOAL, CAMBIÁRIA E REAL

Os direitos da personalidade são a “propriedade *primeira*, [...] [aquilo] que é *próprio*”¹⁵⁹. Direitos reais, por sua vez, são “aqueles direitos absolutos, que nos garantem, quer o gozo completo de uma coisa exterior (propriedade), aí compreendida a faculdade de dispor da coisa; quer o gozo limitado de uma coisa exterior cuja propriedade cabe a outrem (direitos sobre a coisa alheia)”¹⁶⁰.

Para conservar a propriedade primeira, dos bens inerentes a si, “o homem [...] necessita de estender a sua personalidade para apropriar-se de tudo quanto o mundo exterior lhe possa proporcionar a taes fins [e] [...] sua acção muitas vezes recae sobre [...] as coisas de natureza não livre”¹⁶¹. A propriedade da coisa “se justapõe à propriedade primeira”¹⁶², constituindo “uma *extensão* do próprio”¹⁶³. Daí se defender que o direito real constituiria uma relação com a própria coisa, “ou uma relação imediata em virtude da qual esta [a coisa] fica totalmente submetida ao poder d’aquella [pessoa], sem intervenção directa ou indirecta de qualquer pessoa, cuja coparticipação, como sujeito passivo da relação, é totalmente indiferente ou nulla”¹⁶⁴. Esse o conceito de Affonso Fraga, que é acompanhado dos partidários da doutrina clássica, a exemplo de Washington de Barros Monteiro¹⁶⁵, Lafayette Rodrigues Pereira¹⁶⁶ e João de Matos Antunes Varela¹⁶⁷.

¹⁵⁹ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 28. p. 317-318.

¹⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 48-51.

¹⁶¹ FRAGA, Affonso. *Direitos reais de garantia: penhor, anticrese e hypotheca*. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 12.

¹⁶² TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Enciclopédia Saraiva do direito*, cit., v. 28, p. 317-318.

¹⁶³ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Enciclopédia Saraiva do direito*, cit., v. 28, p. 317-318.

¹⁶⁴ FRAGA, Affonso. *Direitos reais de garantia*, cit., p. 12.

¹⁶⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 12. *Vide*: “O direito real pode, destarte, ser conceituado como a relação jurídica em virtude da qual o titular pode retirar da coisa, de modo exclusivo e contra todos, as utilidades que ela é capaz de produzir. O direito pessoal, por seu turno, conceitua-se como relação jurídica mercê da qual ao sujeito ativo assiste o poder de exigir do sujeito passivo determinada prestação, positiva ou negativa”.

¹⁶⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 3. ed. adaptada ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. p. 2. *Vide*: “[o direito real] põe a cousa que é seu objeto em relação imediata com o sujeito do direito, sem dependencia de acto ou prestação de pessoa determinada, isto é: a existência e o exercício do direito real pressupõe tão somente o sujeito activo do direito e a coisa sobre que recahe”.

¹⁶⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. v. I. p. 162. *Vide*: “O direito real põe o titular em contacto imediato com a coisa, prescindindo da colaboração de outrem para obter as utilidades que esta visa a proporcionar-lhe. Trata-se assim de um direito *sobre* a coisa (um *ius in re*), de um poder de soberania, mais ou menos amplo consoante o tipo de direito real de que se trata, que recai *recta via* sobre ela”.

Como aponta Cunha Gonçalves, porém, “essa definição [...] é incorrecta, porque a todo direito subjetivo corresponde uma obrigação, e assim, nos direitos reais há sempre um sujeito passivo”¹⁶⁸. Por essa razão, não se pode conceber uma relação entre sujeito e coisa. O que se passa, nas relações de direito real, é que “êste sujeito é indeterminado e a sua obrigação é negativa, isto é, em vez de ter por objecto uma *prestação*, consiste numa permanente *abstenção*, ou em não turbar, não impedir, não lesar, não esbulhar a coisa pertencente ao sujeito activo”¹⁶⁹. Trata-se de concepção personalista, que redundaria em afirmar que “todo direito é pessoal”¹⁷⁰.

Pontes de Miranda leciona que “tôdas as teorias que admitem a relação jurídica da pessoa com a coisa cometem o erro de negar a natureza *social* das relações jurídicas: relações com as coisas não seriam sociais. [...] No direito real, a ordem jurídica somente atua e somente pode atuar por meio de proibições a pessoas e de correção de pessoas”¹⁷¹. Alcides Tomasetti Junior conclui que “o sujeito passivo da relação jurídica de *propriedade privada* são todas as demais pessoas não proprietárias do *objeto* sobre o qual incide o poder jurídico do proprietário”¹⁷².

Seja como for, ambas as correntes, clássica e personalista, não divergem quanto ao modo de exercício dos direitos reais, que se dá independentemente de intermediários. Afirma Nestor Duarte que “é [...] pelo modo de exercê-los que melhor se caracterizam os direitos reais [...] [sem um intermediário]”¹⁷³, e que “a partir dessa distinção entre os direitos obrigacionais e os direitos reais [pelo seu exercício, sem intermediários] é que irão distinguir-se as garantias pessoais das garantias reais, ambas pertencentes ao gênero *caução*”¹⁷⁴.

¹⁶⁸ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951. v. 1. p. 287-288.

¹⁶⁹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*, cit., v. 1, p. 287-288. p.

¹⁷⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 4. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

¹⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977. t. I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. p. 128.

¹⁷² TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Abuso de poder econômico e abuso de poder contratual. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, v. 126, p. 123-127, 1995. p. 123.

¹⁷³ DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 21.

¹⁷⁴ DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*, cit., p. 23.

A garantia pessoal “se dá pela formação de um vínculo obrigacional, em virtude do qual o garante deverá cumprir a obrigação, caso essa não seja cumprida pelo devedor”¹⁷⁵; pela real, confere-se ao titular “a prerrogativa de obter o pagamento de uma dívida com o valor ou a renda de um bem aplicado exclusivamente à sua satisfação”¹⁷⁶.

3.3.1 Pessoal: a fiança

Dispõe o art. 818 do Código Civil que, “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. É contrato que celebra o fiador com o credor para garantir que o devedor adimplirá a obrigação. Por esse contrato, o fiador “não promete pagar se o devedor principal não paga, nem promete pagar no lugar do devedor principal. Promete o adimplemento pelo devedor principal”¹⁷⁷. Em prometendo o adimplemento, pode ser fiador “somente quem pode se obrigar e na medida em que o pode fazer”¹⁷⁸.

Como o contrato é celebrado com o credor, dispõe o art. 820 do Código Civil que se pode “estipular a fiança, ainda que sem o consentimento do devedor ou contra a sua vontade”. Na mesma linha, determina o art. 825 que, “quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea [...]”. Por isso, aliás, cabe ao credor “a adoção de medidas razoáveis para a aferição da real capacidade financeira daquele que figurará na qualidade de garantidor das verbas locatícias, originalmente devidas pelo afiançado (TJSP, 34ª Câmb.Priv., Ag 1039372-00/4. Rel. Des. Nestor Duarte, j. 6.10.2006, v.u.)”¹⁷⁹. Também por isso, de acordo com o Código Civil, “o fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal [...]” (art. 837).

Trata-se de contrato acessório, razão pela qual o fiador se obriga, no máximo, à obrigação principal, não se vinculando “a mais do que aquilo que o devedor principal se

¹⁷⁵ DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*, cit., p. 21.

¹⁷⁶ RODRIGUES, Silvio. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 28. p. 285.

¹⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977. t. XLIV. p. 91.

¹⁷⁸ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. v. XIX: Direito das obrigações. p. 435.

¹⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson; e ANDRADE NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 8. ed. rev., ampl. e atual. até 12.07.2011. São Paulo: RT, 2011. p. 750.

vinculou. Por isso mesmo, se a dívida principal se extingue, ou se prescreve a pretensão que lhe corresponde, a fiança cessa”¹⁸⁰. Dispõe, nesse sentido, a Súmula n. 214 do Superior Tribunal de Justiça que “o fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento a que não anuiu”. Também por se tratar de contrato acessório, “não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador” (art. 822); “a fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até o limite da obrigação afiançada” (art. 823); a nulidade da obrigação principal implica a da fiança, e, além disso, as obrigações nulas não são “suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor”, ressalvado o “mútuo feito a menor” (art. 824)¹⁸¹.

Em se tratando de contrato formal e benéfico, determina o art. 819 do Código Civil que “a fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”. Tal dispositivo, em cotejo com os antecedentes, impede que a prorrogação do contrato atinja o fiador, se a ela não anuiu¹⁸².

3.3.2 Cambiária: o aval

O aval é garantia pessoal mas se subordina à disciplina das relações cambiárias. Como anota Tullio Ascarelli, “a autonomia, a abstração e a destinação a um titular indeterminado, próprias da declaração cambiária se encontram, naturalmente, no aval. Este, portanto, não constitui a ‘forma’ de uma ‘fiança’ da obrigação do avalizado”¹⁸³.

¹⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, cit., t. XLIV, p. 93.

¹⁸¹ Anota Carvalho Santos, a propósito, que, “da natureza acessória do contrato de fiança, resulta que: *a*) ela não pode abranger outros objetos além dos contidos na obrigação a que corresponde; *b*) será nula, se fôr nula essa obrigação, exceto o caso do art. 1.488 [do Código Civil de 1916] [nulidade decorrente da incapacidade do devedor]; *c*) será civil ou comercial, conforme a dívida principal; *d*) o fiador não desonera o devedor principal, como o expromissor, que se substitui a êste, pela novação; *e*) o fiador só responde pela prestação a que é obrigado o devedor e não outra, embora equivalente, salvo o caso do valor em dinheiro, pois êste é medida de tôdas as coisas; *f*) não pode a fiança exceder a dívida principal, mas poder ser contraída em condições menos onerosas (artigo 1.487 [do Código Civil de 1916]); *g*) sua forma externa, para constituição ou exoneração, deve regular-se pela obrigação principal; *h*) extingue-se pelas mesmas causas de extinção da obrigação principal [...]” (CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*, cit., v. XIX, p. 434).

¹⁸² Por isso, “se o contrato de locação previu que sua prorrogação só se daria por escrito, a ausência de anuência dos fiadores à prorrogação que se deu automaticamente, mas não por escrito, exonerou-os da garantia prestada, pela ocorrência da novação (RT 799/283)” (CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*, cit., p. XIX, p. 748).

¹⁸³ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 127.

O aval é “a forma cambial de se conferir garantia, [possuindo] características especiais que o diferem da fiança”¹⁸⁴. Mas, “em verdade, o aval, mais que uma garantia fidejussória, consubstancia um reforço das garantias já existentes no título de crédito [...]”¹⁸⁵, tendo em vista que, “quando alguém se obriga como avalista, o título já contém, no mínimo, a obrigação do emitente na nota promissória e no cheque, a do sacador na letra de câmbio, e, se o título circular, existirá também a obrigação do endossante”¹⁸⁶. Logo, para além de atuar como garantia do crédito, o aval constitui um *reforço das garantias de pagamento do título de crédito*.

Diferentemente da fiança, que encerra obrigação acessória, o avalista assume obrigação autônoma. Desse modo, na fiança, a nulidade da obrigação afeta a fiança, enquanto no aval, “se esta [a obrigação principal] for nula, subsiste a obrigação do avalista, sendo garantia objetiva, salvo se a nulidade decorrer de vício de forma [...]”¹⁸⁷. Em razão dessa autonomia, o avalista, “quando acionado, somente pode, em regra, se defender com exceções pessoais suas ou comuns a todos os devedores”¹⁸⁸. Tal regra só é excepcionada em hipóteses nas quais o título não haja circulado, casos em que, se acionado, o avalista pode arguir “exceções baseadas na extinção, ilicitude ou inexistência da dívida que originou a sua criação, visando a evitar o enriquecimento sem causa do credor [...]”¹⁸⁹. Essa exceção é explicada pelo fato de que “o aval é uma obrigação de garantia do pagamento do título, e extinta ou inexistente a relação jurídica que serviu de base para a sua criação, a obrigação do aval desaparece”¹⁹⁰.

Também é consequência da autonomia o fato de que, ao contrário da fiança, em que o fiador, ao pagar, sub-roga-se nos direitos do credor, o avalista “adquire direito originário, autônomo, novo, decorrente do título em relação à pessoa avalizada e aos devedores que a garantem, dos quais poderá haver o total pago”¹⁹¹. Diferentemente da solidariedade do direito comum, “a solidariedade cambiária é de natureza sucessiva, [...] [de modo que] o

¹⁸⁴ DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*, cit., p. 29.

¹⁸⁵ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. Colaboração Vivien Cabral Sarmiento Leite. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 225.

¹⁸⁶ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*, cit., p. 225.

¹⁸⁷ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*, cit., p. 228.

¹⁸⁸ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*, cit., p. 228.

¹⁸⁹ BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*, cit., p. 254.

¹⁹⁰ BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*, cit., p. 254.

¹⁹¹ BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*, cit., p. 228.

devedor cambiário, que paga a soma cambiária, só pode reclamá-la daqueles que o garantem, ou seja dos signatários anteriores, embora tenha direito de receber o total pago”¹⁹².

3.3.3 Real: penhor, anticrese e hipoteca

De acordo com o Código Civil, nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação (art. 1.419). Assinala Nestor Duarte que a garantia real contém o traço característico “de se esgotar pela satisfação da dívida, e se a dívida não puder ser atendida integralmente pelo bem que a garante, aquilo que dela remanescer se qualificará como crédito quirografário, pelo qual responderão proporcionalmente os bens do devedor, se for insolvável”¹⁹³.

As garantias reais só podem ser dadas por quem pode alienar. Além disso, devem recair sobre bens alienáveis (art. 1.420, *caput*). Em regra, nascem por convenção, que deve conter o valor do crédito, o prazo de pagamento, a taxa de juros, se houver, e a descrição do bem (art. 1.424). Excepcionalmente, decorrem diretamente da lei, independentemente de convenção. No caso da hipoteca, tal se dá em favor das pessoas enumeradas no art. 1.489, que devem proceder à sua especificação e registro (art. 1.497). No caso do penhor, em favor dos hospedeiros ou fornecedores de pousada e alimento (art. 1.467, I) e do locador (art. 1.467, II). Permite-se, nessas hipóteses, que o apossamento do bem se dê à revelia de autorização judicial (art. 1.470), desde que, ato contínuo, seja requerida homologação judicial (art. 1.471).

De modo geral, visam a conferir preferência ao credor em caso de concurso com outros credores. Salvo disposição de lei em contrário (art. 1.422, parágrafo único), os credores hipotecário e pignoratício podem excutir a coisa hipotecada ou empenhada, preferindo, no pagamento, a outros credores, e observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro (art. 1.422, *caput*). É vedado que se apropriem da coisa (art. 1.428, *caput*), salvo se, posteriormente ao vencimento da dívida, receberem-na em dação em pagamento (art. 1.428, parágrafo único). Depois da excussão, se o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, o devedor continuará obrigado pessoalmente pelo restante (art. 1.430).

¹⁹² BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*, cit., p. 257.

¹⁹³ DUARTE, Nestor. Garantia real com crédito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, p. 233-250, 2019. p. 13.

Na anticrese, por outro lado, o credor administra imóvel (art. 1.507, *caput*) e percebe os frutos e rendimentos, para compensação com o valor da dívida (art. 1.506, *caput*) e dos juros (art. 1.506, § 1º), respondendo pelas deteriorações que, por culpa, causar ao bem, e pelos frutos e rendimentos que, por sua negligência, deixar de perceber (art. 1.508).

O credor do direito real de garantia goza de direito a vencimento antecipado (art. 1.425) se o bem sofrer desfalque, deterioração, depreciação ou desapropriação (incisos I, IV e V), se o devedor cair em insolvência ou falir (inciso II) e se, estipulado em contrato, houver impontualidade no pagamento, salvo se o credor renunciar à faculdade da excussão imediata, recebendo a prestação subsequente à atrasada (inciso III).

A anticrese e o penhor apresentam traços de autoexecutoriedade, na medida em que o credor anticrético pode reter o bem em seu poder, até o pagamento da dívida, pelo prazo máximo de quinze anos (art. 1.432), enquanto o credor pignoratício pode retê-lo para forçar o pagamento das despesas com a conservação da coisa que não tiverem decorrido de culpa sua (art. 1.433, II), além de poder se apropriar dos frutos da coisa empenhada que se encontrarem em seu poder (art. 1.433, V), para se ver indenizado pelos danos decorrentes da coisa ou sua conservação (art. 1.435, V).

Há quem aponte que os direitos reais de garantia tendem ao desuso. Como observa Fábio Rocha Pinto e Silva, referindo-se à hipoteca, “várias escolhas legislativas afetaram negativamente o instituto”, por exemplo, “a execução judicial lenta e incerta prejudica a sua eficácia plena”; além disso, “as legislações relativas à falência frequentemente colocaram os credores reais em posição inferior a outros privilegiados, como trabalhistas e fiscais”¹⁹⁴.

3.4 NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

3.4.1 Romano

A fidúcia, no direito romano, constituía convenção por meio da qual, depois da transferência de um bem para fins gerais ou de garantia, realizada pela *mancipatio* ou pela

¹⁹⁴ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 27.

*jure cessio*¹⁹⁵, o adquirente (fiduciário) obrigava-se, com fundamento na boa-fé, a devolvê-lo ao alienante (fiduciante).

Ao alienar o bem ao fiduciário, o fiduciante transferia a propriedade sem restrições, conferindo, ao adquirente, poder pleno sobre a coisa. A obrigação de devolver, ou remancipar, surgia em ato posterior, chamado *pactum fiduciae*, por meio do qual o fiduciário “assumia a obrigação de restituir, ou, segundo a linguagem romana, *remancipare*, a *res* a êle transmitida”¹⁹⁶. O bem, agora de propriedade do fiduciário, tinha de ser devolvido ao fiduciante – embora houvesse sido transferido, antes, de maneira plena, ilimitada e definitiva.

O *pactum fiduciae* não afetava a natureza da propriedade. Como observa Otto de Souza Lima, constituía “sòmente uma obrigação de restituir, sem tirar, entretanto, à *datio solene* a sua eficácia translativa da propriedade”¹⁹⁷. O adquirente não tinha, pois, a mera propriedade resolúvel do bem; de um lado, possuía a propriedade plena, e, de outro, a obrigação (calcada no elemento “confiança”) de restituir a coisa que lhe havia sido entregue. Não devolvida a coisa, o fiduciante tinha direito apenas a perdas e danos.

A fidúcia romana se dava sob duas modalidades, *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*, de que se tratou no Capítulo 2. Apenas a segunda funcionava como garantia. A *fiducia cum creditore* “tinha conteúdo assecuratório [das obrigações], destinando-se a garantir o credor; nessa modalidade o devedor vendia o bem ao credor sob a condição de recuperá-los se, dentro do prazo convencionado, resgatasse a dívida”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ A *mancipatio*, conforme anota Max Kaser, é “acto formal mediante o qual alguém cede a outrem a propriedade ou um poder semelhante à propriedade sobre pessoas ou coisas” (KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução Samuel Rodrigues Ferdinand Hämmerle. Revisão Maria Armanda de Saint-Maurice. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 64). Tal transferência, aponta Otto de Souza Lima, ocorre “independentemente da causa da alienação” (LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: RT, 1962. p. 49), levando à transferência “plena, ilimitada e definitiva” (p. 67) do bem. A *jure cessio* “era, também, uma forma solene de transferência da propriedade. Operava-se *in iure*, perante um magistrado [...] [possuindo], como a *mancipatio*, o caráter abstrato [...]” (p. 51).

¹⁹⁶ LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*, cit., p. 58.

¹⁹⁷ LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*, cit., p. 58.

¹⁹⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, cit., 2. ed., p. 13.

3.4.2 Germânico

A fidúcia romana caiu em desuso porque privava o devedor da posse, retirando-lhe a capacidade de, com a coisa, auferir os rendimentos necessários para pagamento do débito. Ao lado dela, passaram a figurar, com maior destaque, até finais do século XIX, o penhor e a hipoteca. Com a Revolução Industrial, porém, tais garantias tornaram-se inadequadas, porque não possibilitavam executar rapidamente o bem gravado. Por essa razão, “juristas europeus [...] cunharam a figura do *negócio fiduciário*, inspirados na fidúcia *cum creditore* do direito romano, procurando viabilizar a utilização da propriedade como meio de proteger mais eficazmente o crédito¹⁹⁹.

Na fidúcia germânica, “o devedor transferia ao credor a propriedade da coisa, mas celebrava-se um pacto adjeto que tornava condicional aquela transmissão”²⁰⁰. Enquanto na fidúcia romana “o fiduciário recebia um ilimitado poder jurídico sobre a coisa [...] [e possuía apenas eventual] direito de haver a reparação das perdas e danos”²⁰¹, no direito germânico “o poder jurídico do fiduciário é limitado pelo caráter resolutório da propriedade [...], de modo que eventual alienação arbitrária por parte do fiduciário era considerada ineficaz, daí por que o fiduciante retomava a propriedade da coisa por efeito da condição resolutiva”²⁰².

Observa Guilherme Guimarães Feliciano que “na fidúcia de construção germânica, o fiduciante, após cumprir sua obrigação, pode exercer seu direito de seqüela, ou seja, pode reivindicar o bem das mãos de quem o detenha”²⁰³. Anota Manoel Justino Bezerra Filho que o instrumento “estabelece forma que não admite a transferência incondicionada da propriedade, de tal maneira que passa a se garantir ao fiduciante a retomada do bem, em caso de descumprimento da obrigação de devolução por parte do fiduciário”²⁰⁴. Ou seja, “desaparece, no direito germânico, o poder absoluto do credor fiduciário, estabelecendo-se ao fiduciário titularidade sobre o bem do devedor fiduciante, não porém com o poder

¹⁹⁹ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, cit., 2. ed., p. 38.

²⁰⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, cit., 2. ed., p. 17.

²⁰¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, cit., 2. ed., p. 18-19.

²⁰² CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, cit., 2. ed., p. 18-19.

²⁰³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à Lei n. 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999. p. 70.

²⁰⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição. Visão crítica da alienação fiduciária de imóveis da Lei n. 9.514/97. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo: EPM, ano 14, n. 2, p. 1-173, 2014. p. 52.

absoluto da fidúcia romana e sim, com uma limitação de natureza resolutória”²⁰⁵. Essa natureza resolutória “impede a ambos os contratantes o gozo ilimitado do poder de propriedade, de tal forma que terceiro adquirente do bem sofrerá as consequências desta limitação, com perda do bem se a transação se fizer em prejuízo de qualquer dos dois contratantes originais”²⁰⁶.

3.4.3 Inglês

O direito inglês antigo “contemplava a figura do *mortgage*, que consistia na transmissão da propriedade com escopo de garantia”²⁰⁷. No *mortgage*, “o fiduciante era chamado *feoffor* – aquele que faz o *feoffment* – e [de outro lado havia] o *feoffe* – o que é destinatário do *feoffment*”²⁰⁸.

Em uma primeira fase,

o fiduciário adquiria, por força do ato de transferência, o direito de propriedade sobre os bens transferidos. Assim, o direito de propriedade adquirido pelo fiduciário era, no direito inglês, como no romano, absolutamente ilimitado e pleno, de modo que, tanto pela *jus civile*, como pela *common law*, adquiria êle a qualidade de *dominus* [...]”²⁰⁹.

Em uma segunda fase, porém, possibilitou-se ao devedor o exercício da *equity of redemption*, pelo qual

poderia, ainda depois de vencido o prazo marcado para o cumprimento de sua obrigação, exercer o direito de restituição dentro de um termo razoável – no máximo 12 anos – desde que pagasse, além do capital, todos os juros acumulados e os danos decorrentes da mora²¹⁰.

Observa Manoel Justino Bezerra Filho que,

nos fins do século XIV, passa a intervir no negócio o Estado, representado pelo Chanceler que, como representante do poder real, e *in equity*, ou seja, pela imperatividade da consciência, passa a conceder ao *mortgator* a *equity of*

²⁰⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Da fidúcia à securitização, cit., p. 52.

²⁰⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Da fidúcia à securitização, cit., p. 53.

²⁰⁷ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, cit., 2. ed., p. 19.

²⁰⁸ LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*, cit., p. 102.

²⁰⁹ LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*, cit., p. 103.

²¹⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Da fidúcia à securitização, cit., p. 104.

redemption, para impedir que este perca a coisa em favor do *mortgage* por não cumprimento da obrigação no dia fixado²¹¹.

Tal direito surgiu para evitar que o credor ficasse com a coisa em razão de dívida de valor menor. Como anota Otto de Souza Lima, a *equity* intervinha

para modificar uma situação definitiva decorrente da *common law*, e isto porque, sob o ponto de vista da *equity*, seria iníquo que o *mortgator*, por não ter cumprido a prestação no dia fixado no ato constitutivo, perdesse irremediavelmente a *res*, cujo valor era consideravelmente maior do que o montante do débito²¹².

Por outro lado, a *equity of redemption* não podia ser exercida de forma abusiva, reconhecendo-se ao credor “o direito de propor uma ação com o fim de obter que o devedor fôsse compelido ou a servir-se da *equity of redemption* dentro de certo prazo (*decree nisi for foreclosure*), ou a perdê-la definitivamente”²¹³. Não paga a dívida nem exercido o direito de purgar a mora, “emitia o Tribunal um decreto definitivo (*absolute decree of foreclosure*), pelo qual o devedor era privado para sempre da possibilidade de efetuar o pagamento e obter a restituição da coisa”²¹⁴.

Na *equity of redemption*, a propriedade do credor era condicionada, permitindo-se que o devedor evitasse a perda do bem. Não paga a dívida, contudo, essa propriedade se consolidava e deixava de ter caráter resolutivo. Daí apontar Otto de Souza Lima que são diferentes o *mortgage* e a *fiducia cum creditore*, pois “a transferência da propriedade [é] feita resolutivamente no direito inglês e completa, plena e ilimitada no direito romano”²¹⁵. Conclui que o *mortgage* “mais se aproxima da fidúcia germânica, sobretudo pelo caráter resolutivo da propriedade transferida”²¹⁶.

O direito inglês também contempla a figura do *trust*, originária dos *uses*, que, “no seu sentido mais lato, [...] significa ‘no interesse de’ ou ‘em benefício de’”²¹⁷, remetendo, em termos jurídicos, “a situações de prestação de serviço ou de mandato”²¹⁸.

²¹¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Da fidúcia à securitização*, cit., p. 57

²¹² LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*, cit., p. 104.

²¹³ LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*, cit., p. 105.

²¹⁴ LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*, cit., p. 105.

²¹⁵ LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*, cit., p. 106

²¹⁶ LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*, cit., p. 108.

²¹⁷ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 249.

²¹⁸ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 249.

Os *uses* apresentam as seguintes características:

(1) o *use* tem uma natureza tripartida: *feoffer*, alienante do direito de propriedade; *feoffe*, adquirente e atual titular do direito de propriedade; e *cestui que use*, beneficiário último dos lucros e frutos associados ao direito de propriedade; (2) ele assenta numa separação entre o direito de propriedade e o direito aos lucros ou benefícios dele emergentes; (3) *cestui que use* exerce um poder de direção sobre o *feoffer* [...] ²¹⁹.

Baseiam-se os *uses* “numa relação de confiança, em que um sujeito se compromete a usar os direitos que lhe foram transmitidos para um fim determinado. Todas as restantes características do instituto estão intrinsecamente associadas a esta *ratio*” ²²⁰. De acordo com António Barreto Menezes Cordeiro, os *uses* originam-se do medo e da fraude.

No medo de, em tempos de dificuldade e de guerras civis, ver as suas terras confiscadas quer por não deixar descendência, quer por ser alvo de acusações de traição ou de deslealdade para com a fação reinante; e fraude, visto a transmissão formal do direito de propriedade, conjugada com a conservação dos direitos e benefícios associados à coisa na esfera jurídica do alienante, permitir colocar o bem fora do alcance dos credores – com a constituição de um *use* contornava-se a esmagadora maioria dos mecanismos de defesa desenvolvidos pelos tribunais centrais de *Common Law* –, enquanto se possibilitava, ao *cestui que use*, gozar do bem como se fosse seu legítimo titular ²²¹.

Assinala o autor que a figura teve grande importância durante o regime feudal, pois, “no fundo, a constituição de *uses* permitia conjugar o melhor de dois mundos: o *cestui que use* evitava todos os deveres e inconvenientes associados ao título formal, ao mesmo tempo que conservava a posição material e os benefícios dela derivados” ²²². Isso porque “a posição jurídica do sujeito passivo da relação feudal passava a ser ocupada pelo *feoffer*, o único a quem as obrigações vassálicas podiam ser exigidas” ²²³.

Conclui que

a grande razão para o surgimento e desenvolvimento da constituição de *uses* parece, assim, ter residido na pretensão dos vassalos em contornar os direitos inerentes à posição dos senhores. Repare-se que, estando as relações feudais ligadas à terra, grande parte das tradicionais obrigações assumidas pelos vassalos deixavam de poder ser judicial ou extrajudicialmente exigidas. A terra era, agora, ‘propriedade’ de outrem. A sua utilização permitia, ainda, acautelar o futuro das

²¹⁹ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 245.

²²⁰ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 250.

²²¹ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 254.

²²² MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 255.

²²³ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 254.

filhas, que, em face da sua condição de mulheres, não dispunham, no âmbito do regime sucessório medieval, de especial proteção²²⁴.

Por essas razões, a constituição dos *uses*

tinha um efeito prejudicial direto nos direitos ancestrais dos senhores [...] [e], sendo o Rei o maior de todos os senhores feudais, ninguém mais do que o monarca via os seus direitos afetados. Na prática, a constituição de *uses* operava como um boicote, por parte de seus próprios súditos, a uma das mais rentáveis fontes de rendimento²²⁵.

Nesse contexto é que surgiria o *Statute of Uses*, que “tinha como propósito último estancar a disseminação do instituto fiduciário”²²⁶. A partir dele, “viveu-se um período de renascimento do sistema feudal”²²⁷, mas, “nas décadas que se seguiram à promulgação do *Statute of Uses*, foi desenvolvido, pelos tribunais ingleses, uma série de exceções que contornavam a sua letra e o seu espírito”²²⁸, de modo que “as relações fiduciárias voltaram a ocupar o seu antigo lugar de destaque”²²⁹, tendo por “único efeito concreto a substituição da expressão *use* pelo termo *trust*”²³⁰.

Pelo *trust*, anota Otto de Souza Lima, “o fiduciante – *feoffor*, mais tarde *settlor* – transmite os bens ao fiduciário – *feoffe to use*, mais tarde *trustee* – para que êle os tenha e administre em benefício – *ad opus to the use* – do beneficiário – *cestuy que use*, mais tarde *cestuy que trust*”²³¹. Instituído o *trust*,

o *settlor*, ou fiduciante, isto é, quem constitui o *trust*, desaparece da relação, dele não ficando senão a vontade manifestada no ato de constituição e na declaração de *trust*. Como consequência, todos os direitos, ações e interesses que êle tinha sobre a coisa são transferidos e divididos entre o *trustee* e o *cestuy que trust*. Por isso, é ao beneficiário e não ao *settlor* que o *trustee* deve dar os proveitos da coisa e prestar contas de interposição gestória²³².

²²⁴ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 255.

²²⁵ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 286.

²²⁶ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 290.

²²⁷ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 1129.

²²⁸ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 1129.

²²⁹ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 1129.

²³⁰ MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 1129.

²³¹ LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*, cit., p. 112.

²³² MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*, cit., p. 114.

No *trust* concorrem

dois direitos distintos de propriedade [dos bens cedidos pelo *settlor*, instituidor do *trust*], a do *trustee* [administrador dos bens], propriedade formal ou *legal title*, e a do beneficiário [pessoa em favor de quem o *trustee* administra os bens, chamada *cestui que trust*], propriedade econômica ou de fruição²³³.

Essas propriedades não se confundem, porém, pois “os bens entregues ao *trustee* constituem patrimônio de afetação”²³⁴. Assim, “o beneficiário tem a segurança de que seu domínio econômico não será perturbado e de que poderá gozar dos frutos com tranqüilidade. O que se permite ao *trustee* são atos de administração, que podem implicar a disposição de bens, para a melhor gestão do patrimônio”²³⁵.

3.4.4 Brasileiro

Pelo negócio fiduciário brasileiro, o fiduciante transmite a propriedade ao fiduciário mas tendo resguardado, por lei, o direito de retomá-la quando atingido o objetivo a que as partes visavam com a transferência do domínio. O credor torna-se, então, titular de uma propriedade resolúvel, com o que, de outro lado, o devedor se encontra “na pendência da condição em posição de tornar a ser novamente titular daquele direito de propriedade que transmitira em caráter resolúvel ao credor-fiduciário”²³⁶. Trata-se (a propriedade resolúvel) de “propriedade temporária, e o proprietário, ao adquiri-la, sabe que a perderá com o advento do termo ou da condição”²³⁷.

Como anota Francisco Eduardo Loureiro, “a resolução da propriedade produz efeitos retroativos ao momento da aquisição [...]. [Contudo], [s]ão parcialmente retroativos, pois aquele investido do direito de proprietário resolúvel usa e frui licitamente a coisa, até o advento do termo ou condição. Logo, não restitui frutos e rendimentos recebidos, muito menos indeniza aquele em favor de quem se opera a restituição pelo uso temporário da coisa. Preservam-se, assim, os atos de administração”²³⁸. Porém, “[q]uanto aos atos de disposição

²³³ FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*: de acordo com a Lei n. 9.514/97. Rio de Janeiro: Aide, 2000. p. 23.

²³⁴ FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 24.

²³⁵ FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 27.

²³⁶ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, cit., 2. ed., p. 147.

²³⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 978 a 1.510. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2007. p. 1237.

²³⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 978 a 1.510, cit., p. 1237.

ou oneração, a resolução opera efeitos *ex tunc*, retro-operantes no momento da aquisição. A resolução acarreta a ineficácia desses atos, que são revogados”²³⁹. Por isso,

essa revogação retroativa alcança não só a propriedade, mas todos os direitos sobre ela constituídos pelo proprietário resolúvel, por exemplo servidão, usufruto, hipoteca, penhor etc. O proprietário resolúvel não está inibido de alienar ou gravar de ônus reais a coisa. Apenas a aquisição desses direitos levará a marca congênita da resolatividade [...]”²⁴⁰.

Nesse sentido, dispõe o art. 1.359 do Código Civil que,

resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.

No Direito brasileiro, a retomada da propriedade independe da *fides*, pois, verificada a condição ou o termo, a propriedade se resolve. Dessa maneira,

não se pode, diante de nosso Direito Positivo, afirmar que o fiduciante se ache em situação de perigo, isto é, que corre o risco de não ter de volta o bem alienado [...]. De fato, em nosso Direito, o pacto fiduciário que integra a alienação fiduciária em garantia tem sua execução específica garantida por lei, o que o torna contrato, por assim dizer, de efeitos reais, assegurando ao fiduciante o direito de reaver o bem alienado, uma vez paga a dívida que caucionava. Trata-se de direito real de aquisição, de direito expectativo de propriedade²⁴¹.

3.5 CONCEITO DE GARANTIA AUTOEXECUTÁVEL

Garantias autoexecutáveis são todas as que, sob ponto de vista funcional, de maneira direta ou indireta, por conduta ativa ou passiva, em momento anterior ou posterior ao inadimplemento, atingem sua finalidade prática sem que haja, a princípio, a atuação jurisdicional, forçando o adimplemento, possibilitando o autopagamento ou permitindo a excussão e a tomada de bem em satisfação do crédito sem concurso efetivo do Poder Judiciário.

A autoexecutoriedade: (1) recai sobre *todas* as garantias mas só se verifica *sob ponto de vista funcional*. Não ocorre sob prisma clássico, pois, ao trazer terceiros para a

²³⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 978 a 1.510, cit., p. 1237.

²⁴⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 978 a 1.510, cit., p. 1237.

²⁴¹ FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 16.

obrigação ou ao conferir preferência, as garantias clássicas necessitam da atuação jurisdicional para atingir sua finalidade precípua, de obter a satisfação judicial da obrigação inadimplida. É possível, entretanto, que a garantia clássica se comporte também de maneira funcional, como ocorre, *e.g.*, no penhor de crédito e no penhor de título de crédito, em que, para além da preferência, possibilita-se que o credor se autopague, recebendo diretamente dos devedores do titular do crédito ou do título empenhado, sem recorrer necessariamente ao Poder Judiciário. Daí a menção a *todas* as garantias mas desde que *sob ponto de vista funcional*; (2) pode atuar de maneira *direta e indireta*. Na forma direta, o credor atua explicitamente para satisfazer o crédito, como ocorre, *e.g.*, na apropriação de valores, por instituições financeiras, em autopagamento de crédito decorrente do mútuo. Na forma indireta, o credor age com propósito aparentemente diverso mas acabando por forçar o adimplemento, tal como se vê, *e.g.*, na interrupção de serviços essenciais, que, não obstante se funde em suposta incidência da *exceptio non adimpleti contractus*, acaba, ao mesmo tempo, coagindo o devedor ao pagamento, dada a especial natureza do objeto da prestação; (3) dá-se por postura *ativa* ou *passiva*. Quando ativa, o credor se autotutela “por ação”, como se verifica, *e.g.*, na apropriação das arras confirmatórias. É passiva, por sua vez, quando a autotutela se dá “por inércia”, a exemplo do que ocorre no direito de retenção; (4) pode se verificar em momento *anterior* ou *posterior* ao inadimplemento. Dá-se antes do inadimplemento quando o credor se apropria de valores em garantia de débito futuro, como ocorre no penhor irregular e na antecipação do valor residual garantido no *leasing* financeiro. Ocorre em momento posterior quando o credor obtém a satisfação extrajudicial da obrigação depois do descumprimento, *e.g.*, na tomada do bem no procedimento não judicial da alienação fiduciária de imóvel, se frustrados o primeiro e o segundo leilões; (5) prescinde da jurisdição apenas *a princípio*, não pressupondo – como não poderia – o total afastamento do Poder Judiciário. Por exemplo, na cessão fiduciária de crédito, o recebimento extrajudicial é possível mas não afasta a possibilidade de que o credor ajuíze ação de cobrança contra o devedor do cedente fiduciante; (6) atua: *possibilitando o autopagamento*, como ocorre na recomposição do crédito rotativo por meio de encontro de contas entre o limite utilizado e os valores creditados ao correntista; *forçando o adimplemento*, por meio de autotutela ativa ou passiva, como se dá com a suspensão de serviço essencial e com a compensação; *permitindo a excussão e a tomada de bem em satisfação do crédito, sem o concurso efetivo do Poder Judiciário*, como se vê no procedimento extrajudicial da alienação fiduciária de bem imóvel, em que a atuação *a priori* do Poder Judiciário não se verifica, ou com a busca e apreensão na alienação fiduciária de bem móvel infungível do Decreto-lei n. 911/69, em

que a atuação do Poder Judiciário é meramente simbólica, e não efetiva; (7) têm a finalidade prática de *forçar ou obter o cumprimento extrajudicial*. Opõe-se ao sistema de preferência, que funciona apenas para mitigar as consequências do inadimplemento, conferindo precedência sobre o patrimônio do devedor, em caso de concurso de credores.

4. A DESJUDICIALIZAÇÃO DAS GARANTIAS

Para que prospere, o mercado precisa confiar que as obrigações serão cumpridas celeremente. No entanto, essa rapidez não é própria do Poder Judiciário, cuja estrutura é insuficiente para lidar com a massificação dos negócios jurídicos. Tal fato é pernicioso às relações negociais, pois “o aumento da litigiosidade e da incerteza do resultado de disputas judiciais [...] aparecem como [...] custo de transação”²⁴². Por isso, é necessário “repensar a Justiça. E, no desempenho dessa tarefa, é imperativo que se considerem não apenas, como até aqui tem acontecido, os operadores do sistema judiciário, mas, especialmente, os consumidores da Justiça [...]”²⁴³. É nesse contexto que se vêm buscando garantias cuja executoriedade não dependa da intervenção jurisdicional.

A autoexecutoriedade das garantias exclui a atuação *a priori* do Estado. A satisfação da garantia é obtida “pelo próprio credor [...] sem intervenção das autoridades: nem dos tribunais e nem dos órgãos estatais”²⁴⁴; em um segundo momento, se necessário, as partes buscam “meios adequados para assegurar suficiente proteção contra o abuso de ambos os lados, enquanto a eficiência da cobrança do débito por si mesma não é afetada”²⁴⁵.

Com as garantias autoexecutáveis, altera-se a lógica executiva das garantias. Em vez de só se concretizarem com auxílio do Poder Judiciário, recebem efeito prático por ato do próprio credor. É tendência e necessidade. Como já afirmava Antonio Junqueira de Azevedo, “da fuga para o juiz, cabe hoje falar em fuga do juiz – e isso, diga-se, não diminui o Poder Judiciário, eis que este fica limitado a agir nas hipóteses em que, de fato, é necessário como julgador”²⁴⁶.

²⁴² SZTAJN, Rachel. *Direito e economia dos contratos: os conceitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 73-82; p. 75.

²⁴³ RIBEIRO, Antônio de Pádua. As novas tendências do direito processual civil. *Justitia*, São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, p. 121-127, 2001. p. 121.

²⁴⁴ STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks: a comparative law analysis*. Budapest: Springer International Publishing, 2015. p. 3. Tradução livre de: “by the creditor himself [...] without intervention from authorities: neither courts nor state bodies”.

²⁴⁵ STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., p. 3. Tradução livre de: “appropriate means to ensure enough protection against abuse from both sides while not affecting the efficiency of the debt collection itself”.

²⁴⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O direito pós-moderno*. *Revista da USP*, v. 42, p. 96-101, 1999. p. 102.

Tradicionalmente, é vedado que o credor se “autopague” porque se proíbe o pacto comissório. Como anota Lafayette Pereira, proíbe-se a cláusula de apropriação do bem para “proteger o devedor, sob a pressão da necessidade de momento, contra as exigências avaras do credor”²⁴⁷. Para Carvalho Santos, a vedação “funda-se em um motivo de ordem ética”²⁴⁸, a fim de se “evitar [...] que a pressão da necessidade leve o devedor a convencionar o abandono do bem ao credor por quantia irrisória”²⁴⁹. Para o autor, tal pacto desnatura a garantia, pois “estabelece uma venda condicional”²⁵⁰, subtraindo a “concorrência de compradores, desde que, em última análise, é uma alienação ajustada a determinada pessoa”²⁵¹. Acentua Clovis Bevilacqua que “a proibição tanto se refere ao ato constitutivo da garantia quanto à convenção posterior [...] porque o fundamento da nulidade da cláusula comissória é de ordem moral”, donde “o imperador Constantino [...] fulminou-a com a nulidade”²⁵².

A vedação ao pacto comissório foi consagrada no Código Civil pelos arts. 1.365 e 1.428, segundo os quais “é nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento” (art. 1.365) e “é nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto

²⁴⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 3. ed. adaptada ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. p. 371.

²⁴⁸ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. v. X: Direito das obrigações (arts. 1.363-1.504). p. 90.

²⁴⁹ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*, cit., v. X, p. 90.

²⁵⁰ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*, cit., v. X, p. 91.

²⁵¹ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*, cit., v. X, p. 91.

²⁵² BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. 2. ed. atual. por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. II. p. 42. O autor cita, na sequência, a legislação comparada à época: “As legislações modernas seguiram-lhe a traça. O Código Civil francês, art. 2.078, 2ª parte, estatui: ‘É nula toda cláusula que autorize o credor a se apropriar do penhor ou dêle dispor sem as formalidades (prescritas no primeiro membro do artigo). Dispositivo semelhante relativo à anticrese, art. 2.088. O italiano arts. 1.884 e 1.894, reproduz o estabelecido pelo francês. O suíço, art. 816, segunda parte, com referência à garantia imóvel, dispõe: ‘É nula toda cláusula que autorize o credor a se apropriar do imóvel, na falta de pagamento’. O espanhol, art. 1.859: ‘O credor não pode apropriar-se das coisas dadas em penhor ou hipoteca, nem dispor delas’. Não se refere à anticrese, porque, devendo o credor, por êsse direito, pagar-se com a percepção dos frutos, mal se ajusta à anticrese o pacto comissório. São os seguintes os dispositivos do Código Civil português. Quanto ao penhor, o art. 864, autoriza o credor a ficar como objeto mediante avaliação, que não seja feita por êle. O nosso direito (Cód. Civil, art. 774, III) admite a venda amigável do penhor, se expressamente estipulada no contrato, ou se o devedor nela consentir, mediante procuração especial, passada ao credor. Parece-me preferirei esta provisão à do Código Civil português, por ser mais fácil intervir o credor na avaliação do que na venda amigável; e, conseqüentemente, menos assegurados se acham os interesses do devedor no direito português. Com referência à hipoteca, o Código Civil português, art. 903, depois de exigir a execução da hipoteca, em todos casos, ‘seja qual fôr o valor do prédio e o da dívida hipotecada, acrescenta: ‘salvo se o credor consentirem outra coisa’” (p. 43-44).

da garantia, se a dívida não for paga no vencimento” (art. 1.428). Admite-se apenas que, após o vencimento da dívida, o credor dê a coisa em pagamento da dívida (art. 1.428, parágrafo único).

No entanto, a proibição vem sendo relativizada em sede acadêmica, exemplificativamente, por Luís Gustavo Haddad, para quem “o aspecto verdadeiramente deletério da celebração do pacto comissório reside na possível desproporção entre o valor de mercado do bem objeto de garantia e o valor da obrigação garantida”, de modo que, em “havendo meios de assegurar a inexistência de excesso, ou de exigir de antemão que tal excesso seja restituído ao devedor [...] elimina-se o que há de reprovável no pacto comissório”²⁵³.

Nessa mesma linha de argumentação, Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Aline de Miranda Valverde Terra afirmam que a proibição do pacto comissório não pode se estender ao pacto marciano. Por esse, permite-se que, no inadimplemento do devedor, o credor se aproprie da garantia, mas “desde que (i) o bem seja previamente submetido a uma avaliação independente, levada a cabo por terceiro, (ii) e seja devolvida ao devedor a quantia que, eventualmente, sobejar o valor da dívida”²⁵⁴. Os pactos marciano e comissório se diferenciam “no fato de o credor, no primeiro, poder ficar com o bem, sem prejudicar o devedor, nem os demais credores, porque o submete à avaliação de um terceiro independente e imparcial”²⁵⁵. O pacto marciano não se afigura abusivo porque, ao contrário do comissório, permite a obtenção de preço justo, bem como “o pagamento da diferença entre o preço estipulado e o saldo devedor”²⁵⁶.

Não obstante a proibição do pacto comissório pelo Código Civil, diversos institutos do Direito brasileiro permitem a apropriação da garantia. É o que se dá, por exemplo, na

²⁵³ HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 180.

²⁵⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório vs. pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. *In*: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 204-205.

²⁵⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório vs. pacto marciano, cit., p. 205.

²⁵⁶ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório vs. pacto marciano, cit., p. 210.

alienação fiduciária de bem imóvel quando frustrados o primeiro e o segundo leilões e na cessão fiduciária de crédito, dentre outros.

A relativização da proibição ao pacto comissório abre espaço para ampla desjudicialização das garantias, que é realidade antiga no Direito estrangeiro, especialmente em países da *common law*, e, no Brasil, vem sendo assimilada cada vez mais pelo mercado, com a chancela da jurisprudência.

4.1 NO DIREITO ESTRANGEIRO

4.1.1 Estados Unidos da América

O sistema norte-americano utiliza instrumentos de autoexecutoriedade sob um enfoque claramente utilitarista. Como anota Anthony F. Mooney,

os defensores da reintegração de posse extrajudicial argumentam que ela é vantajosa do ponto de vista econômico, além de necessária. Eles afirmam que um sistema de reintegração de posse por “autotutela”, que não envolve honorários caros, é muito mais vantajoso economicamente do que um processo legal formal. Do ponto de vista da necessidade, a reintegração de posse extrajudicial é essencial para a proteção das garantias do credor. Os bens pessoais, como foi apontado, podem ser facilmente perdidos, vendidos ou subtraídos antes que o credor possa obter provimento dos tribunais²⁵⁷.

A autotutela econômica é instrumento ínsito não só ao direito norte-americano mas às tradições da própria *common law*. Vide, a respeito, o quanto decidido em *Cook versus Lilly (Supreme Court of Appeals of West Virginia – 1974)*:

O direito à autotutela já era previsto na *common law* como um instrumento aceitável. Os tribunais devem estar cientes de que o recurso à lei é dispendioso e demorado, e que, apesar de intimações, audiências e procedimentos complexos serem adequados e necessários em muitas circunstâncias, eles também aumentam

²⁵⁷ MOONEY, F. Anthony. Non-judicial repossession: reprisal in need of reform. *Digital Commons @ Boston College Law School*, Newton: Boston College Law School, v. 11, 1970, p. 435. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol11/iss3/3/>. Acesso em: 17 out. 2020. Tradução livre de: “supporters of non-judicial repossession argue that it is both economical and necessary. They contend that a ‘self-help’ system of repossession, which does not involve costly legal fees, is far more economical than formal legal process. From the stand-point of necessity, non-judicial repossession is justified as being essential to the protection of the creditor’s collateral. Personal property, it has been pointed out, can easily be lost, sold or stolen before the creditor can obtain relief from the courts”.

o custo dos negócios e têm efeitos potencialmente negativos sobre a indústria e o comércio²⁵⁸.

Como assinala James R. Macall,

O direito de reintegração em caso de inadimplência existe, nos Estados Unidos, aos garantidos por estatuto, pela *common law* ou pelo acordo das partes, praticamente desde o início da república. Na Inglaterra, com uma história jurídica mais extensa, o remédio está bem estabelecido há várias centenas de anos. Os gregos e romanos reconheceram o remédio durante a antiguidade²⁵⁹.

Tal instrumento (de reintegração de posse extrajudicial) não havia sido reconhecido, no âmbito da *common law*, antes do século XIII. Até então era considerado uma “violação da paz”²⁶⁰. Segundo James R. Macall,

Durante a maior parte de sua história, a *common law* inglesa adotou uma visão extremamente restritiva em relação a qualquer remédio que envolvesse a autotutela. A autotutela violenta ou agressiva, que resultou em uma violação da paz, era considerada ofensa ao poder real, e, se informal, estritamente proibida até pelo menos o final do século XIII²⁶¹.

Observa Ryan McRobert, porém, que, “à medida que a Idade Média progredia, a oposição inglesa aos instrumentos de autotutela diminuiu, embora esses remédios continuassem sujeitos a regras e regulamentos restritivos”²⁶². Relata-se que, no último quartel do século XIII, pelo menos um juiz considerou legal o exercício da autotutela

²⁵⁸ COOK V. LILLY. Supreme Court of Appeals of West Virginia (15 Oct, 1974). *Casemine*. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c68aadd7b049347dc10b>. Acesso em: 12 dez. 2020. Tradução livre de: “The right to self-help has long been established in the common law as an acceptable remedy. Courts must be cognizant that recourse to law is both expensive and time consuming, and that while notice, hearings, and intricate procedure are appropriate and necessary in many circumstances, they also increase the cost of doing business and have potentially negative effects upon industry and commerce”.

²⁵⁹ MACALL, James R. The past as prologue: a history of the right to repossess. *Southern California Law Review*, San Francisco: University of California, Hastings College of the Law, v. 58, 1973. p. 66-67. Disponível em: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/545. Acesso em: 18 out. 2020. Tradução livre de: “The right to repossess upon default has been available to holders of a security interest in collateral either by statute, common law, or agreement of the parties in the United States virtually since the beginnings of the republic. In England, with a more extensive legal history, the remedy has been well established for several hundred years. The Greeks and Romans recognized the remedy during antiquity”.

²⁶⁰ Expressão esta traduzida de “*breach of peace*”, que designa a transposição dos limites aceitáveis para um método de recuperação de crédito.

²⁶¹ MACALL, James R. The past as prologue, cit., p. 81. Tradução livre de: “During the major portion of its history, the English common law took an extremely restrictive view toward any remedy involving self-help. Violent or aggressive self-help which resulted in a breach of the peace was regarded as contempt of the King, and informal self-help was stringently prohibited until at least the end of the 13th century”.

²⁶² MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions. *Washington Law Review*, Seattle: University of Washington, v. 87, 2012. v. 87. p. 573. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol87/iss2/10>. Acesso em: 19 out. 2020. Tradução livre de: “as the Middle Ages progressed, however, English opposition to self-help remedies relaxed, though such remedies remained subject to restrictive rules and regulations [...]”.

recuperatória por seu legítimo proprietário, desde que o credor não praticasse crime no ato da apreensão da coisa.

De acordo com James R. Macall, “com a passagem de século, a autotutela em geral (e a retomada de bens sem um dispositivo de segurança específico) tornou-se aceita. [...]”²⁶³; “durante o período entre os séculos XIII e XIX, a *common law* permitiu cada vez mais a autotutela em alguns limitados contextos, nos quais seu uso não pudesse produzir injustiça às partes ou violação da paz não autorizada pela lei [...]”²⁶⁴.

Nos Estados Unidos da América, a reintegração de posse extrajudicial foi reconhecida em julgado no qual se decidiu que o proprietário de escravos teria direito de recuperá-los à força, em caso de fuga. Segundo Ryan McRobert,

A Suprema Corte dos EUA tratou da reintegração de posse em 1842. *Prigg v. Pensilvânia* dizia respeito à reintegração de posse de um escravo que havia escapado de Maryland e atravessado a Pensilvânia. Ao decidir que o proprietário de escravos tinha permissão para perseguir e retomar sua propriedade, o Tribunal aplicou os princípios ingleses referentes à autotutela, incluindo o que concerne à violação da paz²⁶⁵.

A conclusão é reforçada pela doutrina de F. Anthony Mooney, para quem o direito de retomada extrajudicial ingressou no Direito norte-americano por analogia ao direito de recaptura de escravos:

A *common law* geralmente reconhecia o direito de o vendedor, na venda com reserva de domínio, recuperar as garantias sem recorrer aos tribunais, em caso de inadimplência do comprador. Exemplos desse princípio podem ser encontrados em casos norte-americanos que datam de pelo menos 1809, quando a Suprema Corte de Nova York, em um *case* envolvendo direitos de posse em um terreno imobiliário, declarou: “Em um caso que tem analogia com o presente, de propriedade pessoal, existe o direito de recaptura, com a cautela de que não seja exercido com violência ou por uma violação da paz”. [*Hyatt v. Wood*] A *New York Court of Common Pleas* invocou esse ditado 60 anos depois ao defender o direito de um vendedor, na venda com reserva de domínio, recuperar pacificamente uma

²⁶³ MACALL, James R. *The past as prologue*, cit., p. 67. Tradução livre de: “With the passage of another century self-help generally (and the recapture of chattels absent a security device specifically) had become accepted [...]”.

²⁶⁴ MACALL, James R. *The past as prologue*, cit., p. 68. Tradução livre de: “Throughout the period from the 13th to the 19th centuries the common law increasingly allowed self-help in certain limited contexts in which its use would not produce an injustice to the parties or a lawless breach of the Peace [...]”.

²⁶⁵ MCROBERT, Ryan. *Defining “breach of the peace” in self-help repossessions*, cit., p. 574. Tradução livre de: “The U.S. Supreme Court first addressed self-help repossession in 1842. *Prigg v. Pennsylvania* concerned repossession of a slave who had escaped from Maryland and crossed into Pennsylvania. In deciding that the slave owner was allowed to pursue and retake his property, the Court applied English self-help principles, including breach of the peace”.

máquina de costura sem processo judicial formal. Ao assim agir, o tribunal observou que a regra aplicável “permite que uma parte recorra a todos os meios possíveis para recuperar seus bens, com exceção da quebra da paz” [Kinny v. Planer]²⁶⁶.

Daí em diante, os tribunais passaram a tratar a autotutela recuperatória como inerente à compra e venda com reserva de domínio²⁶⁷ e o instrumento acabou consagrado pela Lei Uniforme de Vendas Condicionais, de 1919.

Na norma referida, previu-se o direito à retomada extrajudicial sem qualquer condição que não fosse a “não ocorrência de quebra da paz”. Como ressalta James R. Macall,

os tribunais geralmente permitiam que o vendedor exercesse a autotutela recuperatória, mesmo sem disposição expressa no contrato em que previsto o direito, com base na natureza intrínseca da compra e venda com reserva de domínio, no qual o vendedor mantém a propriedade e, por implicação, o direito de retomada. A amplamente adotada Lei Uniforme de Vendas Condicionais, proposta pela primeira vez em 1918, deu ao vendedor o direito de reintegração, sem oitiva da parte, em caso de mora no pagamento, sem nenhuma outra condição material, desde que realizada sem violação da paz²⁶⁸.

Pouco depois, com o reconhecimento sistemático da autotutela recuperatória, o instituto acabou consagrado no Artigo 9 do UCC (*Uniform Commercial Code*)²⁶⁹. Anota F. Anthony Mooney que

²⁶⁶ MOONEY, F. Anthony. Non-judicial repossession, cit., p. 436. Tradução livre de: “The common law generally recognized the right of a conditional seller to retake collateral without recourse to the courts upon default by the buyer. Examples of this principle may be found in American cases dating from at least as early as 1809, when the New York Supreme Court, in a case involving possessory rights in a tract of real property, stated: ‘In a case bearing analogy to the present, of personal property, the right of recaption exists, with the caution that it not be exercised riotously, or by a breach of the peace...’ [Hyatt v. Wood] The New York Court of Common Pleas invoked this dictum 60 years later in upholding the right of a conditional seller to peaceably recapture a sewing machine without formal judicial process. In so doing, the court noted that the applicable rule ‘permits a party to resort to every possible means for the recaption of his property short of a breach of the peace’ [Kinny v. Planer]”.

²⁶⁷ Expressão traduzida, com as ressalvas que virão adiante, de “*conditional sale*”.

²⁶⁸ MACALL, James R. The past as prologue, cit., p. 74. Tradução livre de: “courts generally allowed the seller to exercise the remedy of self-help repossession even without an express provision in the contract authorizing the right, on the basis of the intrinsic nature of a conditional sale contract in which the seller retains title, and, by implication, the right to repossess. The widely adopted Uniform Conditional Sales Act, first proposed in 1918, gave the conditional seller the statutory right to repossess upon a default in payment of in the performance of any other material condition without prior agreement of the parties if the repossession could be accomplished without breaching the peace”.

²⁶⁹ A norma será bastante citada, sempre em português, com as adaptações necessárias à sua compreensão. Para que seja possível a conferência da interpretação, seguem citados os principais dispositivos atinentes à matéria, assim como os mais relevantes trechos dos “comentários oficiais”:

“§ 9-609. Secured Party's Right to Take Possession After Default

(a) [Possession; rendering equipment unusable; disposition on debtor's premises.] After default, a secured party:

(1) may take possession of the collateral; and

(2) without removal, may render equipment unusable and dispose of collateral on a debtor's premises under Section 9-610.

(b) [Judicial and nonjudicial process.] A secured party may proceed under subsection (a):

(1) pursuant to judicial process; or

(2) without judicial process, if it proceeds without breach of the peace.

(c) [Assembly of collateral.] If so agreed, and in any event after default, a secured party may require the debtor to assemble the collateral and make it available to the secured party at a place to be designated by the secured party which is reasonably convenient to both parties".

Official Comment: "3. Judicial Process; Breach of Peace. Subsection (b) permits a secured party to proceed under this section without judicial process if it does so 'without breach of the peace.' Although former Section 9-503 placed the same condition on a secured party's right to take possession of collateral, subsection (b) extends the condition to the right provided in subsection (a)(2) as well. Like former Section 9-503, this section does not dene or explain the conduct that will constitute a breach of the peace, leaving that matter for continuing development by the courts. In considering whether a secured party has engaged in a breach of the peace, however, courts should hold the secured party responsible for the actions of others taken on the secured party's behalf, including independent contractors engaged by the secured party to take possession of collateral.

This section does not authorize a secured party who repossesses without judicial process to utilize the assistance of a law-enforcement officer. A number of cases have held that a repossessing secured party's use of a law-enforcement officer without benefit of judicial process constituted a failure to comply with former Section 9-503".

"§ 9-203. Attachment and Enforceability of Security Interest; Proceeds; Formal Requisites.

(1) Subject to the provisions of Section 4-210 on the security interest of a collecting bank, Sections 9-115 and 9-116 on security interests in investment property, and Section 9-113 on a security interest arising under the Articles on Sales and Leases, a security interest is not enforceable against the debtor or third parties with respect to the collateral and does not attach unless:

(a) the collateral is in the possession of the secured party pursuant to agreement, the collateral is investment property and the secured party has control pursuant to agreement, or the debtor has signed a security agreement which contains a description of the collateral and in addition, when the security interest covers crops growing or to be grown or timber to be cut, a description of the land concerned;

(b) value has been given; and

(c) the debtor has rights in the collateral".

"§ 9-609. Secured Party's Right to Take Possession After Default

(a) [Possession; rendering equipment unusable; disposition on debtor's premises.] After default, a secured party:

(1) may take possession of the collateral; and

(2) without removal, may render equipment unusable and dispose of collateral on a debtor's premises under Section 9-610.

(b) [Judicial and nonjudicial process.] A secured party may proceed under subsection (a):

(1) pursuant to judicial process; or

(2) without judicial process, if it proceeds without breach of the peace.

(c) [Assembly of collateral.] If so agreed, and in any event after default, a secured party may require the debtor to assemble the collateral and make it available to the secured party at a place to be designated by the secured party which is reasonably convenient to both parties".

Official Comment. "3. Judicial Process; Breach of Peace. Subsection (b) permits a secured party to proceed under this section without judicial process if it does so 'without breach of the peace.' Although former Section 9-503 placed the same condition on a secured party's right to take possession of collateral, subsection (b) extends the condition to the right provided in subsection (a)(2) as well. Like former Section 9-503, this section does not dene or explain the conduct that will constitute a breach of the peace, leaving that matter for continuing development by the courts. In considering whether a secured party has engaged in a breach of the peace, however, courts should hold the secured party responsible for the actions of others taken on the secured party's behalf, including independent contractors engaged by the secured party to take possession of collateral.

This section does not authorize a secured party who repossesses without judicial process to utilize the assistance of a law-enforcement officer. A number of cases have held that a repossessing secured party's use of a law-enforcement officer without benefit of judicial process constituted a failure to comply with former Section 9-503".

"§ 9-610. Disposition of Collateral After Default.

(a) [Disposition after default.] After default, a secured party may sell, lease, license, or otherwise dispose of any or all of the collateral in its present condition or following any commercially reasonable preparation or processing.

(b) [Commercially reasonable disposition.] Every aspect of a disposition of collateral, including the method, manner, time, place, and other terms, must be commercially reasonable. If commercially reasonable, a secured party may dispose of collateral by public or private proceedings, by one or more contracts, as a unit or in parcels, and at any time and place and on any terms.

(c) [Purchase by secured party.] A secured party may purchase collateral:

(1) at a public disposition; or

(2) at a private disposition only if the collateral is of a kind that is customarily sold on a recognized market or the subject of widely distributed standard price quotations. [...]

Official Comment. “2. Commercially Reasonable Dispositions. Subsection (a) follows former Section 9-504 by permitting a secured party to dispose of collateral in a commercially reasonable manner following a default. Although subsection (b) permits both public and private dispositions, ‘every aspect of a disposition... must be commercially reasonable.’ This section encourages private dispositions on the assumption that they frequently will result in higher realization on collateral for the benefit of all concerned. Subsection (a) does not restrict dispositions to sales; collateral may be sold, leased, licensed, or otherwise disposed. Section 9-627 provides guidance for determining the circumstances under which a disposition is ‘commercially reasonable.’

3. Time of Disposition. This Article does not specify a period within which a secured party must dispose of collateral. This is consistent with this Article’s policy to encourage private dispositions through regular commercial channels. It may, for example, be prudent not to dispose of goods when the market has collapsed. Or, it might be more appropriate to sell a large inventory in parcels over a period of time instead of in bulk. Of course, under subsection (b) every aspect of a disposition of collateral must be commercially reasonable. This requirement explicitly includes the ‘method, manner, time, place and other terms.’ For example, if a secured party does not proceed under Section 9-620 and holds collateral for a long period of time without disposing of it, and if there is no good reason for not making a prompt disposition, the secured party may be determined not to have acted in a ‘commercially reasonable’ manner. See also Section 1-203 (general obligation of good faith)”.
 “§ 9-611. Notification Before Disposition of Collateral.

(a) [‘Notification date.’] In this section, ‘notification date’ means the earlier of the date on which:

(1) a secured party sends to the debtor and any secondary obligor an authenticated notification of disposition; or

(2) the debtor and any secondary obligor waive the right to notification.

(b) [Notification of disposition required.] Except as otherwise provided in subsection (d) a secured party that disposes of collateral under Section 9-610 shall send to the persons specified in subsection (c) a reasonable authenticated notification of disposition. [...]

“§ 9-615. Application of Proceeds of Disposition; Liability for Deficiency and Right to Surplus

(a) [Application of proceeds.] A secured party shall apply or pay over for application the cash proceeds of disposition under Section 9-610 in the following order to:

(1) the reasonable expenses of retaking, holding, preparing for disposition, processing, and disposing, and, to the extent provided for by agreement and not prohibited by law, reasonable attorney’s fees and legal expenses incurred by the secured party;

(2) the satisfaction of obligations secured by the security interest or agricultural lien under which the disposition is made;

[...]

(d) [Surplus or deficiency if obligation secured.] If the security interest under which a disposition is made secures payment or performance of an obligation, after making the payments and applications required by subsection (a) and permitted by subsection (c): (1) unless subsection (a)(4) requires the secured party to apply or pay over cash proceeds to a consignor, the secured party shall account to and pay a debtor for any surplus; and

(2) the obligor is liable for any deficiency.

(e) [No surplus or deficiency in sales of certain rights to payment.] If the underlying transaction is a sale of accounts, chattel paper, payment intangibles, or promissory notes:

(1) the debtor is not entitled to any surplus; and

(2) the obligor is not liable for any deficiency.

(f) [Calculation of surplus or deficiency in disposition to person related to secured party.] The surplus or deficiency following a disposition is calculated based on the amount of proceeds that would have been

A regra que permitia a reintegração extrajudicial foi consistentemente reconhecida durante o final do século XIX e início do século XX, e em 1919 alcançou aceitação geral quando os *National Commissioners on Uniform State Laws*, ao promulgar o *Uniform Conditional Sales Act* (UCSA), autorizaram a reintegração extrajudicial pacífica em caso de mora do devedor. O Código Comercial Uniforme, que substituiu o UCSA, também autoriza expressamente a reintegração não judicial. A Seção 9-503 do Código estabelece: “A menos que acordado de outra forma, o garantido tem, como regra, o direito de tomar posse da garantia. Ao tomar posse, o garantido poderá prosseguir sem processo judicial, se isso puder ser feito sem violação da paz, ou pode prosseguir por ação”. Essa disposição “segue as disposições da legislação uniforme anterior ao permitir que o garantido na maioria dos casos se apodere da garantia sem processo judicial”. Assim, a regra do Código quanto à reintegração extrajudicial é semelhante à do UCSA, exceto que o UCSA era mais específico quanto às circunstâncias que caracterizavam a mora²⁷⁰.

O Artigo 9 do UCC não é propriamente um “artigo”. Como observa Luis Rojo Ajuria, “o Artigo 9 não é um artigo no sentido europeu. O Artigo 9 é equivalente a uma lei geral de garantias mobiliárias [...]”²⁷¹. Trata-se de uma extensa coleção de dispositivos que mais se assemelha a um “código”. Contudo, conforme ressalva o autor, “também é

realized in a disposition complying with this part to a transferee other than the secured party, a person related to the secured party, or a secondary obligor if:

(1) the transferee in the disposition is the secured party, a person related to the secured party, or a secondary obligor; and

(2) the amount of proceeds of the disposition is significantly below the range of proceeds that a complying disposition to a person other than the secured party, a person related to the secured party, or a secondary obligor would have brought.

(g) [Cash proceeds received by junior secured party.] A secured party that receives cash proceeds of a disposition in good faith and without knowledge that the receipt violates the rights of the holder of a security interest or other lien that is not subordinate to the security interest or agricultural lien under which the disposition is made:

(1) takes the cash proceeds free of the security interest or other lien;

(2) is not obligated to apply the proceeds of the disposition to the satisfaction of obligations secured by the security interest or other lien; and

(3) is not obligated to account to or pay the holder of the security interest or other lien for any surplus”.

Official Comment. “4. Surplus and Deficiency. Subsection (d) deals with surplus and deficiency. It revises former Section 9-504 (2) by imposing an explicit requirement that the secured party ‘pay’ the debtor for any surplus, while retaining the secured party’s duty to ‘account’”.

²⁷⁰ MOONEY, F. Anthony. Non-judicial repossession, cit., p. 437. Tradução livre de: “The rule permitting non-judicial repossession was consistently recognized during the late 19th and early 20th centuries, and by 1919 had achieved general acceptance when the National Commissioners on Uniform State Laws, in promulgating the Uniform Conditional Sales Act (U.C.S.A.), authorized peaceable non-judicial repossession on the occasion of the debtor’s default. The Uniform Commercial Code, which has superseded the U.C.S.A., also expressly authorizes non-judicial repossession. Section 9-503 of the Code provides: ‘Unless otherwise agreed a secured party has on default the right to take possession of the collateral. In taking possession a secured party may proceed without judicial process if this can be done without breach of the peace or may proceed by action’. This provision ‘follows the provisions of the earlier uniform legislation in allowing the secured party in most cases to take possession without the issuance of judicial process.’ Thus, the Code rule as to non-judicial repossession is similar to that of the U.C.S.A. except that the U.C.S.A. was more specific as to the circumstances which constituted a default”.

²⁷¹ ROJO AJURIA, Luis. Las garantías mobiliarias: fundamentos del derecho de garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de America). *Anuario de Derecho Civil*, Madrid: Ministerio de Justicia – Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, v. 42, p. 717-812, 1989. p. 727. Disponível em: <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/8088>. Acesso em: 16 out. 2020. Tradução livre de: “el art. 9 no es un artículo en el sentido europeo. El art. 9 equivale a una ley general de garantías mobiliarias [...]”.

necessário enfatizar, diante de nossa mentalidade jurídica, que o Código Comercial Uniforme não é um código, pelo menos no sentido clássico [...]”²⁷². Isso porque há, no Artigo 9 do UCC,

um Comentário Oficial correspondente a cada seção e subseção, no qual, em vez de uma interpretação autêntica, encontramos um desenvolvimento dos objetivos e princípios nos quais os redatores do Código Comercial Uniforme se baseavam. Além disso, o Código Comercial Uniforme não revoga globalmente toda a Lei anterior [...]”²⁷³.

Em sua Seção 9-102, estabelece-se que a norma

se aplica a qualquer transação (independentemente de sua forma) cujo objetivo seja criar um direito de garantia sobre bens móveis ou pertencas, incluindo bens, documentos, intangíveis em geral, papel ou documentos de propriedade. [...] Bens pessoais incluem: ativos materiais e intangíveis, créditos e diferentes tipos de valores mobiliários²⁷⁴.

O reconhecimento legal da autotutela recuperatória, pelo Artigo 9 do UCC, gerou um intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre sua constitucionalidade. Isso porque a 14ª Emenda dispõe que

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis²⁷⁵.

²⁷² ROJO AJURIA, Luis. Las garantías mobiliarias, cit., p. 729. Tradução livre de: “también es preciso recalcar, de cara a nuestra mentalidad jurídica, que el Uniform Commercial Code no es un código, al menos en el clásico [...]”

²⁷³ ROJO AJURIA, Luis. Las garantías mobiliarias, cit., p. 729. Tradução livre de: “es fundamental destacar la existencia de un Official Comment correspondiente a cada sección y subsección, en el que más que una interpretación auténtica encontramos un desarrollo de esas finalidades y principios en los que se basaron los redactores del Uniform Commercial Code. Además, el Uniform Commercial Code no deroga globalmente todo el Derecho anterior [...]”.

²⁷⁴ ROJO AJURIA, Luis. Las garantías mobiliarias, cit., p. 729. Tradução livre de: “La Sección 9-102 establece que este artículo se aplica a toda transacción (independentemente de su forma) cuya finalidad sea crear un derecho de garantía en bienes muebles o pertenencias incluyendo goods, documents, general intangibles, chattel paper o accounts. [...] dentro de los bienes muebles (personal property) se incluyen: los bienes materiales e inmateriales, los créditos y las distintas clases de títulos valores”.

²⁷⁵ Tradução livre de: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

Por sua vez, se antes a autotutela reparatória era reconhecida pela jurisprudência, passou, com o Artigo 9 do UCC, a sê-lo também por lei. Disso decorreu linha interpretativa de que, com o Artigo 9 do UCC, o instituto afrontaria a “impossibilidade de fazer executar leis” que privam os cidadãos de seus bens “sem o devido processo legal”. Não havia essa discussão antes do Artigo 9 do UCC porque a autotutela recuperatória era reconhecida apenas pela jurisprudência, mas não pela lei – a que se refere a proibição contida na 14ª Emenda.

A questão chegou à Suprema Corte e, no caso *Fuentes versus Shevin* (*U.S. Supreme Court* – 1972), decidiu-se que o direito à recuperação extrajudicial feriria a 14ª Emenda. Discutia-se a situação de Margarita Fuentes, que contestava a constitucionalidade dos procedimentos de busca e apreensão sem prévia oitiva do réu. No julgado paradigmático, narrou-se que

Margarita Fuentes é residente da Flórida. Ela comprou um fogão a gás e um pacote de serviços da Firestone Tire and Rubber Co. (Firestone) por meio de um contrato de compra e venda com reserva de domínio em que se exigiam pagamentos mensais durante um período de tempo. Alguns meses depois, ela comprou um fonógrafo estereofônico da mesma empresa, sob o mesmo tipo de contrato. O custo total do fogão e do aparelho de som era de cerca de US\$500, mais uma taxa de financiamento adicional de mais de US\$100. Nos termos dos contratos, a Firestone mantinha a propriedade da mercadoria, mas a Sra. Fuentes tinha direito à posse, a menos e até que ela viesse a incidir em mora no pagamento das parcelas.

Por mais de um ano, a sra. Fuentes realizou o pagamento das parcelas. Mas então, restando apenas cerca de US\$200 a serem pagos, surgiu uma disputa entre ela e a Firestone sobre a posse do fogão. A Firestone ajuizou uma ação em um tribunal de pequenas causas para recuperar o fogão e o aparelho de som, alegando que a sra. Fuentes havia se recusado a fazer os pagamentos restantes. Simultaneamente a este processo, e antes que a sra. Fuentes recebesse uma intimação para responder à sua reclamação, a Firestone obteve um mandado de busca e apreensão ordenando a um xerife que apreendesse imediatamente os bens em litígio.

Seguindo os processos da Flórida, a Firestone precisou apenas preencher os campos de um formulário e enviá-lo ao encarregado do tribunal de pequenas causas. O funcionário assinou e carimbou os documentos e emitiu um mandado de busca e apreensão. Mais tarde, no mesmo dia, um xerife local e um agente da Firestone foram à casa da sra. Fuentes e tomaram o fogão e o aparelho de som²⁷⁶.

²⁷⁶ FUENTES V. SHEVIN. U.S. Supreme Court (12 Jun, 1972). *Casemine*. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c725add7b049347e04b7>. Acesso em: 12 dez. 2020. Tradução livre de: “Margarita Fuentes, is a resident of Florida. She purchased a gas stove and service policy from the Firestone Tire and Rubber Co. (Firestone) under a conditional sales contract calling for monthly payments over a period of time. A few months later, she purchased a stereophonic phonograph from the same company under the same sort of contract. The total cost of the stove and stereo was about \$500, plus an additional financing charge of over \$100. Under the contracts, Firestone retained title to the merchandise, but Mrs. Fuentes was entitled to possession unless and until she should default on her installment payments.

For more than a year, Mrs. Fuentes made her installment payments. But then, with only about \$200 remaining to be paid, a dispute developed between her and Firestone over the servicing of the stove. Firestone instituted an action in a small-claims court for repossession of both the stove and the stereo,

A lei permitia que a Firestone assim procedesse. Conforme anotou a Suprema Corte, “de acordo com a legislação da Flórida [...] ‘qualquer pessoa cujos bens móveis ou imóveis sejam detidos indevidamente por qualquer outra pessoa... pode ter um mandado de busca e apreensão para recuperá-los...’”²⁷⁷. Com base na norma estadual,

no mesmo momento em que o réu recebe o mandado de busca e apreensão de bens, no âmbito da ação judicial, os bens são retomados. Ele não recebe aviso prévio e não tem oportunidade de contestar a emissão do mandado. Após a propriedade ser retomada, ele tem a oportunidade de uma audiência, como réu no julgamento da ação judicial de reintegração de posse, que o requerente é obrigado a ajuizar²⁷⁸.

Tal procedimento, para a Suprema Corte, teria constituído inovação da norma estadual, porque,

pela *common law*, se um credor desejasse invocar o poder do Estado para recuperar bens detidos indevidamente, ele teria que prosseguir com a ação de cobrança ou reintegração. Essas ações, no entanto, não previam a devolução de propriedade antes do julgamento final. E, mais importante, nas ocasiões em que a *common law* permitia a apreensão liminar, por meio do Estado, fornecia algum tipo de aviso e oportunidade para ser ouvida a parte que estava na posse da propriedade e um funcionário do Estado fazia pelo menos um resumo dos direitos em disputa antes de retirar os bens de uma das partes²⁷⁹.

Em adição, observou-se no julgado que

O direito constitucional de ser ouvido é um dever básico do Estado no processo decisório de retomada dos bens de uma pessoa. O objetivo deste requisito não é apenas garantir uma justiça processual abstrata para o indivíduo. Seu objetivo, mais particularmente, é proteger o uso e a posse de bens de invasões arbitrárias –

claiming that Mrs. Fuentes had refused to make her remaining payments. Simultaneously with the filing of that action and before Mrs. Fuentes had even received a summons to answer its complaint, Firestone obtained a writ of replevin ordering a sheriff to seize the disputed goods at once.

In conformance with Florida procedure, Firestone had only to fill in the blanks on the appropriate form documents and submit them to the clerk of the small-claims court. The clerk signed and stamped the documents and issued a writ of replevin. Later the same day, a local deputy sheriff and an agent of Firestone went to Mrs. Fuentes' Fuentes' home and seized the stove and stereo”.

²⁷⁷ Tradução livre de: “under the Florida statute challenged here, ‘[a]ny person whose goods or chattels are wrongfully detained by any other person... may have a writ of replevin to recover them...’”.

²⁷⁸ Tradução livre de: “Thus, at the same moment that the defendant receives the complaint seeking repossession of property through court action, the property is seized from him. He is provided no prior notice and allowed no opportunity whatever to challenge the issuance of the writ. After the property has been seized, he will eventually have an opportunity for a hearing, as the defendant in the trial of the court action for repossession, which the plaintiff is required to pursue”.

²⁷⁹ Tradução livre de: “at common law, if a creditor wished to invoke state power to recover goods wrongfully detained, he had to proceed through the action of debt or detinue. These actions, however, did not provide for a return of property before final judgment. And, more importantly, on the occasions when the common law did allow prejudgment seizure by state power, it provided some kind of notice and opportunity to be heard to the party then in possession of the property, and a state official made at least a summary determination of the relative rights of the disputing parties before stepping into the dispute and taking goods from one of them”.

minimizar reintegrações substancialmente injustas ou equivocadas, um perigo que é especialmente grande quando o Estado apreende bens mediante simples requerimento e para benefício de um particular²⁸⁰.

À vista de tais argumentos, a Suprema Corte decidiu que a retomada extrajudicial constituiria procedimento inconstitucional, por ofensa à 14ª Emenda, na medida em que afrontaria o “direito de uma pessoa usufruir do que é dela, livre de interferências governamentais”²⁸¹. Essa “interferência” estaria consubstanciada no advento de lei regulando procedimento que antes era reconhecido apenas pela *common law* (sem interferência governamental “da lei”).

O entendimento, até então adstrito à legislação da Flórida, consolidou, em solo norte-americano, a ideia de que a recuperação extrajudicial somente seria possível se ocorresse sem interferência do Estado, ou, na linguagem utilizada pela jurisprudência norte-americana, sem “ação do Estado”²⁸². No entanto, dali surgiria intenso debate sobre o que constitui “ação do Estado”.

Em um primeiro momento, a doutrina entendeu que a mera previsão legal (a tão só inserção do instituto no Artigo 9 do UCC) constituiria uma “ação estatal” contra o particular, uma vez que a lei é “ato do Estado”. Para essa corrente, a recuperação extrajudicial, até então reconhecida apenas pela *common law*, teria passado a ser inconstitucional com o advento do Artigo 9 do UCC.

Steven Kurt Sanders sustentou, em 1973, que

a tese de que a ação prevista na Seção 9-503 constitui medida estatal é apoiada pelos cinco argumentos a seguir: Primeiro, a medida estatal pode ser encontrada na autotutela recuperatória porque a ação prevista na Seção 9-503 é realizada de acordo com lei estadual que autoriza a recuperação por autotutela. Segundo, a reintegração por autotutela, nos termos da Seção 9-503, é ação estatal na medida em que o Estado impõe que o contrato autorize a reintegração por autotutela (o Estado impõe ao não declarar, em ação judicial, que é inválido). Terceiro, a reintegração por autotutela, sob a Seção 9-503, é uma medida estatal porque o Estado incentiva essa ação. Quarto, o Estado age sempre que promulga legislação.

²⁸⁰ Tradução livre de: “The constitutional right to be heard is a basic aspect of the duty of government to follow a fair process of decision making when it acts to deprive a person of his possessions. The purpose of this requirement is not only to ensure abstract fair play to the individual. Its purpose, more particularly, is to protect his use and possession of property from arbitrary encroachment – to minimize substantively unfair or mistaken deprivations of property, a danger that is especially great when the State seizes goods simply upon the application of and for the benefit of a private party”.

²⁸¹ Tradução livre de: “a person’s right to enjoy what is his, free of governmental interference”.

²⁸² Tradução livre de “*state action*” e aqui também referida como “medida de(o) Estado”.

E, Quinto, o estado age quando um particular retoma os bens de outra pessoa porque a reintegração de posse é uma função do Estado e há pouca diferença substancial entre a reintegração de posse fundada em um mandado e apreensão realizada por um indivíduo²⁸³.

Para o autor, em primeiro lugar,

uma vez que a lei estadual autoriza o acordo previsto na Seção 9-503 e, de fato, prevê que exista em contrato ainda que as partes não o prevejam, o Estado age dentro do significado de ação estadual da Décima Quarta Emenda, porque os direitos privados estão sendo invadidos pela força de um acordo realizado nos termos da lei estadual. Os direitos privados que estão sendo invadidos envolvem a liberdade de contratar como se queira e o direito de prévia oitiva antes da reintegração de posse. O acordo é feito de acordo com a lei estadual, porque a lei estadual autoriza a recuperação por autotutela, independentemente de o contrato a prever ou não²⁸⁴.

Em segundo lugar,

a ação estatal está presente porque o Estado aplica as disposições de recuperação por autotutela nos acordos privados de garantia. Em uma ação judicial entre particulares, não há dúvida de que a aplicação pelos tribunais da *common law* de um Estado constitui uma ação estatal que deve estar em conformidade com os requisitos da Décima Quarta Emenda. [...] O Estado também está aplicando a Seção 9-503 quando não a declara inválida. Não agir é agir. Observe que, pelos termos expressos do Código, as disposições de autotutela podem ser utilizadas sem ação judicial. [...] há ação estatal envolvida não apenas na aprovação da Seção 9-503, mas em sua operação e em sua aplicação pelos tribunais [...]²⁸⁵.

²⁸³ SANDERS, Steven Kurt. Self-help repossession under the Uniform Commercial Code: the constitutionality of Article 9, Section 503. *New Mexico Law Review*, Albuquerque: University of New Mexico, v. 4, 1973. p. 90-91. Disponível em: <https://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol4/iss1/6>. Acesso em: 16 out. 2020. Tradução livre de: “the thesis that action under Section 9-503 constitutes state action, is supported by the following five arguments: First, state action can be found in self-help repossession because action under Section 9-503 is done pursuant to the enactment of a state law which authorizes self-help repossession. Second, self-help repossession under Section 9-503 is state action when the state enforces a contract between the parties which authorizes self-help repossession –(the state enforces a contract between the parties by not declaring it invalid in action in court). Third, the action of self-help repossession under Section 9-503 is state action because the state encourages such action. Fourth, the state acts whenever it enacts legislation. And, fifth, the state acts when a private person repossesses another person’s private goods because repossession is a function of the state and there is little substantive difference between repossession pursuant to a writ of replevin and seizure by a private individual”.

²⁸⁴ SANDERS, Steven Kurt. Self-help repossession under the Uniform Commercial Code, cit., p. 80. Tradução livre de: “since state law authorizes the Section 9-503 agreement and indeed writes it into the contract for the parties should they fail to, the state has acted within the meaning of the Fourteenth Amendment state action concept because private rights are being invaded by force of an agreement made pursuant to state law. The private rights being invaded involve the freedom to contract as one chooses and the right of notice and hearing before repossession. The agreement is made pursuant to state law because state law authorizes the self-help repossession whether or not the contract provides for it”.

²⁸⁵ SANDERS, Steven Kurt. Self-help repossession under the Uniform Commercial Code, cit., p. 81-82. Tradução livre de: “state action is present because the state enforces the self-help repossession provisions in private security agreements. In a law suit between private parties, there can be no doubt that the application by the courts of a state’s common law constitutes state action which must conform to the requirements of the Fourteenth Amendment.

Em terceiro lugar,

a ação estatal está presente porque a Seção 9-503 autoriza e incentiva a recuperação por autotutela. [...] Duvida-se que a intenção do Estado, ao aprovar a Seção 9-503, fosse autorizar, incentivar, legalizar e se envolver significativamente em reintegrações de posse pacíficas? Se não, deve-se concluir que o Estado está agindo quando um particular realiza uma reintegração de posse pacífica, conforme permitido pela Seção 9-503.

A Seção 9-503 nem pretende ser neutra. Primeiro, proíbe o Estado de limitar ou minorar o direito à reintegração de posse por autotutela [...]. Segundo, a Seção 9-503 proíbe o judiciário de desenvolver precedentes de *common law* contra a autotutela. Terceiro, e mais importante, a Seção 9-503 prevê disposições de autotutela nos contratos de garantia, a menos que as partes acordem em contrário. Assim, o ônus é de que as partes tomem medidas afirmativas para excluir a autotutela de seu contrato. Quarto, a Seção 9-503 concede ao vendedor direitos que não foram negociados. É concedido ao vendedor o luxo de decidir se deve exercer os direitos que as partes podem nunca ter discutido e que não precisam ser previstos no contrato. [...]

O envolvimento do Estado na decisão de contratar ou não é muito menos significativo, em termos de ação estatal do que o envolvimento do Estado na redação dos termos de um contrato privado. Em uma primeira instância, o Estado simplesmente diz que você não precisa contratar se não quiser. Por outro lado, o Estado diz que, se você contratar, seu contrato conterà uma previsão de autotutela, a menos que você decida expressamente o contrário. É tomada uma decisão para incluir a recuperação por autotutela no contrato sem nenhuma ação de nenhuma das partes [...] ²⁸⁶.

Em quarto lugar,

o legislador não promulga legislação fútil [...]. [e indaga:] “Qual é o objetivo da Seção 9-503?” Se o legislador não pretendia incentivar a recuperação por

[...] there is state action involved not only in the passage of Section 9-503 but in its operation and in its enforcement by the courts [...]

The state is also enforcing Section 9-503 when it does not declare it invalid. To not act, is to act. Note that by the express terms of the Code, self-help provisions may be utilized without court action”.

²⁸⁶ SANDERS, Steven Kurt. Self-help repossession under the Uniform Commercial Code, cit., p. 82-84. Tradução livre de: “state action is present because Section 9-503 authorizes and encourages self-help repossession. [...] Can it be doubted that the intent of the state in passing Section 9-503 was to authorize, encourage, legalize and significantly involve itself in peaceful repossessions? If not, then one must conclude that the state is acting when a private person makes a peaceful repossession as allowed by Section 9-503. [...]

Section 9-503 does not even purport to be neutral. First, it prohibits the state from limiting or abridging the right to self-help repossession [...]. Second, Section 9-503 prohibits the judiciary from developing common law precedents against the right of self-help. Third, and most significant, Section 9-503 writes into every security agreement self-help provisions unless the parties agree otherwise. Thus, the burden is on the parties to take affirmative action to exclude self-help from their contract. Fourth, Section 9-503 gives the seller rights which were not bargained for. The seller is granted the luxury of deciding whether to exercise rights which the parties may never have discussed and which need not be provided for in the contract. [...]

The state’s involvement in the decision of whether or not to contract is much less significant, in terms of state action, than the state’s involvement in writing the terms of a private contract. In the first instance, the state merely says you do not have to contract if you do not want to. In the other, the state says that if you do contract, your contract will contain a self-help provision unless you expressly decide otherwise. A decision to include self-help repossession in the contract is made for the parties without any action by either of them [...]”.

autotutela e desencorajar a ação judicial, se o legislador não pretendia imunizar os particulares das repercussões legais da reintegração de posse, o que o legislador pretendia fazer? Não é irrazoável supor que as legislações de 49 estados fizeram uma “coisa fútil” ao aprovar a Seção 9-503?²⁸⁷.

Em quinto lugar, afirmou que, uma vez prevista em lei, “a diferença substancial entre a apreensão por um agente do Estado com base em mandado emitido pelo Estado e a apreensão por um particular sem mandado emitido pelo Estado passa a ser apenas uma questão de forma”²⁸⁸.

Pouco tempo depois, em 1974, Dixie L. Laswell se contrapôs a essa tese, sustentando que, embora prevista em lei, a recuperação extrajudicial (o ato de recuperar) não traduziria “ação do Estado”, por não envolver auxílio (operacional) deste. Logo, ainda que prevista em lei, a recuperação extrajudicial não feriria a 14^a Emenda. De acordo com o autor,

para que uma ação estatal significativa se caracterize, deve ter havido um comportamento ativo por parte do Estado. A ação estatal não está presente na conduta privada de um indivíduo. O Estado deve estar envolvido direta ou ativamente, em vez de apenas emprestar seu apoio passivo²⁸⁹.

Argumenta que

a cláusula do devido processo da décima quarta emenda proíbe apenas a ação estatal, não a ação privada. Como a recuperação por autotutela não envolve ação estatal, não há exigência de que o devedor [...] receba notificação da reintegração de posse antes da tomada²⁹⁰.

²⁸⁷ SANDERS, Steven Kurt. Self-help repossession under the Uniform Commercial Code, cit., p. 89. Tradução livre de: “the legislature does not enact futile legislation [...]. ‘What is the purpose of Section 9-503?’ If the legislature did not mean to encourage self-help repossession and to discourage judicial action, if the legislature did not mean to immunize private parties from the legal repercussions of repossession, what did the legislature intend to do? Is it unreasonable to assume that the legislatures of 49 states did a ‘utile thing’ in enacting Section 9-503?”.

²⁸⁸ SANDERS, Steven Kurt. Self-help repossession under the Uniform Commercial Code, cit., p. 90. Tradução livre de: “the substantive difference between seizure by an official pursuant to a writ issued by the state and seizure by a private individual without a writ issued by state was only a matter of form”.

²⁸⁹ LASWELL, Dixie L. Commercial transactions: the future of self-help repossession. *The John Marshall Law Review*’s, Chicago: The John Marshall Law School Library, v. 8, 1974. p. 97. Disponível em: <http://repository.jmls.edu/lawreview>. Acesso em: 17 out. 2020. Tradução livre de: “In order for significant state action to arise there must be active assistance on the part of the state. State action is not involved in the private conduct of an individual. The state must be directly or actively involved rather than merely lending its passive support”.

²⁹⁰ LASWELL, Dixie L. Commercial transactions, cit., p. 111. Tradução livre de: “the due process clause of the fourteenth amendment prohibits only state action, not private action. Since self-help repossession does not involve state action, there is no requirement that the debtor [...] receive notice of the repossession prior to the taking”.

Ancora seu pensamento na jurisprudência das cortes locais, indicando que

os tribunais distritais federais não assentem sobre se a adesão do Estado ao UCC constitui uma ação estatal significativa. A raiz do problema é determinar se o UCC apenas repisa o direito contratual à recuperação da *common law* ou se confere ao credor garantido um novo direito de retomar sumariamente a propriedade [...] ²⁹¹.

No caso *King versus Jersey Nat. Bank (Supreme Court of New Jersey – 1974)*, decidiu-se que o comportamento estatal “passivo” – de apenas autorizar a autotutela recuperatória – não constituiria “ação do Estado”. Assentou-se que, ao trazer a recuperação extrajudicial para o bojo da legislação, o Artigo 9 do UCC apenas reconheceu direito já existente, não havendo *inovado* – e não tendo incidido, pois, na proibição contida na 14ª Emenda.

No caso em questão,

o recorrente, William B. King (autor), comprou e recebeu um automóvel de um revendedor, firmando um contrato de venda parcelada sob o qual prometeu pagar o saldo devedor mensalmente. O contrato impunha um gravame sobre o automóvel para garantir o pagamento das parcelas mensais no vencimento. O contrato previa que, no caso de inadimplência no pagamento, o saldo não pago se tornaria devido e exigível e o vendedor e a cessionária poderiam, “sem aviso ou processo legal, entrar em qualquer local onde os bens possam ser encontrados [e] pacificamente tomar posse deles”

Após a entrega do automóvel, o vendedor o cedeu ao South Jersey National Bank (Banco). O Recorrente deixou de pagar uma parcela mensal vencida (de que havia sido notificado) e o Banco invocou cláusula de vencimento antecipado, exercitando pacificamente seu direito de recuperar o automóvel sem aviso prévio ao autor, conforme o contrato o autorizava a fazer. Mais tarde, o autor se ofereceu para compensar o pagamento em falta, mas este foi rejeitado e ele foi informado de que o carro seria devolvido apenas se pagasse o total do saldo restante.

O Banco enviou ao autor um aviso de que o automóvel seria vendido em leilão público. No mesmo dia, o autor apresentou uma queixa na Divisão de Chancelaria e obteve um pedido para impedir temporariamente a venda até sua oitiva [...] ²⁹².

²⁹¹ LASWELL, Dixie L. *Commercial transactions*, cit., p. 99. Tradução livre de: “District Courts: The federal district courts disagree as to whether a state’s enactment of the UCC constitutes significant state action. The root of the problem is found in the determination of whether the UCC merely reiterates the common law contractual right to repossess or whether it confers upon the secured creditor a new right to summarily repossess the property [...]”.

²⁹² KING V. SO. JERSEY NAT. BANK. Supreme Court of New Jersey (10 Dec, 1974). *Casemine*. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c683add7b049347dbcd6>. Acesso em: 12 dez. 2020. Tradução livre de: “the appellant, William B. King (plaintiff) purchased and received an automobile from a dealer, entering into an installment sales contract under which he promised to pay the balance due on a monthly basis. The contract created in the dealer and assigns a security interest in the automobile to secure payment of the monthly installments as they would become due. The contract provided that in the event of default in payment the unpaid balance would become due and payable and the seller and assigns could ‘without notice or demand for performance or legal process, enter any premises where the goods may be found [and] peaceably take possession of them’.

Upon delivery of the automobile and execution of the contract, the seller assigned the latter to the respondent South Jersey National Bank (the Bank). Plaintiff defaulted in an overdue monthly payment

Ao se deparar com tais fatos, o tribunal entendeu que “a reintegração de posse era uma questão contratual privada e não uma ação estatal, e por isso estava imune a ataques constitucionais”. Sustentou que “essa conclusão é apoiada por uma esmagadora maioria de tribunais federais e estaduais que declararam (vários deles em tempos muito recentes) que a recuperação por ‘autotutela’ não é um ato sob o pálio das leis estaduais, e, portanto, nenhuma medida estatal ocorre”²⁹³.

Observou a Corte:

deve-se notar primeiro que o direito de à reintegração de propriedade por autotutela, em circunstâncias como as aqui envolvidas, longe de ser um direito criado [...] tem raízes profundas na *common law* e é reconhecida há séculos. [...] O objetivo principal da inclusão de tais direitos na Lei Uniforme de Vendas com Reserva de Domínio era a proteção do comprador [...] e o mesmo se deu com a proteção do comprador no Código Comercial Uniforme. Mas nenhum estatuto ampliou o direito básico da *common law*, de recuperar por meio da autotutela. Nenhum direito novo foi criado pela mera previsão desse procedimento na legislação. A codificação é apenas uma reorganização legislativa do direito já existente. A energia legislativa é gasta mas para que o direito permaneça o mesmo. Nada foi criado ou desconstruído (pelo menos no que diz respeito à Seção 12A: 9-503 contestada), e essa atividade legislativa claramente não constitui “ação estatal” sob a Décima Quarta Emenda. [...] Como era na *common law*, o Estado é totalmente alheio ao processo de reintegração de posse, pelo menos até depois da retomada, quando certas salvaguardas adicionais entram em jogo para a proteção do comprador original [...].

A Décima Quarta Emenda não pretendia impor aos estados soberanos um novo padrão inflexível e doutrinário de conduta. Em vez disso, procurou preservar valores e direitos considerados inerentes à condição humana, garantindo que os Estados, como membros da união federal, jamais ousassem por lei ou outra ação interferir na partilha igualitária desses benefícios, nem suprimir nenhum, exceto pelo devido processo legal. Assim, a Emenda não cria nenhum escudo (*The Civil Rights Cases, supra*) contra a ação privada, por mais injusta que seja [...]. A Emenda, em vez disso, imuniza o povo da ação estatal que pode afetar afirmativa e significativamente os direitos fundamentais, tão pensados como sendo inerentes à sua natureza e não criados por qualquer constituição ou outro trabalho humano. [...] A mera passividade na ação estatal não é proibida. A ação do Estado não é invocada; está contido. Assim, como escudo e não espada, a Emenda assegura ao povo o devido processo e igual proteção das leis.

(which had been called to his attention by notice) and the Bank thereupon invoked the acceleration clause of the contract and peaceably exercised its right to repossess the automobile without notice to plaintiff, as the contract authorized it to do. Plaintiff later offered to make good on the defaulted payment, but this was rejected and he was informed the car would be returned only if he paid the full balance remaining due.

The Bank sent plaintiff a notice that the automobile would be sold at public auction. On the same day plaintiff filed a complaint in the Chancery Division and obtained an order temporarily restraining the sale pending a hearing [...].”

²⁹³ Tradução livre de: “repossession was a private contractual matter rather than a state action, and so was immune from constitutional attack. This conclusion is supported by an overwhelming majority of federal and state courts which have held (many in very recent times) that ‘self-help’ repossession is not an act under color of state laws and thus no state action is involved”.

Assim, a neutralidade de estado, como aqui demonstrado em 12A: 9-503, *supra*, nem comandando nem proibindo a ação o quanto contratado entre as partes, está longe do incentivo estatal [...].

A própria essência da liberdade civil certamente consiste no direito de todo indivíduo invocar a proteção das leis, sempre que sofrer ofensa. Um dos primeiros deveres do governo é garantir essa proteção.

Negociar no mercado e contratar de maneira não contrária à lei, moral, honestidade ou política pública, práticas reconhecidas por longa tradição e não criadas nem proibidas por lei, não nos pareceria envolver uma questão de direitos fundamentais, nem ser ofensivo para qualquer uma das seções da Constituição de Nova Jersey invocada pelo autor. Deve-se lembrar que, por força do contrato aqui discutido, havia uma dualidade de interesse de propriedade nesse automóvel, e que “[a] resolução da questão do devido processo” (de acordo com as Constituições estaduais e federais) “deve levar em conta não apenas os interesses do comprador do imóvel, mas também os do vendedor”. [...]

O direito do credor de exercer autotutela e recuperar as garantias após a mora no pagamento da obrigação é reconhecido há muito tempo, embora com graus variados de restrição legal ao longo dos séculos [...].

De fato, [o Estado] sancionou e talvez até encorajou os credores no uso da recuperação por autotutela. Mas não entendo que esse ato seja o tipo de conduta afirmativa que tenha dado origem a uma ação estatal [...] ²⁹⁴.

²⁹⁴ Tradução livre de: “it must first be noticed that the right of self-help repossession of property under circumstances such as involved here, far from being a right created [...] has roots deep in the common law and has been recognized for centuries.

The primary purpose of inclusion of such safeguards in the Uniform Conditional Sales Act was protection of the buyer [...] and similar recognition of the need for buyer protection in the Uniform Commercial Code portrays the same purpose. But neither statute enlarged the basic common law right of self-help repossession.

[...] no new right was created by the mere delineation of this procedure in the statute. Codification is merely a legislative reorganization of existing law into acceptable statutory form. Legislative energy is expended, but only to the end that the law should remain the same. Nothing has been created or destroyed (at least with regard to the challenged section 12A:9-503) and such legislative activity clearly does not constitute ‘state action’ under the Fourteenth Amendment. [...] As was the case at common law, the state is totally removed from the repossession process, at least until after the event, when certain additional safeguards come into play for the protection of the original buyer [...]

The Fourteenth Amendment was not intended to impose upon the sovereign states a new, inflexible, doctrinaire pattern of affirmative rectitude. Rather, it sought to preserve values and rights sensed to be inherent in the human condition, making sure that the states, as viable as was considered to be their membership in the federal union, would never dare by law or other action to interfere with the equal sharing of those benefits, nor withdraw any except by due process. Thus it is that the Amendment erects no shield (The Civil Rights Cases, *supra*) against private action however wrongful [...]. The Amendment, rather, immunizes the people from state action which might affirmatively and significantly impinge upon fundamental rights, so thought to be inherent in their nature rather than created by any constitution or other human work. [...]

Mere passivity in state action is not proscribed. State action is not invoked; it is restrained. So, as shield rather than sword, does the Amendment secure to the people due process and equal protection of the laws. Thus state neutrality, such as here demonstrated in 12A:9-503, *supra*, neither commanding nor forbidding the action contracted for between the parties, is far from the state encouragement [...].

The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection.

Bargaining in the marketplace and contracting in ways inoffensive to law, morals, honesty or public policy, practices recognized by long tradition and neither created nor forbidden by law, would not seem to us to involve a question of fundamental rights, nor to be offensive to either of the sections of the New Jersey Constitution relied on by plaintiff. It must be remembered that by force of the contract here involved there was a duality of property interest in this automobile, and that ‘[r]esolution of the due process question’ (under both State and Federal Constitutions) ‘must take account not only of the interests of the buyer of the property but those of the seller as well’.

E foi esta a tese que prevaleceu: mesmo com o advento do Artigo 9 do UCC, a recuperação extrajudicial não infringiria a 14ª Emenda, na medida em que a legislação apenas explicitou direito antes já garantido pela *common law*, de retomar o bem por meio de autotutela. Pelo entendimento que se consolidou em solo norte-americano, o Artigo 9 do UCC não constitui ação do Estado contra o particular, mas *meio de proteção do devedor*, na medida em que estabelece requisitos para que o credor possa exercer o direito de recuperação extrajudicial, consistentes na existência de mora²⁹⁵ e na não ocorrência de “quebra da paz”.

Por outro lado, o Artigo 9 do UCC não conceituou tais requisitos, tendo cabido à doutrina e à jurisprudência fazê-lo. Como assinala William E. Hogan, “o Artigo 9 do Código não responde especificamente à pergunta o que é uma ‘mora em um contrato de garantia’”²⁹⁶, razão pela qual, “na maioria das vezes, o próprio contrato de garantia deve definir as regras para determinar se a mora ocorreu”²⁹⁷. Nessa verificação (da ocorrência ou não de mora), devem ser sopesados diversos fatores, como

falha em fazer um pagamento exigido; a remoção não autorizada da caução; a apresentação de uma petição em falência ou a realização de uma cessão em benefício dos credores; a morte de um devedor individual; a dissolução ou a nomeação de um destinatário para um devedor comercial; a apreensão legal da caução; a venda ou transferência não autorizada da garantia; ou a realização de qualquer declaração fraudulenta ou falsa pelo devedor no momento da concessão do crédito²⁹⁸.

F. Anthony Mooney também traz contribuição nesse sentido:

The right of the creditor to exercise self-help and recapture the collateral upon default in the payment of the underlying obligation has long been recognized, albeit with varying degrees of legal restraint over the centuries. [...]

In effect, [the State] it sanctioned and perhaps even encouraged creditors in their use of self-help repossession. But I do not understand that act to be the sort of affirmative conduct giving rise to state action [...].”

²⁹⁵ Aqui traduzida, como “mora”, palavra “*default*”.

²⁹⁶ HOGAN, William E. The secured party and default proceedings under the UCC. *Minnesota Law Review*, Minneapolis: University of Minnesota Law School, v. 47, 1962. p. 205; p. 209. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2556>. Acesso em: 18 out. 2020. Tradução livre de: “Article 9 of the Code does not often specifically answer the question of what is a ‘default under a security agreement’”.

²⁹⁷ HOGAN, William E. The secured party and default proceedings under the UCC, cit., p. 205; p. 209. Tradução livre de: “For the most part, the security agreement itself must define the standards for determining whether a default occurs”.

²⁹⁸ HOGAN, William E. The secured party and default proceedings under the UCC, cit., p. 205; p. 209. Tradução livre de: “failure to make a required payment; the unauthorized removal of the collateral; the filing of a petition in bankruptcy or the making of an assignment for the benefit of creditors; the death of an individual debtor; the dissolution of, or the appointment of a receiver for, a business debtor; the legal seizure of the collateral; the unauthorized sale or transfer of the collateral; or the making of any fraudulent or false statement by the debtor at the time of the credit extension”.

Embora a maioria dos direitos do garantido, sob o Código, surja para o caso de inadimplência do devedor, o termo “inadimplência” não está definido especificamente no Código. Como resultado, tribunais e comentaristas declararam geralmente que as circunstâncias que constituem uma inadimplência são uma questão de acordo contratual entre as partes. [...] É geralmente aceito que um incumprimento, na ausência de um contrato específico, ocorre apenas em caso de falta do devedor em pagar ou executar suas obrigações nos termos da lei ou contrato. O UCSA condicionou expressamente o direito de retomar a uma inadimplência no pagamento ou na execução de qualquer outra condição contratual [...] a violação de um termo importante do contrato constituía uma inadimplência suficiente para invocar o direito de reintegração de posse, independentemente de o contrato assim ter sido estabelecido²⁹⁹.

O autor ressalva, porém, que nem todo incumprimento deve ser considerado “mora”. Sustenta que esta deve ser analisada de um ponto de vista material, só autorizando a recuperação extrajudicial se constituir mora *substancial*. Afirma:

Surgem perguntas sobre o grau de inadimplência necessário para justificar a invocação do recurso de reintegração de posse extrajudicial e se uma inadimplência menor ou meramente formal seria suficiente para esse fim. Foi sugerido que, ao lidar com esse tipo de situação, um tribunal poderia aplicar um teste de “materialidade” à inadimplência, particularmente no caso de bens de consumo [...]³⁰⁰.

Com base nessa ideia, F. Anthony Mooney sustenta que a verificação da mora deve se dar à luz da boa-fé, evitando que mero descumprimento formal leve à reintegração extrajudicial:

Quando as partes incluem especificamente no contrato o que constitui uma inadimplência para fins de reintegração de posse, deve haver alguma limitação no que diz respeito ao grau de inadimplência que justifica a reintegração de posse. Nesse sentido, foi sugerido que a obrigação de boa-fé estabelecida na Seção 1-203 do Código possa ser usada para testar os motivos da parte segura na utilização da reintegração de posse não judicial. Ao avaliar a boa-fé e avaliar a necessidade de utilizar a reintegração de posse não judicial em determinado caso, o objetivo básico do instrumento deve ser mantido claramente em mente. O instrumento deve ser usado por um vendedor que considere seu direito razoavelmente ameaçado.

²⁹⁹ MOONEY, F. Anthony. Non-judicial repossession, cit., p. 437-438. Tradução livre de: “Although most of the secured party's rights under the Code arise upon a default by the debtor, the term ‘default’ is not specifically defined in the Code. As a result, courts and commentators have generally declared that the circumstances which constitute a default are a matter for contractual agreement between the parties. [...] It is generally accepted that a default in the absence of a specific agreement occurs only upon a failure by the debtor to pay or perform his obligations under law or contract. The U.C.S.A. expressly conditioned the right to repossess upon a default in a payment or in the performance of any other condition of the contract [...] breach of an important contract term constituted a default sufficient to invoke the right of repossession, whether or not the contract so provided”.

³⁰⁰ MOONEY, F. Anthony. Non-judicial repossession, cit., p. 438. Tradução livre de: “Questions arise concerning the degree of default required in order to justify invocation of the non-judicial repossession remedy, and whether a minor or mere technical default would suffice for this purpose. It has been suggested that in dealing with this type of situation a court might well apply a ‘materiality’ test to default, particularly in the case of consumer goods [...]”.

Tendo em vista esse objetivo subjacente, parece que uma leve ou mera violação formal de dada cláusula padrão de um contrato não deve dar origem ao direito de reintegração de posse, a menos que, concomitantemente, as circunstâncias levem o vendedor a concluir razoavelmente que seu direito foi ameaçado. Por exemplo, uma disposição comum sob a forma de contratos de vendas condicionais declara que o comprador estará em mora se remover a garantia do Estado sem a permissão por escrito do garantido. Tecnicamente, o comprador ficaria inadimplente se, por exemplo, a garantia fosse um automóvel e o comprador dirigisse para outro Estado em suas férias. Permitir que o garantido recupere o veículo com base em tal falta seria manifestamente absurdo, mesmo assumindo que o devedor permanecesse em outro Estado, sem o consentimento por escrito, pois mesmo que ele continuasse pagando oportunamente suas obrigações ao garantido dificilmente se poderia concluir que seu direito estava ameaçado³⁰¹.

Em havendo mora, por sua vez, resolve-se o contrato. Discutiu-se, por sua vez, se, resolvido o contrato, venceria antecipadamente o débito.

Para William E. Hogan, a cláusula de vencimento antecipado³⁰² deve ser expressamente prevista em contrato: “Geralmente, a rota mais segura exige a inclusão dessa cláusula [de vencimento antecipado] para sua utilização em caso de violação da promessa de pagamento ou de qualquer previsão relacionada ao contrato de garantia”³⁰³.

Para F. Anthony Mooney, no entanto, trata-se de direito implícito do credor. Para ele, “o direito de recuperar e vender a garantia implica implicitamente o vencimento

³⁰¹ MOONEY, F. Anthony. Non-judicial repossession, cit., p. 439-440. Tradução livre de: “Where the parties have specifically included in the contract what constitutes a default for purposes of repossession, there should be some limitation with respect to the degree of default justifying actual repossession. In this connection it has been suggested that the obligation of good faith set forth in Section 1-203 of the Code might be used to test the secured party's motives in utilizing non-judicial repossession. In assessing good faith and in evaluating the necessity for invoking non-judicial repossession in a given instance, the basic purpose for the remedy should be kept clearly in mind. The remedy is intended for use by a seller who reasonably deems his security to be threatened. In view of this underlying purpose it would seem that a slight or mere technical violation of even a specific default condition of a contract should not give rise to the right of repossession unless, concomitantly, the circumstances would lead the seller reasonably to conclude that his security was threatened. For example, a common provision in form conditional sales contracts declares that the buyer shall be in default if he removes the collateral from the state without the written permission of the secured party. Technically the buyer would be in default if, for example, the collateral were an automobile and the buyer drove into another state on his vacation. Permitting the secured party to repossess the vehicle on the basis of such a default would be manifestly absurd, for even assuming that the debtor remained in another state without such written consent, so long as he continued to make timely payments on his obligations the secured party could hardly conclude that his security was threatened”.

³⁰² Aqui traduzida da expressão “*acceleration clause*”.

³⁰³ HOGAN, William E. The secured party and default proceedings under the UCC, cit., p. 210. Tradução livre de: “Usually the safest route calls for the inclusion of such a clause [acceleration] and for its enforcement when the debtor breaches either his promise to pay or any related promise in the security agreement”.

antecipado do saldo devedor do contrato e, para todos os efeitos práticos, a transação entre vendedor e comprador é sumariamente encerrada”³⁰⁴.

Contudo, William E. Hogan ressalva que, até a efetiva recuperação extrajudicial, deve ser dado ao devedor o direito de purga da mora. Pondera que, “como o objetivo básico de qualquer tipo de garantia é assegurar o pagamento da dívida, o Código não limita a um período determinado o poder do devedor de pagar a dívida e resgatar a garantia [...]”³⁰⁵.

Em sendo o caso de recuperação por autotutela, o credor deve fazê-lo sem “quebra da paz”. Mas tal conceito (“quebra da paz”) não é assente na doutrina e na jurisprudência. Ryan McRobert anota que “algumas jurisdições adotaram um teste de ponderação aplicável a todos os casos de ‘violação da paz’ [...]”³⁰⁶. Por essa técnica, a violação da paz é aferida por meio de ponderação de cinco fatores: “1) onde a reintegração de posse ocorreu; 2) o consentimento expresso ou presumível do devedor; 3) as reações de terceiros; 4) o tipo de instalação envolvida; e 5) uso de fraude pelos credores”³⁰⁷. A maioria das cortes, no entanto, não adota esse – assim chamado pelo autor – “teste de equilíbrio”. As cortes, em geral, extraem “quebra da paz” das peculiaridades do caso concreto. Observa o autor que

A grande maioria das jurisdições não emprega um teste formal de equilíbrio para aferir a quebra da paz. Em vez disso, eles se debruçam sobre as peculiaridades de cada caso [...] Os tribunais que usam um modelo baseado em fatos analisam cada caso individualmente, criando novos modelos e regras com base em fatos específicos de cada caso, que não fornecem uma orientação adequada para a determinação futura da violação da paz³⁰⁸.

Não obstante, é possível extrair dessa casuística algumas linhas gerais acerca do requisito “não ocorrência de quebra da paz”.

³⁰⁴ MOONEY, F. Anthony. Non-judicial repossession, cit., p. 438-439. Tradução livre de: “the right to repossess and sell the collateral implicitly allows an acceleration of the balance due on the contract, and for all practical purposes the transaction between seller and buyer is summarily terminated”.

³⁰⁵ HOGAN, William E. The secured party and default proceedings under the UCC, cit., p. 237. Tradução livre de: “Since the basic purpose of any kind of security device is to assure payment of the debt, the Code does not limit to any set period the debtor’s power to pay the debt and ransom the collateral [...]”.

³⁰⁶ MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions, cit., p. 578. Tradução livre de: “A few jurisdictions adopted a balancing test applicable to all ‘breach of the peace’ cases [...]”.

³⁰⁷ MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions, cit., p. 579. Tradução livre de: “1) where the repossession took place; 2) the debtor’s express or constructive consent; 3) the reactions of third parties; 4) the type of premises entered; and 5) the creditors’ use of deception”.

³⁰⁸ Tradução livre de: “The large majority of jurisdictions do not employ a formal balancing test for breach of the peace. Instead, they engage in fact-specific inquiries for each case. [...] courts using a fact-based model analyze each case individually, creating new factors and rules based on facts specific to each case, which fails to give adequate guidance for future determination of breach of the peace”.

Há consenso de que a violência contra o devedor é considerada “quebra da paz”. Ryan McRobert ressalta que “em nenhum caso se concluiu que um ato de violência não tenha sido uma quebra da paz no contexto da recuperação por autotutela”³⁰⁹.

A essa “violência”, por sua vez, equipara-se o uso de artifícios fraudulentos. Observa F. Anthony Mooney:

Alega-se que as decisões baseadas apenas na violência real ou na ameaça de violência não fornecem diretrizes equitativas na área de reintegração de posse não judicial. Casos envolvendo violação da paz que ratificam técnicas questionáveis, como o uso de chaves mestras para entrar em instalações particulares, fiação em torno de ignições, incursões noturnas em propriedades particulares, incursões no quintal do devedor e danos à própria garantia parecem claramente estar além da atividade pacífica [...] ³¹⁰.

Entre tais artifícios a jurisprudência não inclui “alterações mecânicas do objeto”. Ressalva F. Anthony Mooney:

Pelas definições de quebra da paz que tomam por base o critério da violência, algumas jurisdições também permitem pontual alteração mecânica do objeto garantido, pelos recuperadores. A esse respeito, sustentou-se que não há quebra da paz no uso da técnica conhecida como “ligação direta”, empregada em veículos para os quais não existam chaves disponíveis, para efetuar uma reintegração de posse. O uso de arame para destrancar uma porta de carro foi considerado uma técnica de reintegração de posse permitida em um caso, e o desaparafusamento e remoção de um pequeno painel da lateral de um caminhão para destravar a porta foi considerado “inteiramente pacífico”. Pequenos danos às garantias no decurso da reintegração de posse também foram rejeitados como argumento para a quebra da paz ³¹¹.

³⁰⁹ MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions, cit., p. 582. Tradução livre de: “No reported case has held that an act of violence was not a breach of the peace in the context of self-help repossession”.

³¹⁰ MOONEY, F. Anthony. Non-judicial judicial repossession, cit., p. 445. Tradução livre de: “[...] “It is submitted that the decisions concerned only with actual violence or the threat of violence fail to provide equitable guidelines in the non-judicial repossession area. Cases involving breach of the peace which sanction such questionable techniques as the use of master keys to enter private premises, wiring around ignitions, nocturnal sorties onto private property, incursions into the debtor's yard and damage to the collateral itself seem clearly to be beyond peaceable activity [...]”.

³¹¹ MOONEY, F. Anthony. Non-judicial repossession, cit., p. 443-444. Tradução livre de: “Under violence-oriented definitions of breach of the peace, some jurisdictions have also permitted a certain amount of mechanical alteration of the collateral by repossessors. In this connection it has been held that use of the technique known as ‘wiring around the ignition’ employed in starting vehicles for which no keys are available does not constitute a breach of the peace when used in order to effect a repossession. Use of a coathanger to unlock a car door was found to be a permissible repossession technique in one case, and the unscrewing and removal of a small panel from the side of a truck in order to unlock the door was held to be ‘entirely peaceable.’ Minor damage to the collateral in the course of repossession also has been rejected as grounds for claiming an unlawful repossession”.

Mas doutrina e jurisprudência consideram “quebra da paz” não somente a violência e sim todo ato *tendente à violência*. Como observa Aaron Loterstein, “a questão essencial que muitas vezes subjaz às decisões dos tribunais em relação à violação da paz é se a reintegração de posse criou um risco irracional de violência [...]”³¹².

Na jurisprudência, *vide Nichols versus Metropolitan Bank (Minnesota Court of Appeals – 1989)*:

A natureza condicional do instrumento de autotutela dada ao garantido na dicção da Seção 336.9-503 indica que o garantido deve assegurar que não haja risco de danos ao devedor e a outros, se optar por recuperar a garantia por autotutela. O dever de recuperar a propriedade de maneira pacífica é especificamente imposto a uma “parte garantida” pelo Código Comercial Uniforme e visa a proteger os devedores e outras pessoas afetadas pelas atividades de recuperação³¹³.

Por tender à violência, a objeção verbal leva à “quebra da paz”. Relata Ryan McRobert que

Os tribunais estão divididos em relação ao efeito legal de objeções verbais de um devedor à recuperação de autoajuda. Alguns tribunais sustentaram que a objeção verbal de um devedor, por menor que seja, torna qualquer apreensão uma violação da paz. Outros tribunais exigem um nível de protesto um pouco mais alto, exigindo um “protesto oral inequívoco” ou “reintegração de posse em face da objeção do devedor”³¹⁴.

Confira-se o quanto decidido em *Census Federal Credit Union versus Wann (Court of Appeals of Indiana, First District – 1980)*:

³¹² LOTERSTEIN, Aaron. Law-enforcement officers and self-help repossession: a State action approach. *Michigan Law Review*, Ann Arbor: University of Michigan Law School, v. 11, 2013. p. 1361. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss7/4>. Acesso em: 17 out. 2020. Tradução livre de: “the essential question that often underlies courts’ decisions regarding breach of the peace in this context is whether the repossession created an unreasonable risk of violence [...]”.

³¹³ NICHOLS V. METROPOLITAN BANK. Minnesota Court of Appeals (19 Apr, 1989). *Casemine*. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/59148ac3add7b049345176c3>. Acesso em: 12 dez. 2020. Tradução livre de: “The conditional nature of the secured party’s self-help remedies and the language of section 336.9-503 indicate that a secured party must ensure there is no risk of harm to the debtor and others if the secured party chooses to repossess collateral by self-help methods. The duty to repossess property in a peaceable manner is specifically imposed on a ‘secured party’ by the uniform commercial code and is intended to protect debtors and other persons affected by repossession activities”.

³¹⁴ MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions, *cit.*, p. 574. Tradução livre de: “Courts are divided regarding the legal effect of a debtor’s verbal objections to self-help repossession. Some courts have held that a debtor’s verbal objection, however minor, makes any seizure a breach of the peace. Other courts require a somewhat higher level of protest, requiring an ‘unequivocal oral protest’ or ‘repossession in the face of the debtor’s objection’”.

A parte garantida não pode, no processo de reintegração de posse, invadir ou entrar em residências ou outros edifícios ou espaços fechados, ou cometer qualquer crime contra a parte inadimplente, perturbar a paz ou cometer qualquer violação da paz. [...] Não é necessário consentimento à reintegração de posse pela parte inadimplente. A parte garantida pode, em reintegração de posse sem processo judicial sob o Código Ind. 26-1-9-503, retirar um bem de uma rua, estacionamento ou espaço não fechado. No entanto, mesmo na tentativa de reintegração de posse de um bem em uma rua, estacionamento ou espaço fechado, se a reintegração de posse for contestada verbalmente [...] pela parte inadimplente ou outra pessoa em controle da propriedade, a parte garantida deve desistir e buscar seu recurso no tribunal. [...] ³¹⁵.

É considerado, igualmente, “quebra da paz” – no caso, por violação ao direito de não ter o domicílio violado – o ingresso do devedor na residência do credor. Anota Ryan McRobert que

Regra geral, o credor não pode entrar na casa do devedor sem permissão. Nas jurisdições que enfrentam essa questão, os tribunais concordam que o lar é sagrado e que uma violação da paz ocorre sempre que alguém entra sem permissão. Isso é consistente com a posição geral da lei americana de que a casa é um espaço por autotutela ocorra sem violência, o que levou os tribunais a concluir que a invasão do lar do devedor constitui automaticamente uma violação da paz ³¹⁶.

No entanto, normalmente não se considera “quebra da paz” o ingresso em quintal ou garagem:

À medida que o credor se retira do interior da residência do devedor e entra na garagem, quintal ou rua, a possibilidade de o devedor alegar violação da paz se torna mais difícil. Nenhuma decisão concluiu que a simples invasão de propriedade do devedor [mas] sem entrar na casa constitui uma violação da paz. Em vez disso, os tribunais sustentaram que essas ofensas são uma parte necessária das reintegrações legais da posse ³¹⁷.

³¹⁵ CENSUS FEDERAL CREDIT UNION V. WANN. Court of Appeals of Indiana, First District (15 Apr, 1980). *Casemine*. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/591492b5add7b0493459d2b1>. Acesso em: 12 dez. 2020. Tradução livre de: “The secured party may not in the process of repossession break into or enter into homes or other buildings or enclosed spaces, or commit any crime against the defaulting party, or disturb the peace, or otherwise commit any breach of the peace. [...] Consent for the repossession of the chattel by the defaulting party is not necessary. The secured party may, in repossession without judicial process under Ind. Code 26-1-9-503, take a chattel off a street, parking lot or unenclosed space. However, even in the attempted repossession of a chattel off a street, parking lot or unenclosed space, if the repossession is verbally or otherwise contested [...] by the defaulting party or other person in control of the chattel, the secured party must desist and pursue his remedy in court [...]”.

³¹⁶ MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions, cit., p. 582-583. Tradução livre de: “Generally, the creditor may not enter the debtor’s home without permission. In jurisdictions that have addressed this issue directly, courts agree that the home is sacred and a breach of the peace occurs anytime someone enters without permission. This is consistent with the general stance in American law that the home is a protected space, from which the homeowner is generally entitled to exclude third parties. This tradition, coupled with the desire that self-help repossession occur without violence, has led courts to conclude that trespass inside the debtor’s home automatically constitutes a breach of the peace”.

³¹⁷ MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions, cit., p. 583. Tradução livre de: “As the creditor retreats from the residence of the debtor and into the driveway, yard, or street,

Da mesma forma, admite-se a recuperação extrajudicial ocorrida em via pública.

Aponta F. Anthony Mooney:

Com base nas definições de violação da paz que exigem violência ou ameaça de violência, os tribunais geralmente ratificam a reintegração de posse ocorrida na ausência do devedor, quando a garantia não é retirada de dentro da casa do devedor. As recuperações de automóveis são normalmente realizadas dessa maneira, e usualmente se afirma que a recuperação de um automóvel estacionado em uma rua pública não é uma violação da paz. [...] ³¹⁸.

Tampouco se considera quebra da paz o ingresso “em propriedade” – aqui entendida a parte do imóvel que não constitua a “residência” do devedor ³¹⁹. Tal ingresso (em “propriedade”, não em “residência”) só é considerado “quebra da paz” quando traz perigo aos moradores. Conforme narra Ryan McRobert,

Os tribunais que avaliam no caso a caso se há quebra da paz na violação de propriedade, pelo credor, durante a recuperação por autotutela, consideram muitos fatores, incluindo: (1) proximidade com a família do devedor (por exemplo, se o credor invadiu o interior ou exterior da casa, no quintal ou na garagem) e (2) esforços do devedor para proteger a propriedade recuperada (por exemplo, portas fechadas, fechaduras e placas) ³²⁰.

Não há consenso, por outro lado, quanto ao ingresso em propriedade com desrespeito a medidas de contenção, tais como placas ou fechaduras:

No entanto, os casos não são conclusivos quando o credor não invade a propriedade do devedor, mas desconsidera medidas expressas adotadas pelo devedor para proteger sua propriedade. Os tribunais geralmente sustentam que um credor que quebra uma trava ou corrente para entrar na propriedade de um devedor é culpado de violar a paz. No entanto, uma corrente de Nova York sustenta que uma violação da paz não ocorre quando um credor entra por uma porta trancada usando uma chave obtida sem autorização ou cortando fechaduras. Embora exista pouca jurisprudência considerando o desrespeito, pelo credor, do sinal de “Não

the debtor’s ability to claim an automatic breach of the peace becomes more difficult. No reported decision has held that mere trespass onto the debtor’s property without entering the home constitutes a breach of the peace. Instead, courts have held that such trespasses are a necessary part of lawful repossessions”.

³¹⁸ MOONEY, F. Anthony. Non-judicial repossession, cit., p. 443. Tradução livre de: “Under definitions of breach of the peace requiring violence or the threat of violence, courts have generally sanctioned repossession in the absence of the debtor when the collateral was not taken from within the debtor’s home. Automobile repossessions are most frequently accomplished in this manner, and it has often been held that the repossession of an automobile parked on a public street is not a breach of the peace”.

³¹⁹ Diferenciação feita, pelo direito norte-americano, entre “*property*” e “*home*”.

³²⁰ MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions, cit., p. 582. Tradução livre de: “Courts assessing whether a creditor’s trespass during self-help repossession constituted a breach of the peace consider many factors, including: (1) proximity to the debtor’s household (e.g., whether the creditor trespassed inside or outside the home, in the yard, or driveway), and (2) efforts by the debtor to protect the repossessed property (e.g., closed doors, locks, and signs)”.

invasão”, de um devedor, um caso sustentou que tal ação não constitui em si mesma uma violação da paz³²¹.

Tampouco há consenso sobre se há ou não quebra da paz quando existe causação de distúrbios não ao devedor mas a terceiros. Ryan McRobert observa que algumas cortes

parecem aderir ao princípio de que a quebra da paz ocorre apenas das interações havidas entre devedor e credor, no momento da reintegração de posse, como violência, confronto verbal ou invasão. Danos ou ameaças a terceiros imediatamente após a reintegração de posse não dão origem a uma violação da paz³²².

E transcreve caso curioso a esse respeito:

O caso de 2008 de *Chapa v. Tracier & Associates* fornece um dos exemplos mais estranhos da recusa de um tribunal em reconhecer danos a terceiros como uma violação da paz. Um reintegrador, contratado pelo garantido e agindo como um agente do credor, retomou um veículo de uma rua pública quando o motorista estava ausente. O reintegrador não sabia que, no banco de trás do carro, estavam os dois filhos pequenos do devedor. Passado pouco tempo, o agente percebeu que as crianças estavam no veículo, deu meia-volta e devolveu as crianças e o veículo à mãe (Maria). O tribunal sustentou que não houve violação da paz porque não houve objeção “durante, próximo ou incidentalmente à apreensão”. Qualquer dano que tenha ocorrido depois da reintegração de posse não foi considerado, pois o tribunal se concentrou apenas na natureza da conduta do reintegrante. O tribunal chegou a essa decisão apesar dos danos causados às crianças, Maria e seu irmão, que não eram devedores, mas estavam presentes e foram diagnosticados com transtorno de estresse pós-traumático como resultado do incidente³²³.

³²¹ MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions, cit., p. 583. Tradução livre de: “However, the cases are inconsistent when the creditor does not trespass into the debtor’s home but does disregard express measures taken by the debtor to protect his property. Courts generally hold that a creditor who breaks a lock or chain to enter the property of a debtor is guilty of breaching the peace. However, a line of cases from New York hold that a breach of the peace does not occur when a creditor enters through a locked door by using a key obtained without authorization or by cutting locks. Though there is little case law considering a creditor’s disregard of a debtor’s ‘No Trespassing’ sign, one reported case on point held that such action does not itself constitute a breach of the peace”.

³²² MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions, cit., p. 586. Tradução livre de: “seem to adhere to the principle that a breach of the peace can arise solely from interactions between the debtor and creditor at the time of the repossession, such as violence, verbal confrontation, or trespass. Harm or threatened harm to third parties immediately following the repossession does not give rise to a breach of the peace”.

³²³ MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions, cit., p. 585. Tradução livre de: “The 2008 case of *Chapa v. Tracier & Associates* provides one of the most outlandish examples of a court’s refusal to recognize harm to third parties as a breach of the peace. A repossession agent, hired by the secured creditor and acting as an agent of the creditor, repossessed a vehicle from a public street when the driver was absent. The repossession agent was unaware that in the backseat of the car were the debtor’s two young children. Within a very short period of time, the agent realized the children were in the vehicle, turned around, and returned the children and the vehicle to the mother (Maria). The court held that there was no breach of the peace because there was no objection ‘at, near, or incident to the seizure of property.’ Any harm done after the repossession had taken place was not considered, as the court only focused on the nature of conduct of the repossessioner’s conduct. The court reached this decision despite the harm done to the children, Maria, and Maria’s brother, who was not the debtor but was present and was diagnosed with post-traumatic stress disorder as a result of the incident”.

Por fim, embora não se admita o uso de forças oficiais durante a recuperação extrajudicial – decorrência lógica da proibição contida na 14ª Emenda –, a mera “presença” de agentes do Estado – sem emprego de auxílio efetivo – é questão não pacificada. Como observa Ryan McRobert,

O comentário 3 à Seção 9-609 do UCC indica que o uso das forças oficiais para efetuar uma reintegração de posse por autotutela constitui uma violação da paz. No entanto, os comentários do UCC não são vinculativos, sendo usados como auxílio na interpretação da legislação. Na interpretação e aplicação da Seção 9-609, os tribunais variam quanto ao peso que atribuem à proibição aposta no comentário 3, de usar agentes oficiais na reintegração de posse por autotutela³²⁴.

No mesmo sentido, doutrina de Aaron Loterstein:

O fato de a Seção 9-609 “não autorizar” o uso de um agente oficial não significa que a legislação o proíba expressamente. Além disso, a referência do Comentário à “assistência” dos policiais pode apenas pretender proibi-los de facilitar ativamente a reintegração de posse, em vez de passivamente manter a paz³²⁵.

Na jurisprudência, as cortes divergem. Segundo a análise de Ryan McRobert,

Em contraste com regra cristalina à participação de forças oficiais, os tribunais variam, na análise do que constitui quebra da paz, quanto à mera presença de agentes da lei. O Tribunal de Apelações do Arizona sustentou em *Walker v. Walthall* que a mera presença de um vice-xerife uniformizado no local da reintegração de posse constituía uma quebra da paz. O Tribunal de Apelações dos EUA para o Sexto Circuito, aplicando a lei de Michigan, adotou um padrão semelhante em *Estados Unidos versus Coleman*, mas se recusou a estendê-lo à mera vigilância realizada pelos oficiais. Em *Coleman*, o policial permaneceu na esquina do local da reintegração de posse e fora da vista. O Sexto Circuito concordou com a lógica do caso *Walker* [...]. O Nono Circuito, no entanto, discordou do caso *Walker*, constatando que “a mera aquiescência da polícia em ‘aguardar em caso de problemas’ era permitida durante a reintegração de posse”³²⁶.

³²⁴ MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions, cit., p. 580. Tradução livre de: “Comment 3 to UCC section 9-609 indicates that the use of law enforcement to effect a self-help repossession constitutes a breach of the peace. However, the UCC comments are not binding, but are used as an aid in statutory interpretation. In their interpretation and application of section 9-609, courts vary as to the weight they give to Comment 3’s prohibition against using law enforcement in self-help repossession”.

³²⁵ LOTERSTEIN, Aaron. Law-enforcement officers and self-help repossession, cit., p. 1364. Tradução livre de: “The fact that section 9-609 ‘does not authorize’ the use of a law-enforcement officer is not to say that the statute expressly forbids it. In addition, the Comment’s reference to the ‘assistance’ of law-enforcement officers may only intend to prohibit law enforcement officers from actively facilitating repossession, rather than standing by to keep the peace”.

³²⁶ MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions, cit., p. 580. Tradução livre de: “In contrast to the bright-line rule regarding officer participation, courts vary regarding whether the mere presence of law enforcement personnel constitutes a breach of the peace. The Arizona Court of Appeals held in *Walker v. Walthall* that the mere presence of a uniformed deputy sheriff at the site of repossession constituted a breach of the peace. The U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, applying

Mesmo quando admitida, porém, a recuperação extrajudicial não é imune a críticas. Como ressalva F. Anthony Mooney,

a maioria das reintegrações de posse envolve compradores de baixa renda, que geralmente não têm discernimento para diferenciar abusos não permitidos nem os recursos para buscar reparação caso ocorram tais abusos. Por conseguinte, tão poucas reintegrações de posse são contestadas que as decisões existentes nos tribunais de apelação provavelmente não fornecem um reflexo verdadeiro da reintegração de posse não judicial tal como se dá no dia a dia [...] ³²⁷.

Por essa razão, a fim de coibir abusos, assentou-se que as reintegrações por autotutela devem respeitar o FDCPA (*Fair Debt Collection Practices Act* ³²⁸). A esse respeito, Cătălin Gabriel Stănescu adverte que,

uma vez que o Artigo 9 não distingue entre pessoas físicas e jurídicas, no caso de uma tentativa de reintegração de posse contra uma pessoa física nos termos do Artigo 9 do UCC, o repossessor também pode ser responsabilizado pela FDCPA, caso suas ações configurem alguma das práticas abusivas proibidas pela norma. No que diz respeito à origem da dívida, apenas as decorrentes de obrigações tributárias parecem estar fora da cobertura da FDCPA ³²⁹.

Michigan law, adopted a similar standard in *United States v. Coleman*, but declined to extend it to mere officer surveillance. In *Coleman*, the police officer remained around the corner from the location of the repossession and out of sight. The Sixth Circuit agreed with the logic and ruling of the Walker court [...]. The Ninth Circuit, however, disagreed with the Walker court, finding that ‘mere acquiescence by the police to ‘stand by in case of trouble’ was permitted during repossession”.

³²⁷ MOONEY, F. Anthony. *Non-judicial repossession*, cit., p. 445. Tradução livre de: “most repossessions involve low-income buyers who generally lack both the sophistication to discern actionable abuses and the resources to seek redress in the event such abuses take place. Accordingly, so few repossessions are contested that existing appellate court decisions probably do not provide a true reflection of non-judicial repossession as it is practiced on a day-to-day basis [...]”.

³²⁸ Para consulta, citam-se trechos importantes: “It is the purpose of this subchapter to eliminate abusive debt collection practices by debt collectors, to insure that those debt collectors who refrain from using abusive debt collection practices are not competitively disadvantaged, and to promote consistent State action to protect consumers against debt collection abuses.

15 U.S. Code § 1.692d. Harassment or abuse

A debt collector may not engage in any conduct the natural consequence of which is to harass, oppress, or abuse any person in connection with the collection of a debt. Without limiting the general application of the foregoing, the following conduct is a violation of this section:

(1) The use or threat of use of violence or other criminal means to harm the physical person, reputation, or property of any person.

(2) The use of obscene or profane language or language the natural consequence of which is to abuse the hearer or reader.

15 U.S. Code § 1.692f. Unfair practices

A debt collector may not use unfair or unconscionable means to collect or attempt to collect any debt. Without limiting the general application of the foregoing, the following conduct is a violation of this section:

(6) Taking or threatening to take any nonjudicial action to effect dispossession or disablement of property if (A) there is no present right to possession of the property claimed as collateral through an enforceable security interest;

(B) there is no present intention to take possession of the property; or

(C) the property is exempt by law from such dispossession or disablement”.

³²⁹ STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., p. 218-219. Tradução livre de: “since Article 9 does not distinguish between legal and natural persons, in the

Como esclarece o autor,

o FDCPA federal declarou três propósitos principais: (1) eliminar práticas abusivas de cobrança de dívidas, (2) garantir que os agentes de cobrança que cumprem a lei não sejam prejudicados pela concorrência e (3) promover ações estatais consistentes na proteção de consumidores contra abusos. Portanto, a FDCPA abrange uma série de práticas de cobrança de dívidas consideradas antiéticas, como comunicações excessivas e irracionais, assédio do devedor, declarações falsas ou enganosas, outras práticas desleais com resultados semelhantes, a maioria adotada também pelas mini-FDCPAs. Qualquer uma das práticas mencionadas (ou outras que causem efeito semelhante) seria suficiente para estabelecer a responsabilidade [...] ³³⁰.

No que toca à cobrança de dívidas, o FDCPA

proíbe os cobradores de dívidas de se envolverem, durante a cobrança de dívidas, em qualquer conduta que possa causar assédio, opressão ou abuso a qualquer pessoa. Por “qualquer pessoa”, a lei pretendia cobrir a família, vizinhos, amigos e empregador do devedor. As práticas proibidas incluem ameaças de violência ou ferimento à pessoa física, sua propriedade ou reputação; uso de linguagem obscena ou profana; publicação de “listas da vergonha” de devedores inadimplentes; anunciar a venda de qualquer dívida na tentativa de cobrá-la; fazer chamadas telefônicas repetidas e contínuas intencionais com a intenção de assediar, abusar ou incomodar uma pessoa; ou sem divulgação da identidade do chamador, conforme previsto na lei ³³¹.

Feitas tais considerações, conclui-se que, não obstante adote medidas de proteção ao consumidor, o sistema estadunidense, assim como os que nele se inspiram, não são compatíveis com o brasileiro, na medida em que desnaturam a posse tal como concebe a *civil law*.

case a repossession were attempted against a natural person under UCC Article 9, the reposessor might face liability under FDCPA as well, in the case his actions amount to any of the abusive practices banned by the act. With respect to the origin of the debt, solely those arising from tax obligations seem to fall outside the coverage of the FDCPA”.

³³⁰ STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., p. 219. Tradução livre de: “The federal FDCPA declared three main purposes: (1) to eliminate abusive debt collection practices, (2) to ensure that those collectors abiding by the law are not going to be disadvantaged by their competition and (3) to promote consistent state action in protecting consumers against abuses. Therefore, the FDCPA covers a series of debt collection practices deemed to be unethical, such as excessive and unreasonable communications, debtor’s harassment, false or misleading misrepresentations, other unfair practices⁴⁸ with similar results, most of them adopted by the mini-FDCPAs as well. Any of the mentioned practices (or others causing similar effect) would suffice in establishing liability [...]”.

³³¹ STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., p. 247. Tradução livre de: “prohibits debt collectors from engaging in any conduct that could cause harassment, oppression or abuse to any person in connection with the collection of the debt. By ‘any person,’ the law intended to cover the debtor’s family, neighbors, friends and employer. Prohibited practices include threats of violence or injury to the physical person, his property or reputation; use of obscene or profane language; publication of ‘shame lists’ of delinquent debtors; advertising sale of any debt in the attempt of collecting that debt; placing intentional repeated and continuous telephone calls with the intent to harass, abuse or annoy a person; or without meaningful disclosure of the caller’s identity as provided by the law”.

A posse, na *civil law*, pressupõe o poder de protegê-la, inclusive contra o proprietário. Por tal razão, não se pode retirar, do possuidor, o direito aos interditos possessórios. Como ressalta Lafayette Pereira, “o direito de invocar os interdictos é um efeito que resulta da *posse* desde que ella se constitue [...] independentemente das qualidades que ella póde revestir, de justa ou injusta, de boa ou de má fé”³³². Ou seja, “a proteção dos interdictos constitui, pois, o carácter geral da *posse* no sentido jurídico”³³³.

Com essa ressalva, passa-se a analisar outros sistemas, muitos dos quais baseados no norte-americano.

4.1.2 Canadá

Como anota Hugh Beale, “os PPSAs [*Personal Property Security Acts*] canadenses seguem bem de perto a versão original do Artigo 9”³³⁴. A opinião é compartilhada por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, para quem “mesmo o Quebec, um estado de *civil law*, ao adoptar um novo Código civil, instituiu um regime de garantias baseado no Art. 9 UCC (Livro 6, Título 3)”³³⁵.

De fato, as províncias e territórios canadenses conferem autoexecutoriedade às garantias, como ocorre com o Artigo 9 do UCC. Quer parecer um exagero, porém, a afirmação de que “todas as jurisdições canadenses, incluindo a província de Québec, alcançaram perfeita uniformidade nos últimos anos [...]”³³⁶. Deve também ser tomada com alguma cautela a tese de que “todos os PPSAs canadenses permitem que o credor faça valer seus interesses por meio da própria garantia e com os rendimentos gerados por negócios relacionados à garantia [...]”³³⁷.

³³² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*, cit., p. 29.

³³³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*, cit., p. 29.

³³⁴ BEALE, Hugh. An outline of a typical PPSA scheme. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured transactions law reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 1706 da versão digital. Tradução livre de: “The Canadian PPSAs follow fairly closely the original version of Article 9”.

³³⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina. 2016. p. 55.

³³⁶ BEALE, Hugh. An outline of a typical PPSA scheme, cit., p. 3010. Tradução livre de: “all the Canadian jurisdictions, including the civil law province of Québec, have achieved perfect uniformity in recent years in reforming the legal framework governing the holding, transfer and grant of security in investment securities [...]”.

³³⁷ DUGGAN, Anthony. Current issues in secured transactions law in Canada: an Ontario perspective. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured transactions law reform: principles, policies and practice*.

De modo geral, a legislação das províncias e territórios segue o que dispõe o Uniform Personal Property Security Act. A norma prevê, como regra, que, em ocorrendo mora, o credor pode executar o contrato na forma nele prevista, incluindo a autotutela recuperatória³³⁸, desde que não se afigure algo sem razoabilidade³³⁹. A jurisdição tem papel predominante de aconselhar, além de operar correções pontuais³⁴⁰, não impedindo que as partes ponham em prática as garantias autoexecutáveis³⁴¹.

Desde que as partes hajam assim convencionado, o credor, notificando os devedores³⁴², tem direito de tomar a garantia³⁴³, alienando-a em seguida e procedendo à distribuição do produto³⁴⁴. Essa alienação pode se dar em venda pública ou privada,

Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 4587 da versão digital. Tradução livre de: “all the Canadian PPSAs permit a secured party to enforce its security interest against both the original collateral and proceeds that have been generated by a dealing in the collateral [...]”.

³³⁸ “Rights and remedies of secured party

55(1) Where the debtor is in default under a security agreement, the secured party has, in addition to any other rights and remedies,

- (a) subject to subsections (3) and (4), the rights and remedies provided in the security agreement;
- (b) the rights and remedies provided in this Part; and
- (c) when in possession of the collateral, the rights, remedies and duties provided in section 16”.

³³⁹ Tradução livre de: “Waiver and variation prohibited

(3) Subject to subsection (4), the parties to a security agreement may determine the standards by which the rights of the debtor and the duties of the secured party are to be measured, so long as those standards are not manifestly unreasonable having regard to the nature of the rights and duties [...]”.

³⁴⁰ 53 “Application to court

(2) Upon application of the secured party, the debtor or any interested person, and after notice to any other person that the Court directs, the Court may

- (a) appoint a receiver or receiver-manager;
- (b) remove, replace or discharge a receiver or receiver-manager whether appointed by the Court of pursuant to a security agreement;
- (c) give directions on any matter relating to the duties of a receiver or receiver-manager;
- (d) approve the accounts and fix the remuneration of receiver or a receiver-manager;
- (e) make any order with respect to a receiver or receiver-manager that it thinks fit in the exercise of its general jurisdiction over receivers or receiver-managers”.

³⁴¹ 53. “(6) A security interest does not merge only because a party has reduced his claim to judgment.”

³⁴² “Collection rights of secured party

56(1) Where so agreed and in any event upon default under a security agreement, a secured party is entitled

- (a) to give notice to any debtor in respect of an account or chattel paper or any obligor in respect of an instrument to make payment to him whether or not the assignor was making collections on the collateral; and
- (b) to take control of any proceeds to which he is entitled under section 25”.

³⁴³ “Secured party’s right to take possession upon default

57 Upon default under a security agreement,

- (a) the secured party has, unless otherwise agreed, the right to take possession of the collateral by any method permitted by law [...]”.

³⁴⁴ “Secured party’s right to dispose of collateral upon default

58(1) Upon default under a security agreement, the secured party may dispose of any of the collateral either before or after any repair, processing or preparation for disposition, and the proceeds of the disposition shall be applied in the following order:

- (a) the reasonable expenses of seizing, holding, repairing, processing, preparing for disposition and disposing of the collateral and any other reasonable expenses incurred by the secured party;

assegurado direito de retenção, durante tempo razoável³⁴⁵, para obtenção de condições comerciais favoráveis³⁴⁶. Deve ser precedida de notificação dos devedores e de eventuais outros credores da garantia, com antecedência de quinze dias, a menos que o bem seja perecível ou que haja fundado receio de desvalorização³⁴⁷.

Havida a alienação, extinguem-se os direitos tanto de credor como de devedor³⁴⁸, que não poderão se voltar contra o comprador de boa-fé³⁴⁹. Se o produto exceder o valor da dívida, as sobras deverão ser repartidas a credores de grau inferior, aos demais interessados na garantia e, por último, ao devedor³⁵⁰.

(b) the satisfaction of the obligation secured by the security interest of the party making the disposition;
(c) the satisfaction of the obligation secured to any subordinate security interest in the collateral if written demand therefor is received by the party making the disposition before the distribution of the proceeds is completed”.

³⁴⁵ “58. [...] Methods of disposition

(3) Collateral maybe be disposed of in whole or in part, and the disposition may be by public sale, private sale, lease or otherwise and, subject to subsection (5), may be made at any time and place and on any terms so long as every aspect of the disposition is commercially reasonable.

Secured party's right to defer disposition of collateral [...]”

³⁴⁶ “58. [...] (4) The secured party may retain the collateral in whole or in part for a period of time that is commercially

Secured party to give notice of disposition of collateral”.

³⁴⁷ “58. [...] 5) Unless the collateral is perishable or the secured party believes on reasonable grounds that the collateral will decline speedily in value, the secured party shall give not less than fifteen days notice in the prescribed form of his intention to dispose of the collateral to

(a) the debtor; and

(b) any other person who has a subordinate security interest in the collateral who has registered a financing statement indexed in the name of the debtor or according to the serial number of the collateral, prior to disposition of the collateral[...]”.

³⁴⁸ “Effect of disposition of collateral

58. [...] (7) Where collateral is disposed of in accordance with this section, the disposition

(a) discharges the security interest of the secured party making the disposition, and

(b) if the disposition is made to a bona fide purchaser for value, also discharges any subordinate security interest and terminates the debtors interest in the collateral”.

³⁴⁹ “58. [...] (8) Where collateral is disposed of by a secured party after default otherwise than in accordance with this section, then,

(a) in the case of a public sale, if the purchaser has no knowledge of any defect in the sale and if he does not purchase in collusion with the secured party, other bidders or the person conducting the sale, or

(b) in any other case, if the purchaser acts in good faith,

the disposition discharges the security interest of the secured party making the disposition and, where the disposition is made to a purchaser for value, discharges also any subordinate security interest and terminates the debtors interest in the collateral.”

³⁵⁰ “Application of surplus

59(1) Where a security agreement secures an indebtedness and the secured party has dealt with the collateral under section 56 or 57 or has disposed of it in accordance with section 58 or otherwise, he shall account for and pay over any surplus in the following order:

(a) to any person who has a subordinate security interest in the collateral who has registered a financing statement indexed in the name of the debtor or according to the serial number of the collateral prior to the distribution of the proceeds;

(b) to any other person who has an interest in the surplus, if that person has delivered a written demand therefor on the secured party prior to distribution of the proceeds;

(c) to the debtor;

Possibilita-se, por fim, que o credor tome a garantia em satisfação da dívida. Nesse caso, porém, o devedor, os demais interessados na garantia e os credores de grau inferior deverão ser notificados³⁵¹ e poderão ofertar objeção³⁵². Além disso, é dado ao devedor ou a qualquer outro interessado o direito de purga da mora, evitando-se a transferência do bem³⁵³.

Tais regras, do Uniform Personal Property Security Act, são as que, de modo geral, guiam as normas de províncias e territórios. Mas ressalva deve ser feita a Québec.

O sistema *Québécois* se estrutura de outra maneira. O Código Civil de Québec trata as garantias como “hipotecas”, enfatizando consistirem em direito real que confere ao credor direito de sequela. Em caso de mora, é dado ao credor que tome a coisa, para que posteriormente a venda ou a aproprie em pagamento, mas desde que respeitando as regras previstas na lei civil³⁵⁴.

Tal hipoteca pode recair sobre móveis e imóveis, com transferência ou não da posse; em havendo transferência do bem móvel, pode ser chamada de “penhor”³⁵⁵.

and upon payment being made as aforesaid the secured party shall be relieved from liability in respect of the sums so paid”.

³⁵¹ “60(1) After default, the secured party in possession of the collateral may propose to retain the collateral in satisfaction of the obligation secured, and shall serve a notice of the proposal on
(a) the debtor or any other person who is known by the secured party to be an owner of the collateral;
(b) a person who has a security interest in the collateral
(i) whose interest is subordinate to that of the secured party, and
(ii) who has registered a financing statement that is indexed in the name of the debtor or according to the serial number of the collateral; and
(c) any other person with an interest in the collateral who has delivered a written notice of his interest in the collateral to the secured party prior to the date that notice is served on the debtor [...]”.

³⁵² “Objection
60. [...] (2) If any person who is entitled to notice under subsection (1), and whose interest in the collateral would be adversely affected by the secured party’s proposal, delivers to the secured party a written objection within fifteen days after service of the notice, the secured party shall dispose of the collateral in accordance with section 58 [...]”.

³⁵³ “61(1) At any time before the secured party has disposed of the collateral or contracted to dispose of the collateral under section 58, or before the secured party is deemed to have irrevocably elected to retain the collateral in satisfaction of the obligation under section 60, the debtor, or any person other than the debtor who is the owner of the collateral, or any secured party other than the secured party in possession, may, unless he has otherwise agreed in writing after default,
(a) redeem the collateral by tendering fulfilment of all obligations secured by the collateral [...]”.

³⁵⁴ “Art. 2.660. A hypothec is a real right on movable or immovable property made liable for the performance of an obligation. It confers on the creditor the right to follow the property into whatever hands it may come, to take possession of it, to take it in payment, to sell it or to cause it to be sold and thus to have a preference upon the proceeds of the sale, according to the rank as determined in this Code”.

³⁵⁵ “Art. 2.665. A hypothec is movable or immovable depending on whether it charges movable or immovable property or a universality of movable or immovable property.
A movable hypothec may be created with or without delivery of the movable hypothecated. Where it is created with delivery, it may also be called a pledge.”

Em se tratando do penhor, a garantia nasce com a posse da coisa, desde que consentida³⁵⁶. Essa posse não pode ser perturbada pelo devedor, a menos que ocorra abuso por parte do credor³⁵⁷. Por outro lado, em havendo mora, pode o credor administrar a coisa, vendê-la por alienação privada ou pública ou tomá-la em pagamento da dívida³⁵⁸. Para exercer tais direitos, o credor precisa, antes, proceder a uma notificação³⁵⁹, chamando o devedor para purga da mora³⁶⁰. Passado o prazo da notificação, procede à tomada da coisa, voluntária ou forçada³⁶¹. A apropriação voluntária ocorre extrajudicialmente³⁶². Quando forçada, perante os tribunais³⁶³. Uma vez com a coisa, o credor pode utilizá-la para pagamento da dívida, mas, se metade da obrigação já tiver sido cumprida, deverá obter

³⁵⁶ “Art. 2.702. A movable hypothec with delivery is granted by physical delivery of the property or title to the creditor or, if the property is already in his hands, by his continuing to physically hold it, with the grantor’s consent, to secure his claim.”

³⁵⁷ “Art. 2.702. A movable hypothec with delivery is granted by physical delivery of the property or title to the creditor or, if the property is already in his hands, by his continuing to physically hold it, with the grantor’s consent, to secure his claim.”

³⁵⁸ “Art. 2.748. In addition to their personal right of action and the provisional measures provided in the Code of Civil Procedure (chapter C-25.01), creditors may exercise only the hypothecary rights provided in this chapter for the enforcement and realization of their security.

Thus, where their debtor is in default and their claim is liquid and due, they may exercise the following hypothecary rights: they may take possession of the charged property to administer it, take it in payment of their claim, cause it to be sold under judicial authority or sell it themselves.”

³⁵⁹ “Art. 2.757. A creditor intending to exercise a hypothecary right must file a prior notice at the registry office, together with evidence that it has been served on the debtor and, where applicable, on the grantor and on any other person against whom he intends to exercise his right.

The registration of the notice must be notified in accordance with the Book on Publication of Rights.”

³⁶⁰ “Art. 2.761. A debtor or a person against whom a hypothecary right is exercised, or any other interested person, may defeat exercise of the right by paying the creditor the amount owing to him or by remedying the omission or breach set forth in the prior notice and any subsequent omission or breach, and, in either case, by paying the costs incurred.

This right may be exercised before the property is taken in payment or sold, or, if the right exercised is taking in possession, at any time.”

³⁶¹ “Art. 2.763. Surrender is voluntary or forced.”

³⁶² “Art. 2.764. Surrender is voluntary where, before the period indicated in the prior notice expires, the person against whom the hypothecary right is exercised abandons the property to the creditor in order that the creditor may take possession of it or consents in writing to turn it over to the creditor at an agreed time.

If the hypothecary right exercised is taking in payment, voluntary surrender shall be recorded in an act made by the person surrendering the property and accepted by the creditor.”

³⁶³ “Art. 2.765. Surrender is forced where the court orders it after ascertaining the existence of the claim, the debtor’s default, the refusal to surrender voluntarily and the absence of a valid cause for objection [...].”

prévia autorização judicial³⁶⁴. Pode, em vez disso, vendê-la, inclusive por iniciativa privada³⁶⁵, desde que adotando meios comercialmente razoáveis³⁶⁶.

Feita a ressalva de que o sistema *Québécois* apresenta estrutura diversa do Uniform Personal Property Security Act canadense, calha a síntese de Hugh Beale, segundo o qual, no Canadá, o sistema de garantias

geralmente fornece pelo menos o seguinte:

- quando a garantia é um recebível ou outra forma de pagamento, dado em garantia ao garante, este pode aplicar o dinheiro etc. à satisfação da obrigação garantida, após dedução de despesas razoáveis;
- apossar-se da caução em caso de inadimplência do devedor;
- alienar a garantia de maneira comercialmente razoável, mas somente após notificação, a menos que a garantia esteja sendo alienada em mercado organizado;
- o adquirente adquire a garantia livre de ônus, sem assumir deveres em relação a qualquer credor de nível mais baixo ou ao devedor;
- a parte garantida deve contabilizar e distribuir qualquer excedente;
- a parte que se apossa da garantia para satisfação da dívida, mas apenas se o devedor (ou qualquer outra parte que teria o direito de ser notificado de uma venda) não se opuser; e
- ao devedor (ou a qualquer outra parte que teria direito a ser notificada da venda) é dado remir a dívida a qualquer momento, antes da alienação da garantia³⁶⁷.

³⁶⁴ “Art. 2.778. Where, at the time of registration of the creditor’s prior notice, the debtor has already discharged one-half or more of the obligation secured by the hypothec, the creditor shall obtain authorization from the court before taking the property in payment, unless the person against whom the right is exercised has voluntarily surrendered the property.”

³⁶⁵ “Art. 2.784. A creditor who holds a hypothec on the property of an enterprise and who has filed a prior notice at the registry office indicating his intention to sell the charged property himself may, after obtaining surrender of the property, proceed with the sale by agreement, by a call for tenders or by auction.”

³⁶⁶ “Art. 2.785. The creditor shall sell the property without unnecessary delay, at a commercially reasonable price, and in the best interest of the person against whom the hypothecary right is exercised. If there is more than one property, he may sell them together or separately.”

³⁶⁷ BEALE, Hugh. An outline of a typical PPSA scheme, cit., p. 1905-1910 da versão digital. Tradução livre de: “typically provides for at least the following:

- where the collateral is a receivable or other payment obligation, collection by the secured party, which may apply the money etc to the satisfaction of the secured obligation, after deducting reasonable expenses;
- taking possession of the collateral in the event of the debtor’s default;
- disposal of the collateral in a commercially reasonable manner, and only after notice unless the collateral is being sold in a ready market;
- the buyer of the collateral to take free of the security interest, of any lower-ranked security interests and of any interest of the debtor;
- that the secured party must account for and distribute any surplus;
- the secured party keeping the collateral in full or satisfaction of the debt, but only if the debtor (or any other party who would be entitled to be notified of a sale) does not object; and
- the debtor (or any other party who would be entitled to be notified of a sale) to be able to redeem the collateral at any time before it has been sold”.

Trata-se, de fato, de um sistema que tomou de empréstimo o espírito do Artigo 9 do UCC. No entanto, em sede jurisprudencial, mitiga o pragmatismo dos estadunidenses, dando palco à boa-fé.

No caso *Before the Bridge Senior K-9 Rescue*, julgado em 2019 pela Court of Queen Bench of Manitoba, decidiu-se que a mora deve ser substancial, não se autorizando que a retomada extrajudicial ocorra em todo e qualquer caso, ainda que prevista contratualmente. Cuida a ação de uma

moção buscando a posse provisória de um cachorro chamado Nicolas, pendente de julgamento. Os autores obtiveram Nicolas da ré Before the Bridge Senior K-9 Rescue Inc. (BTB). Posteriormente, Nicolas voltou à posse da BTB. Há uma disputa entre as partes sobre quem tem direito à posse de Nicolas³⁶⁸.

A ré BTB foi fundada por Judy Smith-Hill (“Sra. Smith Hill”) e constitui “uma instituição de caridade registrada cuja missão é ajudar a resgatar e reabilitar cães idosos e encontrar para eles casas permanentes e amorosas”³⁶⁹. Os autores, por sua vez, “são casados e residem em Winnipeg. Desde o início dos anos 2000, eles tiveram um ou mais *dachshunds* como animais de estimação da família”³⁷⁰ e queriam adotar mais um. Por isso procuraram a ré. Contudo, a ré “não possui instalações físicas; em vez disso, conta com uma rede de famílias adotivas para alojar seus cães até a adoção”³⁷¹. Em não tendo instalações físicas, realiza adoções por aplicativo de celular, o qual contém “várias cláusulas que os demandantes aceitaram digitando seus nomes. De importância para esse caso é a [...] ‘cláusula de reintegração de posse’”³⁷², segundo a qual

³⁶⁸ Disponível em: <https://ca.vlex.com>. Acesso em: 13 dez. 2020. Tradução livre de: “motion seeking interim possession of a dog named Nicolas pending trial. The plaintiffs obtained Nicolas from the defendant Before the Bridge Senior K-9 Senior Rescue Inc. (BTB). Subsequently, Nicolas came back into the possession of BTB. There is a dispute between the parties as to who is entitled to possession of Nicolas”.

³⁶⁹ Tradução livre de: “registered charity whose mission is to help rescue and rehabilitate senior dogs and find them permanent, loving homes [...]”.

³⁷⁰ Tradução livre de: “are married and reside in Winnipeg. Since the early 2000s they have had one or more dachshunds as family pets [...]”.

³⁷¹ Tradução livre de: “does not have a physical facility; rather, it relies on a network of foster families to house their dogs pending adoption”.

³⁷² Tradução livre de: “adoption application includes a number of clauses which the plaintiffs acknowledged by typing in their names. Of significance to this case is the following clause which I will refer to as the ‘repossession clause’”.

A Before the Bridge Senior K-9 Rescue se reserva o direito de reaver qualquer cão adotado no caso de o adotante ter motivos para acreditar que o cão está sendo maltratado, alojado em condições inseguras ou potencialmente insalubres, ou se as informações fornecidas neste formulário forem descobertas falsas³⁷³.

Os autores aderiram a essa cláusula e a ré intermediou a adoção de um cão então pertencente a terceira pessoa, chamada Brenda Johnson. Assim é que

a autora Rudiak visitou a casa de Brenda Johnson (Johnson) [e] lá, ela conheceu Nicolas, o cão no centro desse litígio, que Johnson estava anunciando à adoção em nome da BTB. Rudiak levou Nicolas para sua casa naquela noite. Em 10 de maio de 2018, Rudiak pagou US\$250 à BTB por meio de transferência eletrônica³⁷⁴.

“Na época em que adquiriram Nicolas, os autores tinham três outros dachshunds: Daisy Too, Toby e Izzie. Um mês depois, em junho de 2018, os autores adquiriram um quinto cachorro, um filhote de dachshund chamado Jazz”³⁷⁵. No entanto, Jazz era um cão de temperamento difícil e acabaria mordendo Nicolas.

Durante uma viagem, os autores “levaram dois de seus cães com eles e tomaram providências para que os outros três recebessem cuidados enquanto estavam fora”³⁷⁶. Quanto a estes, “resolveram que a amiga Donna Kennedy (Kennedy) cuidaria de Jazz e Izzie durante as férias inteiras [...] [e] de Nicolas apenas nos primeiros dias da viagem, após os quais ele passaria ficar com a Sra. Johnson [...]”³⁷⁷. Mas, “cerca de uma hora depois que os cães foram deixados, Kennedy entrou em contato com os autores e disse que Jazz havia mordido Nicolas na orelha”³⁷⁸. Ao saber do fato, “Johnson tomou Nicolas de Kennedy [e,] por volta de 19 de fevereiro de 2019, Nicolas foi colocado sob os cuidados de outra família adotiva da BTB”³⁷⁹.

³⁷³ Tradução livre de: “Before the Bridge Senior K9 Rescue reserves the right to repossess any adopted dog in the event that the rescue has reasons to believe the dog is being mistreated, housed in unsafe or potentially unsanitary conditions, or if information supplied on this form is discovered untruthful”.

³⁷⁴ Tradução livre de: “the plaintiff Ms. Rudiak visited the home of Brenda Johnson (Ms. Johnson) [and] there she met Nicolas, the dog at the centre of this litigation, whom Ms. Johnson was fostering on behalf of BTB. Ms. Rudiak took Nicolas to her home that evening. On May 10, 2018, Ms. Rudiak paid \$250 to BTB by INTERAC e-transfer”.

³⁷⁵ Tradução livre de: “At the time they acquired Nicolas, the plaintiffs had three other dachshunds: Daisy Too, Toby and Izzie. A month later, in June 2018, the plaintiffs acquired a fifth dog, a dachshund puppy named Jazz”.

³⁷⁶ Tradução livre de: “took two of their dogs with them and made arrangements for the other three to be cared for while they were away”.

³⁷⁷ Tradução livre de: “arranged for their friend Donna Kennedy (Ms. Kennedy) to look after Jazz and Izzie for the entire vacation [...] [and] Nicolas for the first few days of their trip, after which he would go to Ms. Johnson’s for the rest of the time [...]”.

³⁷⁸ Tradução livre de: “about an hour after the dogs were dropped off, Ms. Kennedy contacted the plaintiffs and told them that Jazz had bit Nicolas on his ear”.

³⁷⁹ Tradução livre de: “Ms. Johnson got Nicolas from Ms. Kennedy [and,] around February 19, 2019, Nicolas was put into the care of another BTB foster family”.

Para obter a posse de Nicolas, foi utilizada a reintegração de posse extrajudicial, sob o argumento de que havia sido pactuada no momento da adesão, pelo aplicativo.

Tais fatos levaram diversas questões ao tribunal. A primeira, “estabelecer se a cláusula de reintegração de posse vincula os autores. A cláusula está contida em um aplicativo de adoção *on-line* que os autores enviaram quando se inscreveram para adotar um cão cerca de cinco meses antes”³⁸⁰. Quanto a isso, a ré argumentou que “os autores foram aceitos como adotantes de Nicolas levando em conta um contrato, e que, de acordo com esse contrato, o BTB tinha o direito de recuperar Nicolas caso tivesse motivo para acreditar que ele estava sendo maltratado [...]”³⁸¹. Argumentou, também, que “as partes tinham liberdade contratual e que a cláusula de reintegração de posse não violaria nenhuma proibição legal [...]”³⁸².

Superada a validade da cláusula de reintegração extrajudicial em instrumento de adesão, caberia, então, “provar que tinha o direito de exercer esse direito de reintegração de posse”³⁸³. Ou seja, superada a questão legal, a ré teria, ainda, que demonstrar os pressupostos fáticos para a reintegração extrajudicial do cão.

Antes de analisar essas duas questões, o tribunal se debruçou sobre a validade da reintegração extrajudicial “em geral”. Para tanto, apoiou-se no precedente *Devoe versus Long* (Suprema Corte de New Brunswick – 1951), no qual se decidiu que,

Sob as autoridades de nosso tribunal, parece que o proprietário pode ingressar pacificamente em depósito no qual esteja guardada a coisa [...]. Nesses casos, o réu pode fazer ingressar no depósito do autor para a retomada, mas desde que essa entrada possa ser feita em paz e não cometendo uma violação da paz³⁸⁴.

³⁸⁰ Tradução livre de: “to establish that the repossession clause is binding on the plaintiffs. The clause is contained in an online adoption application that the plaintiffs submitted when they applied to adopt a different dog some five months prior”.

³⁸¹ Tradução livre de: “plaintiffs were, pursuant to a contract, approved to adopt Nicolas and that pursuant to that contract, BTB had the right to repossess Nicolas in the event that they had reason to believe that he was being mistreated [...]”.

³⁸² Tradução livre de: “the parties had freedom of contract and that the repossession clause does not infringe any legal prohibition [...]”.

³⁸³ Tradução livre de: “to prove that they were entitled to exercise that right of repossession”.

³⁸⁴ Tradução livre de: “Under the authorities in our court it appears that the owner of a chattel may make a peaceable entry on the plaintiff’s close where the chattel has been deposited [...]. In such cases the defendant may make an entry on the plaintiff’s close to retake, but only if such entry can be made peaceably and not be committing a breach of the peace”.

Afirmou o julgador que, “embora considere que provavelmente há boas razões políticas para desencorajar instrumentos de autotutela em relação a animais de estimação [...] não estou preparado para concluir que os autores tenham fundamentos para demonstrar que tais instrumentos não estavam disponíveis à ré [...]”³⁸⁵. Ressalvou, contudo, que outras ponderações haveriam de ser feitas: primeira, a necessidade de notificação (não realizada) antes da reintegração; segunda, as circunstâncias do caso, que indicam ter havido desrespeito à boa-fé na reintegração extrajudicial.

Sustentou que a ré agiu sem razoabilidade, o que quebrou o dever de proceder honestamente, ínsito à boa-fé. Concluiu:

É apropriado reconhecer um novo dever da *common law* que se aplica a todos os contratos como uma manifestação do princípio geral de boa-fé: um dever de proceder honestamente, que exige que as partes sejam honestas umas com as outras no cumprimento de suas obrigações contratuais. [...] O incidente do verão anterior envolvendo Jazz e outro cachorro é de pouca ou nenhuma relevância para Nicolas. [...] Acho que a decisão de retomar Nicolas parece particularmente sem razoabilidade. [...] Os réus deverão entregar Nicolas aos autores até 16 de agosto de 2019. Confio que o advogado possa tomar providências para que isso ocorra sem a assistência do tribunal. Se necessário, os autores podem incluir uma disposição na ordem em que o xerife retira Nicolas dos réus ou de qualquer outra pessoa que possua Nicolas e dá-lo aos autores³⁸⁶.

Ainda que com as ressalvas feitas à singularidade de Québec, o Canadá adotou um sistema inspirado no Artigo 9 do UCC. Contudo, claramente trouxe para o ordenamento o princípio da boa-fé, mitigando os poderes de reintegração extrajudicial da garantia tal como concebidos pelo sistema norte-americano.

³⁸⁵ Tradução livre de: “While I consider that there is likely good policy reason for discouraging self-help remedies regarding pets [...] I am not prepared to find that the plaintiffs have substantial grounds for showing that a self-help remedy was not available to the defendants [...]”.

³⁸⁶ Tradução livre de: “It is appropriate to recognize a new common law duty that applies to all contracts as a manifestation of the general organizing principle of good faith: a duty of honest performance, which requires the parties to be honest with each other in relation to the performance of their contractual obligations. [...] The incident from the previous summer involving Jazz and another dog is of little or no relevance to Nicolas. [...] I find the decision to repossess Nicolas seems particularly unreasonable [...]. The defendants shall give Nicolas to the plaintiffs on or before August 16, 2019. I trust that counsel can make arrangements for this to happen without the court’s assistance. If necessary, the plaintiffs may include a provision in the order directing the sheriff to take Nicolas from the defendants or such other person who possesses Nicolas, and give him to the plaintiffs”.

4.1.3 Romênia

A Romênia se inspirou no modelo norte-americano e aprovou Código Civil que, em diversos pontos, quase que reproduz o Artigo 9 do UCC. Como salienta Cătălin Gabriel Stănescu,

a lei romena, em sua busca pela modernização e a fim de incentivar os investidores, escolheu um sistema híbrido que combina os meios de aplicação privada do UCC com um controle judicial limitado. Ao contrário de seu modelo americano, a lei romena não fez – e ainda não faz – diferenciação entre devedores em relações civis e consumidores, ambos com as mesmas garantias legais, embora isso signifique na prática menos proteção para os consumidores, pois a lei geral de proteção ao consumidor não pode interferir³⁸⁷.

O sistema foi alvo de críticas, pois, antes da edição do Código Civil, a Corte Constitucional romena havia analisado a execução por autotutela e concluído por sua inconstitucionalidade. Assentou a Corte Constitucional romena que

[A] execução dum hipoteca não deve ser vista unilateralmente, apenas da perspectiva do credor e de seus direitos, mas também da perspectiva do devedor, que deve ser protegido e ter as garantias que caracterizam o direito a um julgamento justo, removendo qualquer possibilidade de abuso e possíveis abordagens abusivas. Dar acesso ao tribunal – assegurando a possibilidade de contestar os atos de execução contrários à lei – nem sempre é um remédio suficiente para a pessoa contra a qual o processo de execução foi iniciado de maneira ilegal. É necessário ter uma garantia processual para o devedor para impedir qualquer abuso por parte do credor e o controle judicial do início de um processo de execução também constituiu uma garantia adequada e eficaz do direito a um julgamento justo para todas as partes envolvidas nesse procedimento [(Decisão n. 458/2009 do Tribunal Constitucional da Romênia, publicada no Diário Oficial n. 256/17.04.2009)]³⁸⁸.

³⁸⁷ STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., p. 157. Tradução livre de: “the Romanian law, in its quest for modernization and in order to provide an incentive for investors, has chosen a hybrid system that combines the private enforcement means of the UCC with limited judicial control. Unlike its American model, the Romanian law made – and still makes – no differentiation between professional and consumer debtors, both of them enjoying the same legal safeguards, although that means in practice less protection for consumers, for general consumer protection law cannot step in”.

³⁸⁸ STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., p. 112. Tradução livre de: “[T]he foreclosure should not be viewed unilaterally, only from the perspective of the creditor and its rights, but also from the perspective of the debtor, who must be protected and have those guarantees that characterize the right to a fair trial, by removing any possibilities of abuse and possible abusing approaches. Giving access to court – by ensuring the possibility of challenging the acts of an execution which was contrary to law – is not always a sufficient remedy provided to the person against whom the execution procedure was started in an unlawful manner. It is necessary to have a procedural guarantee for the debtor to prevent any abuse from the creditor and the judicial control of the commencement of enforcement proceedings also constituted an adequate and effective guarantee of the right to a fair trial for all parties involved in this procedure’ [(Decision no 458/2009 of the Constitutional Court of Romania, published in the Official Gazette no 256/17.04.2009)]”.

Para contornar o entendimento da Corte Constitucional, o Código Civil romeno estabeleceu regras para a excussão extrajudicial mas não abandonou os instrumentos autoexecutáveis. Como observa Cătălin Gabriel Stănescu,

Para resumir, o Tribunal Constitucional decidiu que afastar dos tribunais o processo de execução é de fato uma violação do devido processo, exatamente o oposto do que disseram seus pares dos EUA.

A questão permaneceu em aberto até que o RNCC [novo Código Civil Romeno] fosse adotado e implementado em 2011. Apesar de manter o modelo dos EUA, o novo regime estabeleceu a obrigação do credor que deseja descartar as garantias recuperadas de solicitar primeiro a aprovação do tribunal [...] em conformidade com a decisão do Tribunal Constitucional. A notificação obrigatória, antes do exercício da reintegração de posse, desempenha um papel semelhante na defesa dos direitos do devedor inadimplente. Desse modo, pode-se concluir que o procedimento de execução privada estabelecido pelo RNCC protege adequadamente os direitos processuais do devedor e é, portanto, totalmente compatível com o direito constitucional romeno, sem inviabilizar os direitos estratégicos dos credores garantidos³⁸⁹.

Com tal ressalva, considerou-se a autotutela recuperatória compatível com o sistema constitucional romeno³⁹⁰.

O Código Civil romeno³⁹¹ considera “garantia” todo bem móvel ou imóvel, material ou imaterial, tomado singular ou universalmente, que possua essa destinação,

³⁸⁹ STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., p. 112. Tradução livre de: “To summarize, the Constitutional Court decided that discarding courts’ approval in execution procedure is in fact a violation of due process, exactly the opposite of what their peers from the US said. [...] The issue remained open until the RNCC [Romanian New Civil Code] was adopted and implemented in 2011. Although maintaining the US model, the new regime established the obligation of the creditor who wishes to dispose of the repossessed collateral to first ask for the approval of the court [...] in line with the decision of the Constitutional Court. The mandatory notification, prior to the exercise of self-help repossession, plays a similar role in defending the rights of the defaulting debtor. In this way, one can conclude that the private enforcement procedure established by the RNCC adequately protects the procedural rights of the debtor and is, thus, fully compatible with the Romanian constitutional law without impeaching on the strategic rights of secured creditors”.

³⁹⁰ Destaca Cătălin Gabriel Stănescu: “no que diz respeito à compatibilidade da recuperação por autotutela com o direito constitucional romeno, a doutrina assumiu a posição de que é ‘totalmente compatível’” (STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., p. 112). Tradução livre de: “With respect to the compatibility of self-help repossession with Romanian constitutional law, the doctrine took the position that it is ‘fully compatible’”.

³⁹¹ Diferentemente do que se fez em relação aos demais países, cujas normas foram interpretadas e citadas no original ou na versão inglesa, os artigos do Código Civil romeno foram efetivamente traduzidos do romeno para o português, com remissão ao texto original na sequência do texto traduzido. Buscou-se, com isso, mitigar a barreira do idioma, a fim de possibilitar consulta, difusão e discussão do tema, não obstante o risco que há na tradução de normas. Conferiu-se particular importância ao sistema romeno, buscando-se inclusive a tradução de dispositivos de seu Código Civil, porque, na *civil law*, é o que mais se aproxima do modelo estadunidense. O fato chama a atenção porque, apesar da dificuldade em compatibilizar o sistema norte-americano com o regime possessório da *civil law*, a iniciativa romena demonstra que há uma tendência, ainda que embrionária, à uniformização dos sistemas de garantias – o que poderá resultar, futuramente, em um sistema global e baseado em garantias autoexecutáveis. Esse movimento tem partido especialmente dos países do Leste europeu, os quais se abriram entusiasmadamente ao mercado depois do fracasso da experiência socialista. Essa a razão, aliás, pela qual se deu destaque a tais países.

reconhecendo-os como tal na categoria “hipoteca”³⁹², cuja constituição se dá por contrato³⁹³.

A hipoteca pode ser executada em caso de inadimplemento³⁹⁴, desde que a dívida seja líquida e exigível e esteja respaldada em título executivo³⁹⁵. No processo executivo, o credor tem direito de vender, tomar em pagamento ou administrar o bem hipotecado, até a extinção da dívida³⁹⁶.

³⁹² Dispõe o art. 2.350:

“Art. 2.350. (1) O objeto da hipoteca pode recair sobre bens móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis. (2) Pode recair sobre bens específicos ou determináveis ou a uma universalidade de bens”.

Tradução livre de:

“Art. 2.350. (1) Ipoteca poate avea ca obiect bunuri mobile sau imobile, corporale sau necorporale.

(2) Ea poate greva bunuri determinate ori determinabile sau universalități de bunuri”.

³⁹³ Dispõe o art. 2.387:

“Art. 2.387. A hipoteca móvel é constituída pela celebração do contrato de hipoteca, mas produz efeitos a partir da data em que a obrigação entra em vigor e o instituidor adquire os direitos sobre o bem hipotecado”.

Tradução livre de:

“Art. 2.387. Ipoteca mobilă se constituie prin încheierea contractului de ipotecă, însă ea produce efecte de la data la care obligația garantată ia naștere, iar constituintorul dobândește drepturi asupra bunurilor ipotocate”.

³⁹⁴ Dispõem os arts. 2.361 e 2.429:

“Art. 2.361. (2) Se o adquirente do bem hipotecado não extinguir a dívida hipotecária, o credor poderá iniciar a execução do bem, de acordo com a lei”.

“Art. 2.429. Se o devedor não cumprir voluntariamente a obrigação, o credor poderá retomar o bem hipotecado, de acordo com as disposições deste capítulo”.

Tradução livre de:

“Art. 2.361. (2) Dacă dobânditorul bunului ipotecat nu stinge creanța ipotecară, creditorul poate începe urmărirea silită asupra bunului, în condițiile legii”.

“Art. 2.429. În cazul în care debitorul nu execută de bunăvoie obligația sa, creditorul poate urmări bunul ipotecat, potrivit dispozițiilor prezentului capitol”.

³⁹⁵ Dispõem os arts. 2.430 e 2.431:

“Art. 2.430. A execução de uma hipoteca só pode ser feita em virtude de um título executório e de uma dívida líquida e exigível”.

“Art. 2.431. Os contratos hipotecários validamente celebrados são títulos executórios se estiverem revestidos da fórmula executória, de acordo com a lei”.

Tradução livre de:

“Art. 2.430. Executarea ipotecii nu poate fi realizată decât în virtutea unui titlu executoriu și pentru o creanță certă, lichidă și exigibilă”.

“Art. 2.431. Contractele de ipotecă valabil încheiate sunt titluri executorii dacă sunt investite cu formulă executorie, în condițiile legii”.

³⁹⁶ Determinam os arts. 2.435 e 2.438:

“Art. 2.435. Em caso de execução, o credor tem o direito, à sua escolha:

- a) de vender o imóvel hipotecado nas condições dos arts. 2.445-2.459;
- b) de adquirir o bem para extinguir a dívida hipotecária nas condições dos arts. 2.460-2.463;
- c) de adquirir o bem para fins de administrá-los, nas condições dos arts. 2.468-24.73”.

“Art. 2.438. O credor da hipoteca tem o direito de:

- a) apropriar-se dos bens hipotecados, com todos os seus acessórios;
- b) sem movê-los, tomar as medidas necessárias para que o equipamento e outros bens não possam mais ser utilizados e, posteriormente, descartá-los de acordo com o disposto no art. 2.447”.

Tradução livre de: “Art. 2.435. În caz de neexecutare, creditorul are dreptul, la alegerea sa:

- a) să vândă bunul ipotecat în condițiile art. 2445-2459;
- b) să-și însușească bunul pentru a stinge creanța ipotecară în condițiile art. 2460-2463;
- c) să preia bunul în scop de administrare în condițiile art. 2468-2473”.

A tomada do bem móvel, para fins de posterior alienação e apropriação, ocorre, em regra, por meio de autotutela³⁹⁷. Pode se dar sem aviso prévio, se tiver havido previsão contratual nesse sentido. Exige-se que não ofenda a ordem pública, considerando-se não escrita qualquer cláusula em sentido contrário³⁹⁸.

Quando da tomada extrajudicial, o devedor tem a obrigação de entregar o bem³⁹⁹. Por sua vez, o credor pode se valer do auxílio de forças oficiais, requerendo-o a um juiz, que analisará o pedido em 48 horas⁴⁰⁰. O direito de tomada do bem móvel pode ser exercido

“Art. 2.438. Creditorul ipotecar are dreptul:

- a) să preia bunurile ipotecate, cu toate accesoriile acestora;
- b) fără a le deplasa, să ia măsurile necesare pentru ca echipamentele și alte asemenea bunuri să nu mai poată fi folosite și să dispună ulterior de acestea conform dispozițiilor art. 2447”.

³⁹⁷ O art. 2.439 stabilește:

“Art. 2.439. O credor pode retomar o bem hipotecado por seus próprios meios ou com a ajuda de um órgão de execução”.

Tradução livre de:

“Art. 2.439. Creditorul poate prelua bunul ipotecat prin mijloace proprii sau cu ajutorul unui organ de executare”.

³⁹⁸ Dispõe o art. 2.440:

“Art. 2.440. (1) Quando o contrato de hipoteca permitir expressamente, o credor poderá retomar o bem por seus próprios meios, assim como os títulos e documentos que asseguram a qualidade de proprietário, sem necessidade de autorização ou aviso prévio.

(2) No entanto, o credor não pode perturbar a paz e a ordem pública ou recorrer, direta ou indiretamente, à força, mesmo que sua ação não constitua um ilícito. Qualquer estipulação em contrário é considerada não escrita”.

Tradução livre de:

“Art. 2.440. (1) Atunci când contractul de ipotecă o permite în mod expres, creditorul poate prelua bunul, precum și titlurile și înscrisurile care constată dreptul de proprietate al constituitorului asupra bunului prin mijloace proprii, fără a fi necesară vreo autorizație sau notificare prealabilă.

(2) Creditorul nu poate însă tulbura liniștea și ordinea publică ori recurge, în mod direct sau indirect, la constrângere, chiar dacă fapta sa nu ar constitui o infracțiune. Orice stipulație care limitează această obligație se consideră nescrisă”.

³⁹⁹ O art. 2.441 determina:

“Art. 2.441. (1) O proprietário do bem móvel é obrigado a entregá-lo ao credor hipotecário, que retomarà o bem de acordo com o procedimento previsto neste capítulo. No entanto, ele pode recusar-se à entrega se o credor não provar o seu direito de retomar a propriedade”.

Tradução livre de:

“Art. 2.441. (1) Cel care deține bunul mobil este dator să îl predea creditorului ipotecar, care urmărește bunul potrivit procedurii prevăzute în prezentul capitol. Acesta poate însă refuza predarea, în cazul în care creditorul nu face dovada dreptului său de a prelua bunul”.

⁴⁰⁰ Dispõem os arts. 2.442 e 2.443:

“Art. 2.442. (1) O credor pode solicitar o auxílio da autoridade judicial para retomar a propriedade.

(2) O pedido do credor deve ser acompanhado de uma cópia do contrato de garantia, da descrição do bem a ser retomado e, se aplicável, de uma cópia autenticada do registro da hipoteca.

(3) A pedido do órgão de execução, os agentes do poder público são obrigados a dar todo o apoio quanto para a retomada do bem”.

“Art. 2.443. (1) No prazo de 48 horas após o pedido ser recebido, o agente público se dirige para o local onde está o bem hipotecado, retoma-o e entrega-o imediatamente ao credor.

(2) O agente público deverá elaborar um relatório, em duas cópias, mantendo-se uma delas no processo de execução e entregando-se outra ao devedor, de acordo com as disposições do Código de Processo Civil.

(3) O credor antecipa as despesas e assume os riscos de transporte e armazenamento do bem”.

Tradução livre de:

ainda que seja acessório de um imóvel, caso em que podem ser separados, mediante indenização pelas despesas com a separação, salvo os prejuízos resultantes da diminuição do valor do imóvel. A separação, porém, só pode ser realizada se o valor da hipoteca móvel for suficiente para cobrir as despesas com a separação⁴⁰¹.

Os demais credores do garante podem se opor à excussão da garantia, se outros bens puderem satisfazer o direito do credor, caso em que o processo será suspenso⁴⁰². Por sua vez,

“Art. 2.442. (1) Creditorul poate solicita concursul executorului judecătoresc pentru a prelua bunul.
 (2) Cererea creditorului va fi însoțită de o copie de pe contractul de garanție, de o descriere a bunului ce urmează a fi preluat și, dacă este cazul, de o copie certificată de pe înscrierea ipotecii la arhivă.
 (3) La solicitarea organului de executare agenții forței publice sunt obligați să acorde tot sprijinul pentru preluarea bunului”.

“Art. 2443. (1) În termen de 48 de ore de la primirea cererii, organul de executare se deplasează la locul unde se afla bunul ipotecat, îl ridică și îl predă de îndată creditorului.

(2) Organul de executare întocmește un proces-verbal, în două exemplare, dintre care unul se păstrează la dosarul de executare, iar celălalt se comunică debitorului în condițiile Codului de procedură civilă.

(3) Creditorul avansează cheltuielile și suportă riscurile transportului și depozitării bunului”.

⁴⁰¹ Dispõem os arts. 2.436 e 2.437:

“Art. 2.436. Quando o bem hipotecado contiver acessórios móveis, o credor poderá proceder, em relação a eles, nos termos reconhecidos por esta seção, salvo se a execução tiver se iniciado pelo regime da hipoteca imobiliária”.

“Art. 2.437. (1) No caso de execução hipotecária do imóvel acessório do imóvel, se houver titulares de preferência ou de outros direitos reais sobre o imóvel, o credor hipotecário poderá, em caso de não oposição, separar os dois bens.

(2) Neste caso, o credor hipotecário é obrigado a indenizar os titulares sobre os direitos reais imobiliários, exceto o instituidor, pelas despesas necessárias à indenização pelos danos causados pela separação dos bens.

(3) O credor não é obrigado a pagar indenização pela diminuição do valor dos bens imóveis resultantes da remoção do bem móvel ou da necessidade de substituí-lo.

(4) As pessoas que têm direito a indenização podem recusar a separação dos bens se o credor hipotecário não fornecer garantia suficiente para o pagamento dos danos.

(5) As disposições deste artigo não se aplicam a materiais de construção incorporados a uma construção”.

Tradução livre de:

“Art. 2.436. Atunci când ipoteca poartă asupra unor bunuri mobile accesorii ale unui imobil, creditorul ipotecar se poate prevala, în privința acestora, de drepturile recunoscute în prezenta secțiune, afară de cazul în care a început urmărirea potrivit regulilor stabilite pentru executarea ipotecilor imobiliare”.

“Art. 2.437. (1) Atunci când titularul unei ipotecii constituie asupra unui bun mobil accesoriu al unui imobil este preferat titularilor altor drepturi reale asupra bunului imobil respectiv, el poate, în caz de neexecutare din partea debitorului, să separe cele două bunuri.

(2) În acest caz, creditorul ipotecar este obligat să-i despăgubească pe titularii de drepturi reale asupra imobilului, cu excepția constituitorului, pentru cheltuielile necesare reparării stricăciunilor cauzate de separarea celor două bunuri.

(3) Creditorul nu este obligat la despăgubiri pentru scăderea valorii bunului imobil ca urmare a înlăturării bunului ipotecat ori a necesității de a-l înlocui.

(4) Cei îndreptățiți la despăgubire pot refuza separarea bunurilor cât timp creditorul ipotecar nu oferă o garanție suficientă pentru plata despăgubirilor.

(5) Dispozițiile prezentului articol nu se aplică materialelor obișnuite de construcție care sunt încorporate într-o construcție”.

⁴⁰² Estabelece o art. 2.434:

“Art. 2.434. O credor hipotecário de grau inferior pode se opor à execução dos bens móveis hipotecados, requerendo a abertura do contraditório, com as formalidades do art. 2295, se outros bens móveis forem suficientes à garantia do credor de grau superior. Se o pedido for admitido, a execução do bem hipotecado é suspensa”.

o procedimento extrajudicial não afasta o direito ao processo judicial comum, regulado pelo Código de Processo Civil do país⁴⁰³.

Obtida a posse do bem, realiza-se sua venda, que pode se dar em leilão público ou por venda direta, respeitados os termos do contrato de instituição da hipoteca e adotados parâmetros “comercialmente razoáveis”⁴⁰⁴.

Tradução livre de: “Art. 2.434. Un creditor ipotecar de rang inferior poate să se opună la urmărirea bunului mobil care îi este anume ipotecat, dacă au mai rămas bunuri mobile suficiente ipotocate în favoarea creditorului de rang superior pentru aceeași datorie, și poate să ceară discuțiunea prealabilă cu respectarea formalităților reglementate la art. 2.295. Dacă cererea este admisă, urmărirea bunului ipotecat este suspendată”.

⁴⁰³ Dispõe o art. 2.432:

“Art. 2.432. As disposições deste capítulo não prejudicam o direito do credor de deduzir seu pleito em ação pessoal ou requerer a adoção de todas as medidas necessárias para a execução da hipoteca, de acordo com o Código de Processo Civil”.

Tradução livre de:

“Art. 2.432. Dispozițiile prezentului capitol nu aduc nicio atingere dreptului creditorului de ași realiza creanța pe calea unei acțiuni personale sau de a solicita luarea oricăror măsuri necesare pentru executarea ipotecii, potrivit Codului de procedură civilă”.

⁴⁰⁴ Determina o art. 2.445:

“Art. 2.445. (1) O credor pode alienar os bens hipotecados no estado em que se encontram ou após adotar medidas comercialmente razoáveis para a sua negociação.

(2) O credor pode alienar os bens hipotecados em leilão público ou por negociação direta, por um ou mais contratos, em bloco ou separadamente, a qualquer momento ou local e sob quaisquer condições.

(3) As partes podem entrar em acordo, por meio do contrato de hipoteca, sobre o método de precificação dos bens.

(4) Em qualquer caso, a venda deve ser feita de maneira comercialmente razoável com relação a método, hora, local, condições e demais aspectos pertinentes ela atinentes”.

Tradução livre de:

“Art. 2.445. (1) Creditorul ipotecar poate dispune de bunurile ipotocate în starea în care se găsesc sau după luarea unor măsuri comercial rezonabile pentru valorificarea acestora.

(2) Creditorul poate dispune de bunurile ipotocate prin licitație publică ori prin negociere directă, prin unul sau mai multe contracte, în bloc sau separat, în orice moment sau loc și în orice condiții.

(3) Părțile pot conveni, prin contractul de ipotecă, modul de valorificare a bunurilor grevate.

(4) În toate cazurile, vânzarea trebuie realizată într-o manieră comercial rezonabilă în ceea ce privește metoda, momentul, locul, condițiile și toate celelalte aspecte ale acesteia”.

Considera-se “comercialmente razoável” a venda que tenha adotado condições e preços de mercado no momento da transação, ainda que depois o bem pudesse atingir valor superior⁴⁰⁵. Essa venda pode ocorrer ainda que o bem esteja na posse do devedor⁴⁰⁶.

Ao credor é dado adquirir a garantia, mas, para tanto, deve fazê-lo em leilão público, só podendo se valer da venda direta se o bem for do tipo que se comercializa em mercado regulamentado⁴⁰⁷.

A venda extrajudicial deve ser precedida de notificação com quinze dias de antecedência, sob pena de nulidade, só podendo ser dispensada se a garantia estiver sujeita a perecimento⁴⁰⁸. Essa notificação deve ser enviada aos devedores e fiadores, a eventuais

⁴⁰⁵ Dispõe o art. 2.446:

“Art. 2.446. (1) A venda de bens é comercialmente razoável se ocorrer:

- a) de maneira semelhante àquela como os bens semelhantes são alienados em mercado organizado;
- b) ao preço estabelecido em mercado organizado no momento da venda;
- c) de acordo com as práticas comerciais razoáveis seguidas por quem normalmente vende bens do mesmo tipo.

(2) Nas condições previstas no parágrafo (1), o fato de que um preço mais alto pudesse ser obtido se a venda houvesse ocorrido em outro momento, ou por método diferente daquele escolhido pelo credor, não implica que a venda não seja comercialmente razoável”.

Tradução livre de:

“Art. 2.446. (1) Vânzarea bunurilor este comercial rezonabilă dacă are loc:

- a) în modul în care se dispune în mod obișnuit de bunuri de același fel pe o piață organizată;
- b) la prețul stabilit pe o piață organizată și valabil în momentul vânzării;
- c) în conformitate cu practicile comerciale rezonabile urmate de cei care vând în mod obișnuit bunuri de același fel.

(2) În condițiile prevăzute la alin.(1), simplul fapt că se putea obține un preț mai mare dacă vânzarea ar fi avut loc în alt moment sau printr-o altă metodă decât cea aleasă de creditor nu face ca vânzarea să nu fie considerată comercial rezonabilă”.

⁴⁰⁶ Nos termos do art. 2.447:

“Art. 2.447. (1) O credor pode vender o bem hipotecado mesmo que esteja sob os cuidados do devedor.

(2) O comprador tem direito de ingressar na posse do bem, atendidos os requisitos dos arts. 2.435-2.444”.

Tradução livre de:

“Art. 2.447. (1) Creditorul poate vinde bunul ipotecat, chiar dacă acesta se află în posesia debitorului.

(2) Cumpărătorul are dreptul de a intra în posesia bunului, în condițiile art. 2.435-2.444”.

⁴⁰⁷ Dispõe o art. 2.448:

“Art. 2.448. (1) O credor só pode adquirir o bem:

- a) em leilão público;
- b) por venda direta, mas somente se bens do mesmo tipo forem comumente vendidos em um mercado regulamentado.

(2) Nesses casos, o credor pode adicionar encargos ao preço”.

Tradução livre de:

“Art. 2.448. (1) Un creditor ipotecar nu poate cumpăra bunul decât:

- a) în cadrul unei licitații publice;
- b) prin vânzare directă, însă numai dacă bunuri de același fel sunt vândute în mod obișnuit pe o piață reglementată.

(2) În aceste cazuri, creditorul poate depune creanța în contul prețului”.

⁴⁰⁸ Preceitua o art. 2.449:

“Art. 2.449. (1) Se desejar vender o bem de acordo com o procedimento regulado nesta seção, o credor deverá proceder à notificação das pessoas enumeradas no art. 2.450, registrando-a.

sucessores, aos demais credores hipotecários, àqueles que eventualmente possam se opor ao direito do credor e a outros credores cuja garantia possa ser atingida pela venda⁴⁰⁹. Na notificação, devem ser discriminados o credor hipotecário e o objeto da hipoteca, o valor em execução, o método de avaliação e as condições (data, hora e local) da venda do bem⁴¹⁰.

(2) A notificação e o registro devem ser realizados com pelo menos 15 dias de antecedência da data da venda.

(3) O não cumprimento dessas formalidades é causa de nulidade da venda.

(4) As disposições deste artigo não se aplicam aos bens sujeitos a destruição, deterioração ou rápida desvalorização ou que sejam comumente negociados em mercado organizado”.

Tradução livre de:

“Art. 2.449. (1) Dacă dorește să vândă bunul după procedura reglementată în prezenta secțiune, creditorul este ținut să comunice persoanelor prevăzute la art. 2450 o notificare de executare și să înscrie un aviz de executare la arhivă.

(2) Atât comunicarea notificării, cât și înscrierea avizului de executare trebuie realizate cu cel puțin 15 zile înainte de data stabilită pentru vânzare.

(3) Nerespectarea acestor formalități atrage nulitatea vânzării.

(4) Dispozițiile acestui articol nu se aplică atunci când bunurile care fac obiectul urmăririi sunt supuse pieririi, deteriorării ori devalorizării rapide ori sunt vândute în mod obișnuit pe o piață organizată”.

⁴⁰⁹ Dispõe o art. 2.450:

“Art. 2.450. O credor deve enviar a notificação:

a) ao devedor da obrigação, aos fiadores e demais devedores;

b) ao instituidor ou, conforme o caso, seus sucessores;

c) a todos os credores cujas hipotecas forem precedentes, considerando-se a data do registro da notificação, com identificação do bem onerado;

d) a todas as pessoas que tenham interesse no bem hipotecado, incluindo o proprietário precedente;

e) a todos os credores privilegiados, desde que identificáveis, cuja garantia seja por outra causa oponível, nos termos da lei”.

Tradução livre de:

“Art. 2.450. Creditorul trebuie să adreseze notificarea: a) debitorului obligației garantate prin ipotecă, fideiuserilor și codebitorilor solidari ai acestuia;

b) constituitorului sau, după caz, succesorilor în drepturi ai acestuia;

c) tuturor creditorilor ipotecari ale căror ipotecă au devenit opozabile prin înscrierea în arhivă a unui aviz care identifică bunul grevat și care, la data notificării, este înscris pe numele debitorului;

d) tuturor persoanelor de la care a primit notificarea existenței unui drept sau a unei pretenții cu privire la bunul ipotecat, precum și celor de la care bunul a fost ridicat ori la care acesta se află, dacă sunt cunoscuți;

e) tuturor creditorilor ipotecari și privilegiați a căror garanție a devenit opozabilă pe altă cale, în temeiul legii, dacă creditorul ipotecar cunoaște identitatea”.

⁴¹⁰ Dispõe o art. 2.451:

“Art. 2.451. A notificação da venda deve indicar claramente:

a) a hipoteca e o credor;

b) os bens que são objeto da excussão;

c) a quantia pela qual a excussão foi iniciada;

d) o método de avaliação do bem;

e) a data, hora e local em que o leilão público será realizado, bem como o preço inicial do leilão ou, conforme o caso, a data, a hora inicial da qual o credor alienará o bem”.

Tradução livre de:

“Art. 2.451. Notificarea vânzării trebuie să indice în mod clar:

a) constituitorul și creditorul ipotecar;

b) bunurile care fac obiectul urmăririi;

c) suma pentru care se pornește urmărirea;

d) metoda prin care se va realiza valorificarea bunului;

e) data, ora și locul la care va avea loc licitația publică, precum și prețul de pornire al licitației ori, după caz, data, ora cu începere de la care creditorul va dispune de bun”.

No prazo de quinze dias da notificação, o devedor e eventuais interessados podem apresentar oposição. Com a oposição, fica suspensa a alienação, até julgamento da oposição, que se dará em juízo, no prazo de cinco dias. Cabe recurso da decisão que rejeita a oposição, sem efeito suspensivo, e, em caso de purga, é suspensa a alienação⁴¹¹.

Até a efetiva alienação, o devedor ou qualquer interessado pode quitar o débito, acrescido das despesas havidas no procedimento extrajudicial. Com o pagamento, o credor é obrigado a interromper as medidas de execução e a devolver o bem ao devedor⁴¹². Do contrário, o comprador adquire todos os direitos do credor e a hipoteca se extingue, assim como outros ônus, salvo disposição legal em contrário⁴¹³.

⁴¹¹ Estabelece o art. 2.452:

“Art. 2.452. (1) No prazo de 15 dias a contar da notificação ou, conforme o caso, de seu registro, os interessados ou prejudicados pela execução podem apresentar oposição.

(2) A oposição suspende a execução até sua resolução.

(3) O juiz julgará a oposição dentro de 5 dias. A decisão poderá ser objeto de recurso no prazo de 5 dias, contado da comunicação. No caso de rejeição da oposição, o recurso não impede o credor de proceder à recuperação do bem. O recurso será julgado em regime de urgência, de acordo com as regras do decreto presidencial.

(4) O tribunal pode ordenar a suspensão da execução se o devedor houver quitado a dívida e se o bem houver sido entregue. Se o tribunal considerar que a venda seria feita em violação do disposto nesta seção, fixará as condições e requisitos para sua realização”.

Tradução livre de:

“Art. 2.452 (1) În termen de 15 zile de la comunicarea notificării sau, după caz, de la înscrierea avizului de executare în arhivă, cei interesați sau vătămați prin executare pot formula opoziție la executare.

(2) Opoziția suspendă de drept executarea până la soluționarea definitivă a cauzei.

(3) Instanța va soluționa opoziția în termen de 5 zile. Hotărârea instanței poate fi atacată numai cu apel în termen de 5 zile de la comunicare. În cazul respingerii opoziției, apelul nu oprește pe creditor să treacă la valorificarea bunului. Apelul se soluționează de urgență potrivit regulilor de la ordonanța președințială.

(4) Instanța poate dispune încetarea executării pornite de creditor, dacă debitorul a plătit, precum și restituirea bunului de către creditor. Dacă instanța constată că vânzarea ar urma să se facă cu încălcarea dispozițiilor prezentei secțiuni, va stabili condițiile și regulile corespunzătoare și va încuviința valorificarea bunului”.

⁴¹² Dispõe o art. 2.453:

“Art. 2.453. A qualquer momento até a venda do bem pelo credor, o devedor e qualquer interessado poderão quitar o débito pagando inclusive as despesas razoáveis que houverem ocorrido para a retomada e venda do bem. Nesse caso, o credor é obrigado a aceitar o pagamento, a cessar imediatamente quaisquer atos de execução forçada e a devolver o bem ao devedor”.

Tradução livre de:

“Art. 2.453. În orice moment până la vânzarea bunului de către creditor, debitorul și orice persoană interesată pot executa obligația, plătind totodată cheltuielile rezonabile făcute pentru preluarea și vânzarea bunului. În acest caz, creditorul este obligat să accepte plata, să înceteze imediat orice măsură de executare silită și să restituie bunul debitorului”.

⁴¹³ Segundo o art. 2.455:

“Art. 2.455. (1) A venda do bem, de acordo com o procedimento regulado neste capítulo:

a) transfere ao comprador todos os direitos que o credor possuía sobre o bem;

b) extingue a hipoteca em virtude da qual a venda ocorreu;

c) extingue todas as outras hipotecas e privilégios, salvo disposição legal em contrário”.

Tradução livre de:

“Art. 2.455. (1) Vânzarea bunului în cadrul procedurii reglementate în prezentul capitol:

a) transferă cumpărătorului toate drepturile pe care constitutorul le are asupra bunului;

Ainda que realizada a venda, o devedor remanesce responsável pelo excedente da dívida⁴¹⁴. Por outro lado, se, paga a dívida, ainda restarem valores, o credor os disponibilizará a outros credores, entregando ao devedor apenas o que sobejar, deduzidas as despesas com a apropriação e a alienação. São vedados acordos que alterem essa destinação⁴¹⁵.

Na hipótese de venda de bem cuja propriedade não seja do devedor, o credor deve devolvê-lo a seu verdadeiro dono ou lhe entregar o produto da venda. Não responde por outros prejuízos se não conhecia tal circunstância⁴¹⁶. Caso desrespeite as regras de alienação,

b) stinge ipoteca în virtutea căreia vânzarea a avut loc;
c) stinge toate celelalte ipoteci și privilegii, dacă prin lege nu se prevede altfel”.

⁴¹⁴ Dispõe o art. 2.456:

“Art. 2.456. O devedor se mantém responsável pela parte da dívida que não houver sido coberta pelo preço obtido com a venda”.

Tradução livre de:

“Art. 2.456. Debitorul rămâne obligat personal pentru partea din creanță care nu este acoperită de prețul obținut din vânzare”.

⁴¹⁵ Preceitua o art. 2.459:

“Art. 2.459. (1) Após deduzir as despesas razoáveis em que incorreu para retomar, guardar, valorizar e vender o bem, o credor distribuirá o que houver sobejado a outros credores hipotecários e privilegiados, de acordo com a ordem de preferência, mesmo que os respectivos créditos estejam suspensos. Com relação a esses valores, o credor tem os direitos e obrigações de um administrador de bens, autorizado a conduzir uma administração simples, conforme disposto nos arts. 795-799.

(2) O valor restante será entregue ao devedor no prazo de três dias após o recebimento dos valores resultantes da recuperação do bem. Se o pagamento não puder ser efetuado, o valor será depositado em uma conta bancária e o devedor será notificado pelo credor.

(3) O credor deve elaborar imediatamente um relatório sobre a entrega e distribuição do montante, comunicando ao devedor, ao instituidor e aos demais credores hipotecários e privilegiados, registrando-se.

(4) Qualquer acordo entre o credor e o devedor que estabeleça outro destino aos montantes resultantes da execução será considerado não escrito”.

Tradução livre de:

“Art. 2.459. (1) După deducerea cheltuielilor rezonabile făcute de creditor cu preluarea, conservarea, luarea măsurilor pentru valorificarea bunului și cu vânzarea, creditorul distribuie sumele de bani realizate din executare creditorilor privilegiați și ipotecari potrivit ordinii de preferință, chiar dacă aceștia ar avea creanțe afectate de termen suspensiv sau de condiție rezolutorie. Cu privire la aceste sume, creditorul are drepturile și obligațiile unui administrator al bunurilor altuia împuternicit cu administrarea simplă, dispozițiile art. 795-799 aplicându-se în mod corespunzător.

(2) Suma rămasă disponibilă se predă debitorului în termen de 3 zile de la primirea sumelor rezultate din valorificarea bunului. Dacă plata nu poate avea loc, suma va fi depusă într-un cont bancar, urmând ca debitorul să fie înștiințat despre aceasta de către creditor.

(3) Creditorul va întocmi de îndată un proces-verbal despre eliberarea sau distribuirea sumei rezultate din executare. Acesta se va comunica imediat debitorului, constituitorului și celorlalți creditori privilegiați și ipotecari și se va înscrie la arhivă”.

(4) Orice înțelegere dintre creditor și debitor prin care se stabilește o altă destinație a sumelor rezultate din executare se consideră nescrisă”.

⁴¹⁶ Dispõe o art. 2.457:

“Art. 2.457. (1) O credor deve devolver ao proprietário o bem ou seu produto após saber que o devedor não era o proprietário do bem hipotecado.

(2) Se não sabia dessa circunstância até a distribuição do preço, devolvido o produto da venda, o credor estará isento de qualquer outra responsabilidade”.

Tradução livre de:

“Art. 2.457. (1) Creditorul trebuie să restituie proprietarului fie lucrul, fie prețul vânzării, îndată ce a aflat că debitorul nu este proprietarul bunului ipotecat.

é obrigado a ressarcir os prejuízos, além de pagar multa de um terço do valor da dívida⁴¹⁷. Está sujeito a penalidades análogas o credor que infringe as regras de recuperação extrajudicial do bem⁴¹⁸. A responsabilidade se dá não somente em relação ao devedor, mas também a outros credores prejudicados com a distribuição do preço⁴¹⁹.

Como resume Cătălin Gabriel Stănescu, o Código Civil romeno

prevê a execução privada de hipotecas sobre bens móveis, enquanto o Código de Processo Civil ainda rege o judicial. O credor garantido desfruta, portanto, das três opções que se qualificam como execução privada: vender o ativo hipotecado, mantê-lo na satisfação da dívida (execução judicial total ou parcial) ou administrá-lo (próximo ao controle administrativo do Reino Unido), mas este último só está disponível no caso de credores detentores de hipoteca sobre ativos pertencentes a uma entidade comercial e apenas por um período limitado de tempo (até a satisfação total da dívida garantida).

Para pôr em prática as possibilidades acima mencionadas, o credor tem o direito de primeiro tomar posse da garantia por seus próprios meios, apresentando toda a documentação que comprove o direito de propriedade do hipotecário. No entanto,

(2) În cazul în care creditorul nu cunoaște această împrejurare până la distribuirea prețului, el este exonerat de orice răspundere, dacă a restituit debitorului ceea ce rămâne din vânzarea bunului”.

⁴¹⁷ Determina o art. 2.474:

“Art. 2.474. (1) O credor que viola as regras de alienação dos bens hipotecados é responsável pelos danos sofridos.

(2) Ele também é obrigado a devolver os bens e a pagar à pessoa contra a qual a ação se iniciou um terço do valor da dívida hipotecária”.

Tradução livre de:

“Art. 2.474. (1) Creditorul care încalcă regulile de preluare a bunului ipotecat răspunde pentru pagubele pricinuite.

(2) El este, de asemenea, obligat să restituie bunurile și să plătească persoanei împotriva căreia a pornit urmărirea o treime din valoarea creanței ipotecare”.

⁴¹⁸ Nos termos do art. 2.475:

“Art. 2.475. (1) O credor que viola as regras estabelecidas nesta seção para a recuperação do bem hipotecado é responsável pelos danos causados.

(2) O credor também deve pagar à pessoa contra a qual a ação se iniciou um terço do valor da dívida hipotecária no momento da venda.

(3) Se a diferença entre o valor do bem hipotecado e o produto da execução for maior que o valor previsto no parágrafo (2), o credor é obrigado a pagar essa diferença.

(4) Ao pagar esses valores, o credor pode reter o preço de venda. No entanto, ele perde a parte da dívida hipotecária que não foi coberta após a busca do bem”.

Tradução livre de:

“Art. 2.475. (1) Creditorul care încalcă regulile stabilite de prezenta secțiune pentru valorificarea bunului ipotecat răspunde pentru prejudiciile cauzate.

(2) Creditorul este, de asemenea, dator să plătească persoanei împotriva căreia a pornit urmărirea o treime din valoarea creanței ipotecare la momentul vânzării.

(3) Dacă diferența dintre valoarea bunului ipotecat și prețul realizat prin urmărirea silită este mai mare decât suma prevăzută la alin.(2), creditorul este obligat să plătească această diferență.

(4) Plătind aceste sume, creditorul poate reține prețul vânzării. El pierde însă partea din creanța ipotecară care a rămas neacoperită după urmărirea bunului”.

⁴¹⁹ Dispõe o art. 2.477:

“Art. 2.477. O credor que violar as regras de distribuição do preço estabelecidas nesta seção é responsável pelos danos causados a outros credores, de acordo com a lei aplicável”.

Tradução livre de:

“Art. 2.477. Creditorul care încalcă regulile stabilite de prezenta secțiune pentru distribuirea prețului răspunde pentru prejudiciile cauzate celorlalți creditori potrivit dreptului comun”.

essa aquisição ocorre somente após uma notificação prévia ao hipotecário e somente se o contrato de hipoteca fornecer expressamente essa possibilidade. Se a aquisição privada não for possível ou o credor não desejar utilizá-la, ele poderá solicitar o apoio do tribunal para a execução judicial⁴²⁰.

Tal sistema se distingue do norte-americano em aspectos pontuais. O mais relevante talvez seja o direito do devedor de apresentar oposição prévia à alienação do bem. Observa Cătălin Gabriel Stănescu que,

Na Romênia, a venda da garantia somente pode ocorrer depois que um tribunal a aprova. O pedido é julgado em tribunal aberto, com a intimação de todas as partes, e o credor deve anexar todos os documentos que atestem a existência e perfeição de seu interesse em segurança. Além dessa aprovação prévia obrigatória do tribunal, o credor tem praticamente os mesmos direitos que seu homólogo dos EUA: ele pode vender os produtos “como são” ou, depois de adotar medidas comercialmente razoáveis para aumentar seu valor, pode vendê-los em leilão público ou diretamente, independentemente do método, maneira, hora, local ou condições, desde que o “padrão comercialmente razoável” seja cumprido. Se o produto resultante da venda não for suficiente para cobrir a dívida e as despesas razoáveis, o devedor permanecerá pessoalmente responsável pela diferença, mas o credor terá agora o *status* de credor quirografário⁴²¹.

Além disso, a lei romena autoriza que a venda seja realizada ainda que o bem não esteja em mãos do credor:

A mercadoria pode ser vendida pelo credor mesmo que ainda esteja na posse do devedor, uma vez que a lei habilita expressamente o credor a tomar posse da mercadoria (art. 2.447). Mas o direito do comprador de tomar posse do bem, após a venda, cobre apenas a situação em que o bem ainda está na posse do devedor. Se

⁴²⁰ STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., p. 41-42. Tradução livre de: “provides for the private enforcement of mortgages over movables, while the Code of Civil Procedure still governs the judicial one. The secured creditor thus enjoys the three options that qualify as private enforcement: to sell the mortgaged asset, to keep it in satisfaction of the debt (full or partial strict foreclosure) or to administer it (close to the UK administrative receivership), but the latter is only available in the case of creditors holding a mortgage over the assets belonging to a commercial entity and only for a limited period of time (until full satisfaction of the secured debt). [...] In order to set in practice the abovementioned possibilities, the creditor is entitled to first take possession by his own means of the collateral, together with all documentation attesting the ownership right of the mortgagor. However, such takeover occurs only after a prior notification to the mortgagor and only if the mortgage agreement expressly provides such possibility. If privately conducted takeover is not possible, or the creditor does not wish to make use of it, then he will be entitled to ask for the support of the court for judicial enforcement”.

⁴²¹ STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., p. 129-130. Tradução livre de: “In Romania, the sale of the collateral may take place only after a court has approved the foreclosure. The request is trialed in open court, with the subpoena of all parties, and the creditor must attach all documents attesting the existence and perfection of his security interest. Besides this mandatory prior approval from the court, the creditor enjoys pretty much the same rights as his US counterpart: he may sell the goods ‘as they are,’ or after taking commercially reasonable measure to increase their value, he may sell them at a public auction or directly, notwithstanding the method, manner, time, place or conditions as long as the ‘commercially reasonable standard’ is complied with. If the proceeds resulting from the sale do not suffice in covering the debt and reasonable expenses, the debtor shall remain personally liable for the difference, but the creditor will now have the status of an unsecured creditor”.

a mercadoria estiver na posse de terceiros, a venda deverá ocorrer após a posse da mercadoria pelo credor⁴²².

A lei romena ainda autoriza a administração do bem, para fins de pagamento da dívida:

Nos EUA, o UCC autoriza o credor em posse da garantia a vender, arrendar ou de outra forma alienar uma ou todas as garantias após inadimplência. As leis do Reino Unido e da Romênia fornecem, além dos direitos acima, o direito do credor de administrar, direta ou indiretamente, a garantia, sob a supervisão do tribunal. Todas essas possibilidades se materializam por uma transação pública (um leilão público) ou por uma venda privada (que incluiria qualquer outro método que não seja um leilão público)⁴²³.

Por fim, o Direito romeno prevê sanções para o credor que se utiliza ilicitamente do direito de recuperação extrajudicial. Ressalta Cătălin Gabriel Stănescu:

Na Romênia, o RNCC manteve as sanções [...]. O que o legislador fez foi adicionar uma penalidade civil além da obrigação de reparar qualquer dano ou cobrir quaisquer perdas causadas pelo não cumprimento, pelo credor, das disposições legais relativas à retomada ou à venda da garantia. Portanto, por qualquer violação das regras que regem a reintegração de posse ou a execução, o credor deve pagar uma penalidade de um terço do valor dos bens recuperados [...]⁴²⁴.

De modo geral, o Código Civil romeno aperfeiçoa o sistema norte-americano, prevendo direito de defesa prévia à alienação, além de sanção para o caso de descumprimento das normas atinentes à recuperação extrajudicial. Não deixa de ser surpreendente, porém, tenha importado a Romênia, quase que sem ressalvas, um instituto com características totalmente estranhas à *civil law*.

⁴²² STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., nota de rodapé da p. 130. Tradução livre de “The good can be sold by the creditor even if it is still in the possession of the debtor, since the law expressly empowers the creditor to take possession of the goods (Art. 2.447). But the right of the buyer to take into possession the good, after the sale, covers only the situation where the good is still in the possession of the debtor. If the good is in the possession of a third party, the sale must occur after the good was taken into possession by the creditor”.

⁴²³ STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., p. 128-129. Tradução livre de: “In the US, the UCC authorizes the creditor in possession to sell, lease or otherwise dispose of any or all of the collateral after default. UK and Romanian laws provide, in addition to the rights above, the right of the creditor to administer, directly or indirectly, the collateral, under the supervision of the court. All these possibilities materialize either by a public transaction (a public auction) or by a private sale (which would include every other method that is not a public auction)”.

⁴²⁴ STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks*, cit., p. 146. Tradução livre de: “In Romania, the RNCC has kept the [...]. What the legislator did was to add a civil penalty on top of the obligation to repair any damages or cover any losses caused by creditor’s noncompliance with the legal provisions concerning either the retake or the sale of the collateral. Hence, for any breach of rules governing repossession or foreclosure, the creditor is to pay a penalty of one-third of the value of repossessed [...]”.

4.1.4 Austrália

Com o *Personal Property Securities Act* de 2009, a Austrália adotou sistema de garantias móveis inspirado no Artigo 9 do UCC. Anota Tibor Tajti que,

Com a nova Lei de Garantias sobre Bens Móveis de 2009 (Cth) (“APPSA”), a Austrália se tornou a quarta jurisdição a adotar um sistema abrangente de leis de garantias sobre bens móveis (“PPSL”). No centro está o conceito unitário de garantia, cujo protótipo era o Artigo 9 do Código Comercial Uniforme dos Estados Unidos⁴²⁵.

Por meio de tal sistema, permite-se a recuperação por iniciativa particular, inclusive de bens imateriais⁴²⁶, desde que respeitados os princípios gerais de boa-fé e atuando-se de maneira comercialmente razoável⁴²⁷. Para tanto, exige-se apenas tenha havido inadimplemento. Como observa David Brown, “o capítulo 4 [do *Personal Property Securities Act* de 2009] prevê apreensão ‘por qualquer método permitido por lei’, desde que tenha havido inadimplência, embora esta última não esteja definida em lei [...]”⁴²⁸.

⁴²⁵ TAJTI, Tibor. Testing the equivalence of the new comprehensive Australian Personal Properties Securities Act, its segmented European equivalents and the draft common frame of reference. *Bond Law Review*, Queensland, v. 24, 2013. p. 85. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol24/iss1/4>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁴²⁶ “123 Secured party may seize collateral
(1) A secured party may seize collateral, by any method permitted by law, if the debtor is in default under the security agreement.
Seizing intangible property
(2) For the purposes of this Act, unless subsection (3) applies, a secured party may seize intangible property only by giving a notice, stating that the giving of the notice constitutes seizure of the property, to the following persons:
(a) the grantor;
(b) if the intangible property is a licence—either:
(i) the licensor; or
(ii) the licensor’s successor.
(3) Intangible property may be seized by another method, if so agreed between:
(a) the parties to the security agreement; or
(b) if the intangible property is a licence—the parties to the security agreement together with the licensor or the licensor’s successor.
No perfection by seizure
(4) A secured party who seizes collateral under this section does not perfect the secured party’s security interest in the collateral.”

⁴²⁷ “Part 4.2—General rules
111 Rights and duties to be exercised honestly and in a commercially reasonable manner
(1) All rights, duties and obligations that arise under this Chapter must be exercised or discharged:
(a) honestly; and
(b) in a commercially reasonable manner.
(2) A person does not act dishonestly merely because the person acts with actual knowledge of the interest of some other person.”

⁴²⁸ BROWN, David. Australian Secured Transactions Law Reform. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 6289 da versão digital. Tradução livre de: “Chapter 4 provides for seizure ‘by any method permitted by law’, provided there has been default, though the latter is not statutorily defined [...]”.

Antes de realizar a recuperação extrajudicial, cabe ao credor, de regra, notificar o garantidor e qualquer outra pessoa que também esteja garantida pelo bem⁴²⁹. Realizada a busca, por sua vez, o credor deve vender o bem ou tomá-lo em pagamento, dentro de período razoável⁴³⁰. Essa venda pode ocorrer em leilão público ou privado⁴³¹, exigindo-se, porém,

⁴²⁹ “Part 4.3—Seizure and disposal or retention of collateral
Division 1—Introduction

[...]

If a secured party proposes to dispose of, or retain, collateral, the party must give notice to the grantor and any other secured party with a security interest in the collateral that has a higher priority. A notice of disposal may be given in the approved form, while a notice of retention must be given in the approved form.

[...]

130 Notice of disposal of collateral

(1) Unless subsection (5) of this section or section 144 applies, a secured party who proposes to dispose of collateral on default by the debtor (whether or not under section 128) must give a notice, in accordance with this section, to:

(a) the grantor; and

(b) any other secured party with a security interest in the collateral that has a higher priority.

(5) The secured party is not required to give a notice to any person under subsection (1) if:

(a) the secured party believes on reasonable grounds that the secured party was induced to enter into the relevant security agreement by fraud on the part of the debtor or the grantor; or

(b) the secured party believes on reasonable grounds that the collateral might perish before the end of 10 business days after the day the collateral is seized; or

(c) the secured party believes on reasonable grounds that there will be a material decline in the value of the collateral if it is not disposed of immediately after the day the collateral is seized; or

(d) the secured party believes on reasonable grounds that the expense of preserving the collateral is disproportionately large in relation to its value; or

(e) the collateral is foreign currency; or

(f) the collateral is to be disposed of in accordance with the operating rules of a clearing and settlement facility.

[...]

144 “When certain enforcement notices are not required

A secured party is not required to give a notice to a person under section 95, 118, 121, 130, 132 or 135, if:

(a) after having made reasonable attempts, the secured party has failed to locate the person; or

(b) for the grantor—after the debtor defaults, the grantor waives in writing the grantor’s right to receive the notice; or

(c) for a person other than the grantor—the person (at any time) waives in writing the person’s right to receive the notice; or

(d) in any case—on an ex parte application in relation to the person, a court is satisfied that a notice is not required for any other reason.”

⁴³⁰ “125 Obligation to dispose of or retain collateral

(1) A secured party who seizes collateral under section 123 must:

(a) dispose of the collateral in accordance with Division 3; or

(b) take action to retain the collateral in accordance with Division 4.

(2) Before disposing of or taking action to retain the collateral, the secured party is, subject to the security agreement that covers the collateral, entitled to a reasonable period in which:

(a) to secure, store and value the collateral; and

(b) to determine how to deal with the collateral.

(3) The secured party may delay disposing of, or taking action to retain, the whole or part of the collateral beyond the reasonable period mentioned in subsection (2). However, the delay must:

(a) if the security agreement providing for the security interest allows for the delay—be in accordance with the security agreement; or

(b) otherwise—be reasonable in the circumstances.”

⁴³¹ “128 Secured party may dispose of collateral

que se chegue ao valor de mercado da coisa ao momento da venda⁴³². Caso, por outro lado, o credor tome a coisa para si, em pagamento da dívida, deverá antes notificar o garantidor⁴³³, a fim de que, em assim desejando, possa apresentar objeção⁴³⁴, assegurado o direito de purga da mora⁴³⁵. Posteriormente, o produto da venda deve ser distribuído na ordem legal⁴³⁶.

(1) A secured party may dispose of collateral if the secured party has seized the collateral in the exercise of a right to seize the collateral on default by the debtor (whether under section 123 or otherwise).

(2) A secured party may dispose of collateral under this section:

(a) by private or public sale (including auction or closed tender); or

(b) by lease, if the security agreement so provides; or

(c) if the collateral is intellectual property – by licence.”

⁴³² “131 Duty of secured party disposing of collateral to obtain market value

A secured party who disposes of collateral under section 128 (other than by purchasing the collateral) owes a duty, to any other person with a security interest in the collateral, and to the grantor, immediately before the disposal, to exercise all reasonable care:

(a) if the collateral has a market value at the time of disposal—to obtain at least that market value; or

(b) otherwise—to obtain the best price that is reasonably obtainable at the time of disposal, having regard to the circumstances existing at that time.”

⁴³³ “Division 4—Retaining collateral

134 Proposal of secured party to retain collateral

(1) A secured party may retain collateral if the secured party has seized the collateral in the exercise of a right to seize the collateral on default by the debtor (whether under section 123 or otherwise).

(2) However, the secured party may retain the collateral only if:

(a) the secured party gives a notice under section 135 to retain the collateral; and

(b) no notice of objection is given to the secured party in accordance with subsection 137(2).”

⁴³⁴ “137 Persons entitled to notice may object to proposal

(1) This section applies if:

(a) a person is entitled to a notice under section 130 or 135; and

(b) a secured party gives the person one of the following notices:

(i) a notice under section 130 that the secured party proposes to purchase collateral;

(ii) a notice under section 135 that the secured party proposes to retain collateral.

(2) Before the end of the day specified in accordance with subsection 130(3) or 135(3), the person may give the secured party a notice (the notice of objection) objecting to the purchase or retention.

(3) The secured party must sell or lease the collateral in accordance with section 128 if the secured party is given a notice of objection in accordance with subsection (2).”

⁴³⁵ “142 Entitled persons may redeem collateral

(1) At any time before a secured party disposes of collateral under section 128, any other person with a security interest in the collateral, or the grantor, may redeem the collateral:

(a) by paying the amounts required to discharge the obligations, or by performing the obligations, secured by security interests in the collateral; and

(b) by paying the amount of any expenses in relation to the enforcement of the security interest, the payment of which is secured by the security interest.

(2) However, a person must not redeem collateral under subsection (1) if the person agrees in writing after the default not to do so.

(3) The grantor’s right to redeem the collateral has priority over any other person’s right to redeem the collateral.”

⁴³⁶ “140 Distribution of proceeds received by secured party

[...]

Order of application

(2) The amount, personal property or proceeds must be applied in the following order:

(a) obligations to persons holding interests (other than security interests) in the collateral that have a higher priority (whether under this Act or otherwise) than the interest of the secured party;

(b) reasonable expenses incurred in relation to the enforcement of security interests against the collateral, to the extent that the expenses are secured by the security interests;

(c) obligations to persons holding security interests in the collateral that have a higher priority (whether under this Act or otherwise) than the interest of the secured party;

(d) obligations to the secured party that are secured by the security interest in the collateral;

O sistema australiano adiciona ao estadunidense o requisito do respeito à boa-fé, além de estabelecer requisitos temporais à prática de certos atos⁴³⁷

4.1.5 Nova Zelândia

Como anota Mike Gedye,

Em 1º de maio de 2002, a Nova Zelândia se tornou o primeiro país da Commonwealth fora da América do Norte a implementar um regime de garantias baseado nos princípios introduzidos cerca de 50 anos antes pelo Artigo 9 do *Uniform Commercial Code* dos Estados Unidos da América [...]⁴³⁸.

De acordo com a Lei de Garantias da Nova Zelândia, em caso de mora ou de risco à garantia, o credor pode proceder à reintegração extrajudicial do bem⁴³⁹, tomando-o em pagamento⁴⁴⁰ ou alienando-o em seguida, pelo melhor preço possível⁴⁴¹, por venda pública

(e) obligations to persons holding interests or security interests in the collateral that have a lower priority (whether under this Act or otherwise) than the interest of the secured party;
(f) to the grantor.

[...]

(7) A secured party is not liable to an action, suit or proceeding in relation to an application of proceeds in accordance with this section if:

(a) the secured party applied the proceeds honestly; and

(b) the secured party applied the proceeds in a commercially reasonable manner.”

⁴³⁷ Quanto a esse aspecto, *vide* demais disposições do *Personal Property Securities Act*, aqui não transcritas por serem muito extensas.

⁴³⁸ GEDYE, Mike. The New Zealand perspective. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 4869-4870 da versão digital. Tradução livre de: “On 1 May 2002 New Zealand became the first Commonwealth country outside North America to implement a secured transactions regime based on the principles first introduced some 50 years earlier by Article 9 of the Uniform Commercial Code of the United States of America [...]”.

⁴³⁹ “Disposal of collateral on default

109. Secured party may take possession of and sell collateral

(1) A secured party may take possession of and sell collateral when

(a) the debtor is in default under the security agreement; or

(b) the collateral is at risk [...].”

⁴⁴⁰ “120. Proposal of secured party to retain collateral

(1) A secured party with priority over all other secured parties may, after default under the security agreement concerned, propose to take the collateral in satisfaction of the obligation secured by it.

(2) The secured party must give notice of the proposal to the persons listed in section 114(1).”

⁴⁴¹ “110. Duty of secured party selling collateral to obtain best price reasonably obtainable

A secured party who exercises a power of sale of collateral under section 109 owes a duty to obtain the best price reasonably obtainable as at the time of sale [...].”

ou privada⁴⁴², mediante prévia notificação ao credor e aos demais interessados⁴⁴³, excetuadas situações pontuais⁴⁴⁴.

Alienada ou apropriada a coisa, extinguem-se o procedimento e os direitos sobre a garantia⁴⁴⁵, seguindo-se à distribuição do excedente⁴⁴⁶.

⁴⁴² “113. Methods of sale of collateral

A secured party may effect a sale of collateral under section 109 by auction, public tender, private sale, or another method.”

⁴⁴³ “114. Notice of sale of collateral

(1) A secured party who intends to sell collateral under section 109 must, not less than 10 working days before selling the collateral, give notice to the following persons:

(a) the debtor:

(b) any person who has registered a financing statement in respect of the collateral that is effective at the time the secured party took possession of the collateral:

(c) any other person that has given the secured party notice that that person claims an interest in the collateral.”

⁴⁴⁴ “114. [...] (2) Subsection (1) does not apply if

(a) the collateral may perish within 10 working days of the secured party taking possession; or

(b) the secured party believes on reasonable grounds that the collateral will decline substantially in value if it is not disposed of immediately; or

(c) the cost of care and storage of the collateral is disproportionately large in relation to its value; or

(d) the collateral is foreign currency; or

(e) the collateral consists of inventory; or

(f) the security interest arises under an instrument creating a charge on the property of a body corporate that comprises all, or substantially all, of the assets of the body corporate (whether or not there is a collateral security interest in the collateral securing the same debt or obligation); or

(g) after the secured party takes possession of the collateral, every person entitled to receive notice under subsection (1) consents in writing to the immediate sale of the collateral; or

(h) a court grants leave to the secured party to sell collateral under section 109 without complying with subsection (1) [...]”

⁴⁴⁵ “115. Extinguishment of subordinate security interests on sale

If collateral has been sold under section 109, all security interests in the collateral and its proceeds that are subordinate to the security interest of the secured party who sold the collateral are extinguished on the sale of the collateral.”

⁴⁴⁶ “117. Distribution of surplus

(1) If a secured party has applied collateral under section 108 or sold collateral under section 109, as the case may be, the secured party must pay the following persons the amount of any surplus by satisfying the claims of those persons in the following order:

(a) any person who has registered a financing statement in the name of the debtor over the collateral that is sold where

(i) the registration was effective immediately before the collateral was applied or sold; and

(ii) the security interest relating to that registration was subordinate to the security interest of the secured party who applied or sold the collateral:

(b) any other person who has given the secured party notice that that person claims an interest in the collateral that is sold and in respect of which the secured party is satisfied that that person has a legally enforceable interest in the collateral:

(c) the debtor [...]”

4.1.6 Jersey

O antigo regime de garantias de Jersey não adotava a autoexecutoriedade como regra. Como anotam Roy Goode e Jhon Rainer, sob a legislação anterior “a venda era o único remédio contra a mora e não podia ser realizada sem a permissão do tribunal, a menos que acordado de outra forma [...]”⁴⁴⁷.

No atual sistema de Jersey, o credor, notificando o devedor acerca da mora, pode iniciar o processo executivo extrajudicial⁴⁴⁸, vendendo, administrando ou se apropriando do bem, em satisfação do crédito⁴⁴⁹. Antes de praticar tais atos, no entanto, deve informar de sua intenção ao garante e a outros interessados na garantia⁴⁵⁰, salvo exceções pontuais⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ GOODE, Roy; RAINER, Jhon. Reforming the Law of Secured Transactions in Jersey. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 7860 da versão digital. Tradução livre de: “sale was the sole default remedy and could not be effected without leave of the court unless otherwise agreed, Part 7 provides a battery of remedies which do not require leave of the court”.

⁴⁴⁸ “43. Enforcement

(1) The power of enforcement in respect of a security interest shall become exercisable when –

(a) an event of default has occurred in relation to the security agreement that created or made provision for the security interest; and

(b) the secured party has served on the grantor written notice specifying the event of default [...].”

⁴⁴⁹ “43. [...] (2) A secured party may exercise the power of enforcement in respect of a security interest by doing any of the following in relation to the collateral that is subject to such security interest, or in relation to any proceeds of that collateral –

(a) appropriating the collateral or proceeds;

(b) selling the collateral or proceeds;

(c) taking any of the following ancillary actions –

(i) taking control or possession of the collateral or proceeds,

(ii) exercising any rights of the grantor in relation to the collateral or proceeds,

(iii) instructing any person who has an obligation in relation to the collateral or proceeds to carry out the obligation for the benefit of the secured party;

(d) applying any remedy that the security agreement provides for as a remedy that is exercisable pursuant to the power of enforcement, to the extent that the remedy is not in conflict with this Law.”

⁴⁵⁰ “44. Notice of appropriation or sale of collateral

(1) A secured party who, under this Part, appropriates collateral shall, not less than 14 days before appropriating the collateral, give written notice to the following persons –

(a) the grantor;

(b) any person who, 21 days before the appropriation, has a registered security interest in the collateral;

(c) any person other than the grantor who has an interest in the collateral and has, not less than 21 days before the appropriation, given the secured party notice of that interest.

(2) A secured party who, under this Part, sells collateral shall, not less than 14 days before selling the collateral, give written notice to the following persons –

(a) the grantor;

(b) any person who, 21 days before the sale, has a registered security interest in the collateral;

(c) any person other than the grantor who has an interest in the collateral and has, not less than 21 days before the sale, given the secured party notice of that interest [...].”

⁴⁵¹ “44. [...] (3) Paragraph (2) does not apply to the extent that –

(a) the collateral is a quoted investment security, or anything else prescribed for the purposes of this paragraph;

Após, procede-se à alienação ou à apropriação do bem⁴⁵², que deverá ser avaliado por critérios comercialmente razoáveis, de forma a se chegar a um preço justo⁴⁵³. Alienada ou apropriada a coisa, extingue-se o procedimento⁴⁵⁴, seguindo-se à distribuição do excedente⁴⁵⁵. Os tribunais, por sua vez, podem ser acionados para auxiliar nesse procedimento, expedindo as ordens necessárias à execução extrajudicial⁴⁵⁶.

(b) the secured party believes on reasonable grounds that the collateral will decline substantially in value if it is not disposed of within 14 days after the relevant event of default; or
 (c) for any other reason, the Royal Court orders, on an ex parte application, that notice need not be given under paragraph (2).”

⁴⁵² “45. Methods of sale of collateral

(1) A secured party may effect a sale of collateral under this Part by auction, public tender, private sale, or another method.

(2) A secured party is not prevented by this Part from buying collateral that the secured party sells under this Part.”

⁴⁵³ “46. Duty to obtain fair valuation or fair price

(1) A secured party who appropriates collateral under this Part owes a duty –

(a) to take all commercially reasonable steps to determine the fair market value of the collateral, as at the time of the appropriation; and

(b) to act in other respects in a commercially reasonable manner in relation to the appropriation.

(2) A secured party who sells collateral under this Part owes a duty –

(a) to take all commercially reasonable steps to obtain fair market value for the collateral, as at the time of the sale;

(b) to act in other respects in a commercially reasonable manner in relation to the sale; and

(c) to enter any agreement for or in relation to the sale only on commercially reasonable terms [...].”

⁴⁵⁴ “47. Extinction of subordinate security interests on appropriation or sale

If collateral is appropriated or sold under this Part, all security interests in the collateral and its proceeds that are subordinate to the security interest of the secured party who appropriated or sold the collateral shall be extinguished on the appropriation or sale of the collateral.”

⁴⁵⁵ “49 Distribution of surplus

(1) If a secured party has appropriated, or sold, collateral under this Part, the secured party shall pay the following persons the amount of any resulting surplus by satisfying the claims of those persons in the following order –

(a) first any person who has a subordinate security interest in the collateral and has registered a financing statement over that security interest (where the registration remained effective immediately before the appropriation or sale);

(b) then any other person (other than the grantor) who has given the secured party notice that that person claims an interest in the collateral and in respect of which the secured party is satisfied that that person has a legally enforceable interest in the collateral;

(c) finally the grantor [...].”

⁴⁵⁶ “52 Court may facilitate realization of collateral

The Royal Court may, on application by the secured party when an event of default occurs in relation to a security agreement, make any of the following orders if it appears to the Court reasonably necessary to do so in order to make it possible or practicable for the secured party to exercise his or her rights under this Part –

(a) an order for delivery of collateral to the secured party;

(b) an order transferring collateral into the name of the secured party;

(c) an order vesting title to the collateral in the secured party free of the right of redemption or reinstatement under Article 54;

(d) an order enforcing an instruction given under Article 43(2)(c)(iii);

(e) any other order.”

4.1.7 Reino Unido

Asress Adimi Gikay e Cătălin Gabriel Stănescu anotam que “o Reino Unido não tem uma lei garantias móveis que se assemelhe ao modelo unitário preconizado pelo Artigo 9 [...]”⁴⁵⁷. Como afirmam Magda Raczynska e Louise Gullifer, porém,

A lei inglesa de garantias móveis desenvolveu uma série de instrumentos que são utilizados na proteção contra riscos, alguns especificamente ligados às garantias creditícias (garantias tradicionais: desconto, hipoteca, penhor) e outros desenvolvidos originalmente para contexto diverso do de garantias, mas que são utilizados como tal (por exemplo, reserva da propriedade na compra e venda, *leasing*) [...]”⁴⁵⁸.

Para fazer uso de tais instrumentos, de viés autoexecutável, Asress Adimi Gikay e Cătălin Gabriel Stănescu observam que

Os credores devem providenciar a notificação dos devedores antes da rescisão de um contrato ou da execução da garantia. Nos casos em que tiver havido inadimplemento por parte do devedor, sob as normas de 2006, este deve fornecer 14 dias para purgar a mora. [...] As notificações da inadimplência não são necessárias quando o credor está simplesmente buscando a cobrança de parcelas em atraso, mas apenas quando reclama indenização, a execução do contrato ou reintegração de posse⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ GIKAY, Asress Adimi; STĂNESCU, Cătălin Gabriel. The reluctance of civil law systems in adopting the UCC Article 9 “without breach of peace” standard: evidence from national and international legal instruments governing secured transactions. *Journal of Civil Law Studies*, Berkeley, v. 10, 2017. p. 121. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol10/iss1/7>. Acesso em: 19 out. 2020. Tradução livre de: “the UK does not have a secured trans-action law that resembles the unitary model advocated by Article 9 [...]”.

⁴⁵⁸ RACZYNSKA, Magda; GULLIFER, Louise. The English Law of Personal Property Security: under-reformed? In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 9172 da versão digital. Tradução livre de: “The English law of personal property has developed a range of techniques that are used to protect against credit risk, some of which arose solely to secure credit (traditional security interests: charge, mortgage, pledge, lien) while others developed originally in contexts other than security but are used as such (for example, retention of title agreements in contracts of sale, hire purchase or leases) [...]”.

⁴⁵⁹ GIKAY, Asress Adimi; STĂNESCU, Cătălin Gabriel. The reluctance of civil law systems in adopting the UCC Article 9 “without breach of peace” standard, cit., p. 122-123. Tradução livre de: “Creditors must provide debtors with notices before they can terminate an agreement, recover possession of any good, or enforce any security. In those cases where there has been a breach of contract by the debtor, under the 2006 amendments, it must be provided with 14 days (under CCA 1974, there were only 7) to cure the breach. [...] Default notices are not required when the creditor is simply looking for recovery of arrears of instalments, but only when it claims damages for breach, enforcement of the agreement or repossession”.

Após,

ao receber a notificação, o devedor tem duas opções, cumprir ou não. Se ele cumprir integralmente antes da data assinalada, a mora estará sanada e tratada como se nunca tivesse ocorrido. No caso de o devedor não a atender dentro do prazo determinado, a suspensão dos direitos do credor termina e ele ou ela pode agora recorrer à rescisão do contrato, à reintegração de posse da mercadoria e à cobrança dos consectários da mora. De fato, apesar de ser uma jurisdição de *common law* (geralmente favorável a remédios de autotutela), o Reino Unido possui regulamentação mais detalhada de notificações acerca de inadimplência em comparação com o restante das jurisdições analisadas [...]”⁴⁶⁰.

Esse cenário, para os autores, leva à conclusão de que “o Reino Unido parece ter escolhido o pior dos dois mundos, pois enfatiza demais a importância da notificação prévia, que caracteriza as jurisdições da *civil law*, e sofre com a falta de padrões claros, dando origem às mesmas críticas ouvidas nos EUA [...]”⁴⁶¹.

4.1.8 Hungria

A Hungria vem alterando substancialmente seu sistema de garantias para buscar lugar no sistema capitalista. Como anota Tajti Tibor, a reforma se inicia em resposta à necessidade de modernização do Código Civil húngaro, que foi promulgado em 1959, sob o regime socialista. “Esse fato é relevante porque – de acordo com o que, na época, considerava válido o regime socialista – a importância dos créditos era substancialmente desprezada, por razões demagógicas e políticas”⁴⁶². Esse cenário reduziu a Hungria, durante a experiência socialista, a um modelo que se restringia basicamente “ao penhor de móveis e

⁴⁶⁰ GIKAY, Asress Adimi; STĂNESCU, Cătălin Gabriel. The reluctance of civil law systems in adopting the UCC Article 9 “without breach of peace” standard, cit., p. 124. Tradução livre de: “Upon receiving the notice, the debtor has two options, to either comply or not. If he or she complies in full before the established date for that purpose, then the breach is cured and treated as if it never occurred. In the case that the debtor does not comply within the given term, the suspension of the creditor’s rights ends and he or she may now resort to the termination of the agreement, repossession of the goods, and levy of a default charge. In fact, although being a common-law jurisdiction (generally favorable to self-help remedies), the UK has the most detailed regulation of default notices compared to the rest of the jurisdictions analyzed. [...]”.

⁴⁶¹ GIKAY, Asress Adimi; STĂNESCU, Cătălin Gabriel. The reluctance of civil law systems in adopting the UCC Article 9 “without breach of peace” standard, cit., p. 124. Tradução livre de: “the UK seems to have picked the worst of both worlds, for it overemphasizes the importance of prior-notice, which characterizes civilian jurisdictions, and suffers from the lack of clear standards, giving rise to the same criticism heard in the U.S. [...]”.

⁴⁶² TAJTI, Tibor. Viehweg’s topics, Article 9 UCC, the “Kautelanische Sicherheiten” and the Hungarian Secured Transactions Law Reform. *The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*. Wien: Moot Aluminu Association, v. 6, 2002. p. 109. Tradução livre de: “This fact is of relevance because – in accordance with what at that time was a valid socialist view – the importance of credits was substantially degraded for demagogical and political reasons [...]”.

à hipoteca de imóveis [...], [o qual] permaneceu intacto até a queda do antigo regime, por volta do ano de 1990”⁴⁶³. Com a abertura que se seguiria, o país resgatou instrumentos capitalistas que eram praticados à época da Primeira Guerra Mundial, “precursores das reformas da década de 1990, os quais conseguiram incorporar à lei húngara categorias da *common law* como hipoteca móvel e a garantias flutuantes [...]”⁴⁶⁴. Sob esse contexto é que ocorreriam as reformas legislativas que culminaram no Código Civil húngaro de 2013.

Entretanto, a despeito dessa guinada, a Hungria manteve raízes nos cânones da *civil law*, como a proibição do pacto comissório⁴⁶⁵. Analogamente ao que ocorre no Direito brasileiro, o Código Civil húngaro só permite que o devedor dê a coisa em pagamento depois do vencimento da dívida, o que não encerra hipótese de autotutela mas meio de extinção da obrigação, calcada na vontade do próprio devedor⁴⁶⁶.

Por outro lado, o ordenamento húngaro adotou formas extrajudiciais de apreensão e alienação das garantias, a fim de se adequar aos anseios do mercado de crédito aflorado do capitalismo.

O modelo de execução extrajudicial de garantias húngaro, em linhas gerais, como anotam Asress Adimi Gikay e Cătălin Gabriel Stănescu, assenta-se sobre as seguintes premissas:

⁴⁶³ TAJTI, Tibor. Vihweg’s topics, Article 9 UCC, the “Kautelanische Sicherheiten” and the Hungarian Secured Transactions Law Reform, cit., p. 109. Tradução livre de: “to possessory pledge of movables and mortgage of immovables [...], [which] remained intact until the break of the former regime around the year of 1990”.

⁴⁶⁴ TAJTI, Tibor. Vihweg’s topics, Article 9 UCC, the “Kautelanische Sicherheiten” and the Hungarian Secured Transactions Law Reform, cit., p. 109. Tradução livre de: “forerunners of the reform Acts of the 1990s as they managed to incorporate such common law categories as chattel mortgage and floating charge into Hungarian law [...]”.

⁴⁶⁵ Na versão inglesa do Código Civil húngaro: “§ 5:136. [Prohibition of acquisition of the pledged property by the lien holder].

Any agreement concluded for transferring ownership of the pledged property to the lien holder at the time of opening of the right to satisfaction shall be null and void”.

⁴⁶⁶ Na versão inglesa: “§ 5:137(1): (1) Following the effective date of his right to satisfaction, the lien holder may offer to the lienor to accept ownership of the pledged property in satisfaction of the secured claim in whole or in part.

[...]

(5) If the lienor accepts in writing the lien holder’s offer within twenty days from the date of receipt thereof, and the persons referred to in Subsection (3) do not object in writing to the lien holder’s offer within twenty days from the date of receipt thereof, the lien holder and the lienor shall enter into a sales contract, on the basis of which the lienor is required to transfer possession of the pledged property, or to make out an authorization for the registration of ownership. Upon the transfer of ownership, the claim secured by a pledge shall cease to exist in part or in whole, according to the contents of the offer”.

[existência de] (a) mora do devedor; (b) direito do credor de solicitar a entrega da garantia para efeitos de alienação; (c) notificação (dez dias para garantia móvel e vinte dias para garantia imóvel) e (d) a obrigação do devedor de devolver a garantia e abster-se de conduta que impeça o credor garantido de vender a garantia [...]”⁴⁶⁷.

O Código Civil húngaro estatuiu que, embora os meios judiciais sejam regra⁴⁶⁸, é dado ao credor valer-se de instrumentos extrajudiciais de satisfação do crédito, em caso de mora do devedor⁴⁶⁹. O credor pode, à sua escolha, vender o bem a terceiros ou tomá-lo para si, quer na hipoteca como no penhor⁴⁷⁰. O procedimento, por sua vez, varia conforme o credor tenha⁴⁷¹ ou não a posse da garantia⁴⁷².

Caso o credor já tenha a posse da coisa, deve notificar o devedor e outros interessados acerca de sua intenção de alienar o bem, com dez ou trinta dias de antecedência – aplicando-se o prazo maior no caso das relações de consumo⁴⁷³. Se, no entanto, ainda não

⁴⁶⁷ GIKAY, Asress Adimi; STĂNESCU, Cătălin Gabriel. The reluctance of civil law systems in adopting the UCC Article 9 “without breach of peace” standard, cit., p. 127. Tradução livre de: “(a) default of the debtor (b) the creditor’s right to request release of possession of the collateral for the purpose of disposition (c) notice (ten days for movable collateral and twenty days for immovable collateral) and (d) the debtor’s duty to surrender the collateral and refrain from conduct that prevents the secured creditor from selling the collateral [...]”.

⁴⁶⁸ “§ 1:6: Unless otherwise provided for by law, the rights afforded in this Act may be enforced by way of judicial process”.

⁴⁶⁹ “§ 5:126(1)(3): [Right to satisfaction]

(1) The lien holder’s right to satisfaction shall open in the case of default, when the claim secured by a pledge falls due.

[...]

(3) The lien holder shall have the option to exercise his right to satisfaction either by way of judicial enforcement or by means other than by judicial enforcement”.

⁴⁷⁰ “§ 5:127(1) [Modes of exercising the right to satisfaction other than by judicial enforcement]

(1) The right to satisfaction by means other than by judicial enforcement shall be exercised, at the lien holder’s discretion:

a) through the sale of the pledged property by the lien holder;

b) through the acquisition of the pledged property by the lien holder; or

c) through the enforcement of a hypothecated right or claim [...]”.

⁴⁷¹ § 5:131.

⁴⁷² § 5:132.

⁴⁷³ “§ 5:131: [Prior notification]

(1) The lien holder shall send notice in writing concerning his intention to sell the pledged property:

a) to the lienor, the designated lienor and the persons having guaranteed the designated lienor’s performance;

b) to the beneficiaries of other liens secured by the same property;

c) to all persons holding some right registered on the pledged property, if the pledged property has been registered; and

d) to the persons who sent notice in writing claiming to hold some right on the pledged property, with proof attached, more than ten days before the date of the lien holder’s notice.

(2) The prior notification shall be sent at least ten days, in the case of consumer pledge agreement, at least thirty days before the sale.

[...]

(4) The lien holder shall be entitled to sell the pledged property without prior notification if the pledged property:

está na posse da garantia, deve solicitar ao devedor sua entrega, para posterior venda⁴⁷⁴. Cumpridas tais etapas, aliena o bem no estado em que se encontra ou depois de beneficiá-lo, a fim de obter melhor preço, em venda pública ou privada⁴⁷⁵. Deve fazê-lo, porém, dentro de prazo adequado às circunstâncias, de acordo com a natureza do bem⁴⁷⁶, adotando meios razoáveis e procurando obter condições comerciais vantajosas⁴⁷⁷. Em caso de desrespeito a essas regras, o devedor pode ir a juízo para suspender ou alterar as condições da alienação⁴⁷⁸.

Apesar do avanço, a doutrina do Leste europeu critica o procedimento estatuído pelo Código Civil húngaro. Asress Adimi Gikay e Cătălin Gabriel Stănescu, por exemplo, não se conformam com o fato de que, para a obter a posse, o bem deva ser entregue de maneira consensual. Afirmam que

o procedimento não parece ser uma autotutela recuperatória, porque não permite ao credor garantido tomar posse da garantia. Apenas permite ao credor garantido solicitar a entrega da garantia, pelo devedor, o que era possível mesmo na ausência de disposição específica para esse efeito. Alguém pode se perguntar o que acontece se o devedor se recusar a atender à solicitação. Como a lei húngara proíbe o uso da força ou a ameaça de usar a força em vista da execução, parece razoável concluir que, se o devedor se recusar a entregar a garantia, o credor não terá opção senão a execução judicial. Isso não se enquadra na definição de autotutela

a) is perishable, or if its value is likely to diminish considerably upon any delay; or
b) is a thing or a right traded on the stock exchange”.

⁴⁷⁴ “§ 5:132. [Right of possession of the pledged property]

(1) Following the effective date of the right to satisfaction, the lien holder shall have the right to take possession of the pledged property for the purpose of sale, and, to this end, to call the lienor to release the pledged property into his possession by the time limit specified.”

⁴⁷⁵ “§ 5:134 (2) The pledged property may be sold:

a) as is, or after commercially justified processing or conversion;
b) privately or publicly”.

⁴⁷⁶ “§ 5:132: (2) For compliance with the request of possession a time limit justified by the circumstances shall be given, of at least ten days in the case of movable properties and at least twenty days for real estate properties. A residential property shall be surrendered fully vacated within a time limit of at least three months”.

⁴⁷⁷ “§ 5:133: [Principle of reasonable commercial practices]

(1) When selling the pledged property the lien holder shall act in accordance with the principle of reasonable commercial practices, and in due observation of the lienor’s and/or the designated lienor’s interest.

(2) Unless proven to the contrary, it shall be presumed that the sale of the pledged property is conducted under the principle of reasonable commercial practices if:

a) the sale is completed in the stock exchange, at a price in effect at the time of sale; or
b) the sale takes place under normal market terms usually employed in the commercial sale of pledged properties”.

⁴⁷⁸ “§ 5:130: [Suspension or limitation of the right to satisfaction]

If, when exercising his right to satisfaction, the lien holder infringes his obligations laid down in this Act, the lienor, the designated lienor or any other person who has a legal interest therein may bring action requesting the court to suspend the exercise of the right to satisfaction, or to order the lien holder to exercise his right to satisfaction in accordance with the conditions stipulated by the court”.

recuperatória, em que, pelo menos, o credor pode obter a garantia sem o consentimento do devedor, desde que de maneira pacífica⁴⁷⁹.

Tibor Tajti, por sua vez, insurge-se contra a necessidade de expedita alienação do bem, sustentando que nem sempre há, em curto prazo, condições economicamente favoráveis para a venda. Para o autor, o procedimento “desconsidera as realidades do mercado, uma vez que, em geral, ninguém pode prever facilmente se existe mercado para o bem [...]”⁴⁸⁰.

Contudo, mesmo os críticos do modelo reconhecem que “o código tentou encontrar uma fórmula para equilibrar dois objetivos contrastantes: abrir as portas à alienação privada e, ao mesmo tempo, fornecer ao devedor [...] um eficiente contrabalanceamento”⁴⁸¹, observando que “os avanços romenos são pedagógicos [...]: dão testemunho de que abrir as portas completamente à autotutela não é sem risco, à falta das necessárias precondições socioeconômicas”⁴⁸².

4.1.9 Lituânia

Assim como outros países do Leste europeu que experimentaram o socialismo, “a Lituânia não foi exceção na CEE: modernizou sua lei de garantias imobiliárias e mobiliárias

⁴⁷⁹ GIKAY, Asress Adimi; STĂNESCU, Cătălin Gabriel. The reluctance of civil law systems in adopting the UCC Article 9 “without breach of peace” standard, cit., p. 127-128. Tradução livre de: “the procedure does not seem to be self-help repossession at all because it does not entitle the secured creditor to take possession of the collateral. It merely entitles the secured creditor to re-quest the release of the possession of the collateral by the debtor, which was possible even in the absence of a specific provision to that effect. One may wonder what happens if the debtor refuses to comply with the request. Since Hungarian law prohibits the use of force or the threat to use force in view of enforcement, it seems reasonable to conclude that if the debtor refuses to surrender the collateral, the creditor has no other option than judicial enforcement. This does not fit the definition of self-help repossession where the creditor is at least allowed to take the collateral without the consent of the debtor as long as it is done in a peaceful manner”.

⁴⁸⁰ TAJTI, Tibor. Security Rights and the European Insolvency Regulations: report for Central and Eastern Europe – Focus on Hungary, Lithuania and Poland. *Civil Justice Programme of the European Union*, Bruxelles, 2016. p. 48-49. Tradução livre de: “It disregards the realities of the market as well given that often nobody can readily foretell whether there is a market for the collateral or whether the market will freeze by the time of the disposition unexpectedly, at all”.

⁴⁸¹ TAJTI, Tibor. Security Rights and the European Insolvency Regulations, cit., p. 50. Tradução livre de: “The Code has tried to find a formula for balancing two contrasting goals: opening the doors more widely to private disposition yet providing the debtor, other affected creditors and third parties [...] with efficient counter-balances”.

⁴⁸² TAJTI, Tibor. Post-1990 Secured Transactions Law Reforms in Central and Eastern Europe. *Bulletin of the Chamber of Public Notaries of County Szeged*, Budapest, 2013. p. 13. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2358006>. Acesso em: 20 out. 2020. Tradução livre de: “Romanian developments are instructive [...] they testify that opening the doors completely to self-help is not riskless in the lack of the necessary social-economic preconditions”.

no período pós-1990”⁴⁸³. Até então, “a execução das garantias era realizada exclusivamente via tribunais e oficiais de justiça”⁴⁸⁴. Pelo atual sistema, porém, o credor “dirige-se a um notário e recebe um comprovante da execução, que pode levar diretamente ao oficial de justiça, para execução”⁴⁸⁵. Este, por sua vez, “conduz o processo executivo ainda que não haja cooperação do devedor”⁴⁸⁶.

Andrius Smaliukas anota que, com o novo sistema, o processo de execução das garantias passou a ser “diverso e mais eficiente do que costumava ser antes da reforma. Tornou-se um processo extrajudicial rápido e barato, supervisionado pelo notário [...]”⁴⁸⁷. Nesse procedimento, “o notário realiza uma diligência legal limitada (apenas verificando as informações divulgadas no Registro Hipotecário e em outros registros públicos) para determinar se a garantia é válida e perfeita e quais suas condições [...]”⁴⁸⁸. Depois de tais conferências, “dá ciência ao devedor por escrito, concedendo-lhe prazo de 20 dias para pagar voluntariamente a obrigação. Se não liquidada durante o período de purga, o notário emite um aviso de execução [...]”⁴⁸⁹, que é “um documento especial *per se* executável”⁴⁹⁰.

O Código Civil lituano dispõe que, a partir da notificação para pagamento, o devedor não pode alienar a garantia, cabendo-lhe entregá-la ao credor. Em não o fazendo, porém, deve postular a entrega da coisa em juízo, para posterior venda, amigável ou não.

⁴⁸³ TAJTI, Tibor. Security Rights and the European Insolvency Regulations, cit., p. 17. Tradução livre de: “Lithuania was no exception in the CEE: it modernized its mortgage and secured transactions law in the post-1990 period as well”.

⁴⁸⁴ TAJTI, Tibor. Security Rights and the European Insolvency Regulations, cit., p. 55. Tradução livre de: “enforcement of security rights was exclusively via courts and court-bailiffs [...]”.

⁴⁸⁵ TAJTI, Tibor. Security Rights and the European Insolvency Regulations, cit., p. 55. Tradução livre de: “the creditor applies to the notary, receives the so-called executive entry, which he can then bring directly to the bailiff for enforcement [...]”.

⁴⁸⁶ TAJTI, Tibor. Security Rights and the European Insolvency Regulations, cit., p. 55. Tradução livre de: “conducts the enforcement irrespective of whether the debtor cooperates or not [...]”.

⁴⁸⁷ SMALIUKAS, Andrius. Secured Transactions Law Reform in Lithuania. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 12897-12903 da versão digital. Tradução livre de: “more efficient and diverse than it used to be prior to the reform. It has become a fast and cheap out-of-court procedure supervised by the notary public [...]”.

⁴⁸⁸ SMALIUKAS, Andrius. Secured Transactions Law Reform in Lithuania, cit., p. 12897-12903. Tradução livre de: “the notary conducts a limited legal due diligence (only checking the information disclosed at the Hypothecary Register and other public registers) in order to establish whether the security is still valid, is duly perfected and what its conditions are [...]”.

⁴⁸⁹ SMALIUKAS, Andrius. Secured Transactions Law Reform in Lithuania, cit., p. 12897-12903. Tradução livre de: “informs the debtor in writing, giving the debtor a grace period of 20 days to voluntarily settle the secured obligation. If it is not settled during the grace period, the notary issues the enforcement notice”.

⁴⁹⁰ SMALIUKAS, Andrius. Secured Transactions Law Reform in Lithuania, cit., p. 12897-12903. Tradução livre de: “it is a special document which is *per se* enforceable”.

Após a alienação, o notário distribui o produto aos credores, na forma estabelecida nas leis procedimentais. Não atingido o valor da dívida, o credor procede à execução de outros bens do devedor, embora, nesse caso, na condição de quirografário⁴⁹¹.

4.1.10 Polônia

Anota Tibor Tajti que “a Polônia, assim como a Hungria, iniciou a modernização de sua lei de garantias logo após a queda do Muro de Berlim [...]”⁴⁹². De modo geral, o país sempre foi “hostil à autotutela”⁴⁹³, mas, com a “Lei de Penhor Registrário [...], introduziu algumas providências que representam formas limitadas de execução extrajudicial [...]”⁴⁹⁴.

De acordo com o Código Civil polonês, em caso de mora, a coisa empenhada pode ser tomada em pagamento, se for daquelas que possuem preço em mercado organizado⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ “Art. 4.219. Enforcement Procedure of Collaterals. When a debtor fails to perform the obligation secured by a pledge, the claim of a creditor is satisfied from the value of the collateral, unless the law or the contract provides otherwise.

A creditor must notify a debtor and a pledgor (when a pledgor is not the same person as a debtor) in writing, that if the obligation secured by a pledge within the time period stipulated in Article 4.216 of this Code is not performed, the enforcement shall commence. If a pledge is registered in the Register of Mortgages, a written warning notice to a debtor is delivered through the Office of Mortgages that is bound to inform all persons listed in the Register of Mortgages who are entitled to the thing against which the enforcement is levied.

A pledgor, having received a warning notice about the enforcement of the thing, has no right to transfer, lease or otherwise encumber it. The collateral is to be transferred to a creditor. In that event, the procedure specified in Article 4.125 shall apply.

If the pledgor fails to transfer the collateral to the creditor, the creditor may apply to a mortgage judge with a request to seize and to transfer the collateral to him.

A creditor sells the collateral in the manner agreed by a creditor, a debtor and a pledgor (when a pledgor is not the same person as a debtor) or, upon their mutual agreement, the collateral is transferred into the ownership of a creditor; failing the agreement – it is sold at the auction. If the thing is subject to several pledges, it can be sold into the ownership of one of the creditors only upon the agreement of all creditors. The creditor converts pledged securities in accordance with the procedure established by laws. When the collateral is sold, proceeds are transferred to the deposit account of the Office of Mortgages and distributed in accordance with the procedure established by the Civil Procedure Code.

When the amount received from the sale of the collateral is not sufficient to fully satisfy the claim of the pledgee and if the law or the contract do not provide otherwise, the pledgee has the right to recover the remaining amount from the debtor’s other property. In that event, the pledgee shall not have any priority against other creditors.”

⁴⁹² TAJTI, Tibor. Security Rights and the European Insolvency Regulations, cit., p. 19. Tradução livre de: “Poland, similarly to Hungary, embarked on the modernization of its secured transactions law right after the fall of the Berlin Wall [...]”.

⁴⁹³ TAJTI, Tibor. Security Rights and the European Insolvency Regulations, cit., p. 55. Tradução livre de “is hostile to self-help”.

⁴⁹⁴ TAJTI, Tibor. Security Rights and the European Insolvency Regulations, cit., p. 55. Tradução livre de: “Even the Registered Pledge Act [...], introduced some steps that represent some limited forms of out-of-court enforcement [...]”.

⁴⁹⁵ “Art. 313. If the object of the pledge are things which, by an order of the competent State authority, have a specified fixed price, it may be agreed that, in the case of a delay in the payment of the debt, they shall

A Lei de Registro de Penhor polonesa, porém, estendeu tal direito a outros bens⁴⁹⁶, dispondo que, se estiver registrada, as partes podem extrajudicialmente tomar a garantia em pagamento⁴⁹⁷, pelo valor que tiver ao tempo desse ato⁴⁹⁸, restituindo o excedente ao devedor no prazo máximo de catorze dias⁴⁹⁹. Alternativamente, o credor pode requerer a venda extrajudicial do bem, que será conduzida por um notário⁵⁰⁰. Nesse procedimento, o devedor realizará o pagamento no prazo de sete dias, ou, se julgar que a dívida não existe, no todo ou em parte, socorrer-se-á da via judicial⁵⁰¹.

4.1.11 Croácia

A autoexecutoriedade das garantias não era tradição da Croácia. Contudo, a prática acabou por inseri-la gradualmente nas atividades comerciais do país, levando, com isso, a uma reforma legal nos sistemas de garantias. Como afirma Tibor Tajti, “da mesma forma

become the property of the pledgee in the appropriate proportion instead of the payment, at the price on the day when the secured receivable debt falls due”.

⁴⁹⁶ “Art. 22. The pledge agreement may permit the pledgee [creditor] to satisfy its claims by seizing the title of ownership of the collateral if:

– there is a pledge on publicly traded securities and the Securities Commission has agreed to and has defined the conditions for such seizure.

– the collateral is a commonly traded commodity.

– the collateral consists of movable things, receivable debts (claims) and rights, the value of which has been defined precisely in the pledge agreement

In the cases mentioned in sec. 1, subs. 2 and 3, seizing title of ownership to the collateral shall be effective when the claim secured by this pledge becomes due, after the pledgee submits a declaration that the seizure of title of ownership is valid”.

⁴⁹⁷ “Art. 21. Satisfaction of the pledgee [creditor] from the pledged property shall be carried out in judicial enforcement proceedings unless provided otherwise herein below.”

⁴⁹⁸ “Art. 23. If the pledge agreement provides for the satisfaction of the pledgee [creditor] through the seizure of title to collateral which consists of publicly traded securities, then the value of the seized securities shall be the closing price on the day title is seized. If on the day of seizing title, the stock was not quoted, the value of the seized securities shall be the price at the close of trading on the last trading session during which the seized securities were quoted. If the pledge agreement allows pledgee [creditor] to satisfy its claims through the seizure of title to the collateral consists of commonly traded commodities, the value of these commodities shall be determined on the basis of average price of such goods on the day title is seized [...]”

⁴⁹⁹ “Art. 23. [...] The pledged claim shall be satisfied up to the value of the object of registered pledge seized by a pledgee [creditor]. If the value of the registered pledge object exceeds the value of the pledged claim the pledgee [creditor] is obliged to refund the exceeding amount within 14 days from the date of the seizure of title”.

⁵⁰⁰ “Art. 24. The pledge agreement may also permit the pledgee to satisfy its claims by the public sale of the pledged collateral, such a sale shall be conducted by a notary public or by a court enforcement officer within fourteen days from the date of the filing of the motion for the sale by the pledgee.”

⁵⁰¹ “Art. 25. [...] Within 7 days of receiving a notice, as referred to in Sec. 1, the pledgor [debtor] may satisfy the claims of the pledgee [creditor], or file a motion in court to determine that the claim does not exist or that it is not due in whole or in part. If the claims are submitted after the time limit provided for in sec. 2, it cannot be secured.”

que na Hungria, a cobrança extrajudicial tornou-se gradualmente algo cada vez mais praticado, embora não tratado oficialmente [...] ⁵⁰².

Com a reforma do sistema de garantias, a Croácia adotou um processo executivo parcialmente delegado ao aparato notarial. Como observa Reinaldo Velloso dos Santos,

houve, no ano de 2005, uma profunda reforma na legislação da Croácia, a qual previu, de forma peculiar, a participação do tabelião no processo de execução.

A vigente lei croata prevê, inicialmente, a possibilidade de submeter a um notário, de livre escolha do credor, a solicitação de expedição de uma ordem de execução contra o devedor, com base em *trustworthy documents*, como cheques e letras de câmbio ⁵⁰³.

Após,

O notário faz então uma prévia qualificação do documento apresentado e, não verificando irregularidade, expede ordem de execução, encaminhando-a ao credor e ao devedor. Caso contrário, submete o caso à apreciação do juízo competente ⁵⁰⁴.

E,

O devedor, após ser cientificado, pode eventualmente formular objeção, hipótese em que o pedido é remetido ao juízo competente, para decisão. Não havendo objeção no prazo legal, o tabelião expede a certidão respectiva, com força executiva. Com base nesse documento, o credor pode solicitar o débito da quantia respectiva em conta bancária do devedor ou, observando-se o limite definido em lei, o desconto, em folha de pagamento, do salário.

Por fim, caso não tenha obtido êxito, o credor pode solicitar ao juízo competente a satisfação do crédito por outros meios, seguindo-se o procedimento comum ⁵⁰⁵.

Ainda que a Croácia não tenha dado passos tão largos como os de seus vizinhos, caminha para um processo de desjudicialização. Se não detém, ainda, instrumentos claramente autoexecutáveis, adota um sistema de execução extrajudicial que prevê a atuação meramente supletiva do Poder Judiciário.

⁵⁰² TAJTI, Tibor. Post-1990 Secured Transactions Law Reforms in Central and Eastern Europe, cit., p. 6. Tradução livre de: “Self-help repossession or generally out-of-court enforcement is in principle only in exceptional situations tolerated in Croatia as well. [...] However, similarly to Hungary, out-of-court collection has gradually become something officially not spoken of but increasingly practiced [...]”.

⁵⁰³ SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Apontamentos sobre o protesto notarial*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 205.

⁵⁰⁴ SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Apontamentos sobre o protesto notarial*, p. 205.

⁵⁰⁵ SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Apontamentos sobre o protesto notarial*, cit., p. 206.

4.1.12 Guatemala

Na Guatemala, a *Ley de Garantías Mobiliarias* prevê que as partes podem pactuar a execução extrajudicial das garantias ou requerer a execução em juízo. Em quaisquer dos casos, o credor deve registrar a execução no Registro Mobiliário, notificando o devedor, o garante, o possuidor do bem e todos os demais credores que figurem como tal no registro⁵⁰⁶. Depois de notificado, o devedor tem o prazo de três dias úteis para se opor à execução, podendo alegar, somente, pagamento ou prescrição. Em não se opondo, o credor pode proceder à recuperação do bem, tomando-o para si ou promovendo sua alienação⁵⁰⁷. Caso o bem esteja na posse do devedor, deve requerer a reintegração ao juiz, que a executará de imediato, com auxílio de força. Por outro lado, qualquer oposição à medida deve ser realizada por meio de ação autônoma, que não suspende a ordem de apreensão⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ “Art. 58. En caso de incumplimiento de la obligación, el acreedor garantizado podrá iniciar el proceso de ejecución de la garantía. A tal efecto podrá iniciar el proceso de ejecución voluntaria, en la forma que se hubiera pactado o si no se hubiera pactado debe seguir el proceso judicial establecido en este título. En ambos casos, el acreedor garantizado debe inscribir el hecho de la ejecución en el Registro de Garantías Mobiliarias, en la forma que dicho registro establezca. La no inscripción del formulario de ejecución no es razón para rechazar el escrito que la solicita, pudiendo el juez dar un plazo de cuarenta y ocho (48) horas para que se le presente, sin que este plazo interrumpa el plazo para que se dicte la primera resolución y se notifique y requiera al deudor garante, como se establece en el artículo siguiente. El Registro de Garantías Mobiliarias hará público el hecho de la ejecución, sea ésta judicial o voluntaria. Además, el acreedor garantizado debe notificar del hecho de la ejecución: al deudor garante, al deudor principal, a la persona que se encuentre en posesión de los bienes o al depositario, así como a todos los acreedores que aparezcan en esa inscripción registral. Deberá enviar notificaciones electrónicas a los registros que corresponda en donde se hubiere anotado la garantía mobiliaria, al momento de inscribir la ejecución [...]”

⁵⁰⁷ “Art. 60. Plazos y audiencias. El deudor garante tendrá un plazo de tres (3) días hábiles, contado a partir del día en que fue notificado o requerido para oponerse a la ejecución. Sólo serán admisibles las excepciones de pago total y de prescripción. En caso de falta de oposición fundada en las excepciones antes mencionadas, acreedor garantizado podrá proceder de conformidad como se señala en esta ley al desapoderamiento o sin posesión del bien; o bien podrá darse por terminado el proceso en forma anticipada de conformidad con lo establecido en esta ley; y si fuera el caso, proceder al remate.”

⁵⁰⁸ “Art. 61. Orden judicial de desapoderamiento. En el caso de garantía mobiliaria sin posesión sobre bienes corporales, transcurrido el plazo indicado en el artículo anterior, el acreedor garantizado podrá pedir al juez que libre de inmediato orden de desapoderamiento, que se ejecutará de inmediato, con el auxilio de la fuerza pública. Los bienes objeto de garantía mobiliaria deberán ser entregados al acreedor garantizado o a un tercero que éste designe, de conformidad con la orden judicial. Cualquier excepción, defensa o recurso que el deudor principal o cualquier tercero con interés legítimo en los bienes en garantía pretenda hacer valer o interponer contra la ejecución iniciada, deberá plantearse por vía de acción, recurso o apelación judicial de manera independiente a la ejecución, en la forma prevista por la ley. Dicha actuación judicial no tendrá efecto suspensivo ni impedirá el ejercicio de los derechos de ejecución del acreedor garantizado respecto de los bienes en garantía.”

Com a posse da coisa, o credor procede à sua alienação, que pode se dar de modo privado, se as partes assim tiverem acordado. Se a venda não for exitosa, pode se apropriar do bem em satisfação do crédito⁵⁰⁹.

Podem as partes, de todo modo, no contrato de garantia ou em outro momento, inclusive durante o procedimento de execução judicial, estabelecer critérios próprios para a execução privada, para a recuperação do bem e para a alienação da garantia, desde que não afrontem direitos constitucionais ou de terceiros⁵¹⁰. Em havendo abuso por parte do credor, terá o devedor direito de requerer perdas e danos⁵¹¹.

4.1.13 Honduras

Em Honduras, a *Ley de Garantías Mobiliarias* prevê que, se o credor estiver na posse da garantia, poderá executá-la extrajudicialmente com base no que as partes tiverem previsto no contrato de garantia ou em acordo posterior⁵¹², ou, em sua falta, seguindo as regras da lei, mediante intervenção de notário⁵¹³. Se não estiver em sua posse, a apreensão deve ocorrer, em regra, de acordo com o que houverem estipulado as partes. Na falta de

⁵⁰⁹ “Art. 62, c) [...]. Los bienes muebles en garantía podrán ser vendidos privadamente cuando así lo acuerden las partes, o adjudicados en pago por el acreedor garantizado a su precio de tasación o valuación, siempre y cuando dicha tasación o valuación haya sido hecha por perito nombrado por el juez [...]. Ante la falta de postor, los bienes se adjudicarán en pago al acreedor garantizado [...].”

⁵¹⁰ “Art. 65. Ejecución voluntaria. El acreedor garantizado y el deudor garante podrán en el contrato de garantía, o en cualquier momento, antes o durante el procedimiento de ejecución judicial establecido en esta ley, convenir que la ejecución de la garantía mobiliaria se lleve a cabo en forma privada, en los términos y condiciones que acuerden libremente. Se podrá acordar respecto de la entrega y forma de desapoderamiento del bien, la forma y las condiciones de la venta o subasta y, cualquier otro aspecto en tanto no se vulneren derechos constitucionales de las partes y de terceros.”

⁵¹¹ “Art. 66. Acción del deudor garante. En todo caso, quedará a salvo el derecho del deudor garante de reclamar los daños y perjuicios por el abuso en el ejercicio de los derechos por parte del acreedor garantizado.”

⁵¹² “Art. 55 1) Si el acreedor garantizado tiene el control de los bienes objeto de la garantía mobiliaria o si existe mandato irrevocable, se pueda ejecutar extrajudicialmente la garantía mobiliaria, ya sea por medio de la disposición de la garantía mobiliaria por mutuo acuerdo del acreedor garantizado y el deudor garante. También puede ejecutarse extrajudicialmente siguiendo el método de disposición acordado en el contrato de garantía o en un acuerdo posterior a entrada en mora del deudor [...].”

⁵¹³ “Art. 55 2) [...] Las condiciones para llevar a cabo la enajenación extrajudicial deben fijarse en el contrato de la garantía o en cualquier documento posterior, y debe servir de guía a quien ejecute la disposición.

Quando no se haya pactado ese procedimiento pero si esté autorizada la ejecución extrajudicial se debe seguir el procedimiento establecido en la presente Ley siempre que e haga con intervención de Notario [...].”

acordo, a medida deve ser requerida a um juiz, que a deferirá sem prévia audiência da parte contrária⁵¹⁴.

A execução se inicia com o preenchimento de um formulário no registro, com envio de cópia ao devedor, ao garante, ao possuidor e a outros credores da garantia⁵¹⁵. Após, no prazo de três dias, o devedor deve pagar ou apresentar oposição⁵¹⁶. Nesta, pode alegar falsidade, excesso de execução e pagamento, o qual deve ser comprovado documentalmente⁵¹⁷. Com a oposição, a execução é suspensa, convocando-se as partes para audiência perante um juiz⁵¹⁸, que decidirá no dia seguinte⁵¹⁹. Colocando fim à execução, a decisão enfrentará apelação, sem efeito suspensivo, e, se determinar a continuidade do procedimento, não haverá direito a recurso⁵²⁰.

⁵¹⁴ “Art. 60. Pactos de procedimientos especiales. Las partes pueden pactar un procedimiento especial para que el acreedor garantizado tome posesión de los bienes garantizadores que se encuentren en posesión del deudor garante [...]”

⁵¹⁵ “Art. 58. Procedimiento de ejecución. Un acreedor garantizado que pretenda dar comienzo a una ejecución por incumplimiento del deudor garante, efectuará la inscripción de un formulario registral de ejecución en el Registro y enviar una copia al deudor garante, al deudor principal de la obligación garantizada cuando éste sea persona distinta al deudor garante, a la persona en posesión de los bienes en garantía y a cualquier persona que haya dado a publicidad una garantía mobiliaria sobre los mismos bienes muebles en garantía [...]”

⁵¹⁶ “Art. 59. Plazos y excepciones. El deudor garante tiene un plazo de tres (3) días, contados desde el día siguiente a la recepción del formulario ante el Juez o al Notario requirente el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones garantizadas. Las defensas u oposiciones por parte del deudor garante que será admisibles son aquellas enumeradas en el Artículo 55 numeral 2).”

⁵¹⁷ “Art. 55 3) Fuera de los supuestos previstos en los párrafos anteriores se puede pedir la ejecución judicial en aquellos casos en donde así se haya acordado pero en todo caso, la oposición a la ejecución sólo se puede fundar en:

a) Extinción de la garantía mobiliaria o cumplimiento de la totalidad de la obligación garantizada, acreditada mediante la correspondiente certificación registral de cancelación de la garantía mobiliaria o mediante carta de pago firmada por el acreedor garantizado o escritura pública de cancelación de la garantía;

b) Que el deudor tenga una excepción fundada en la falsedad de la firma que se le atribuye como propia o en la alteración del texto del contrato de garantía;

c) Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre acreedor garantizado y deudor garante [...]”

⁵¹⁸ “Art. 66 1) El deudor garante debe formular oposición por escrito con anterioridad a la convocatoria a subasta. El juez procederá a suspender la ejecución y convocará a las partes a una audiencia que se celebrará en los tres (3) días siguientes a la citación. Las partes deberán ser convocadas a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se formule a la oposición ante el juez. Las partes harán las alegaciones que estimen oportunas y sólo se admitirá prueba documental.”

⁵¹⁹ “Art. 66 2) El juez resolverá al día siguiente de la celebración de la audiencia mediante auto [...]”

⁵²⁰ “Art. 66 3) Serán recurribles en apelación sin efecto suspensivo, los autos que pongan fin a la ejecución. Los que ordenen la continuación del proceso de ejecución será irrecurribles [...]”

Em não havendo pagamento nem extinção, procede-se à alienação ou à apropriação em pagamento, pelo preço de avaliação, realizada por perito escolhido pelo credor dentre os listados pela “Comissão Nacional de Bancos e Seguros”⁵²¹. O produto, por sua vez, é destinado aos custos do procedimento, à satisfação da obrigação garantida, aos demais credores e, por fim, se houver sobra, ao devedor⁵²². Se o valor não for suficiente para cobrir a dívida, o credor pode demandar o devedor pela diferença⁵²³. Por outro lado, o devedor poderá demandar o credor por perdas e danos, caso este tenha procedido abusivamente⁵²⁴.

4.1.14 El Salvador

Em El Salvador, o Decreto n. 488/2013 dispõe que o processo de execução de garantias mobiliárias se inicia com o preenchimento de um formulário perante órgão de registro⁵²⁵. Posteriormente, o credor pode escolher o procedimento entre uma arbitragem, uma execução judicial e uma execução extrajudicial perante notário⁵²⁶. Se este (o procedimento extrajudicial perante notário) for o adotado, as partes podem a qualquer momento se socorrer do Poder Judiciário, a cuja intervenção não se lhes é dado renunciar⁵²⁷.

⁵²¹ “Art. 62 6) Los bienes muebles en garantía pueden ser tomados en pago por el acreedor garantizado al precio de avalúo, siempre y cuando los mismos sean previamente tasados o valuados por perito único y habilitado designado por el acreedor garantizado de una lista previamente aprobada por la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, por el precio de tasación o valuación. El acreedor garantizado puede optar por venderlos en subasta pública previa publicación en dos (2) diarios de mayor circulación, con por lo menos cinco (5) días de antelación, con o sin precio base y al mejor postor. Sin perjuicio de lo que expresamente acuerden las partes, dicha subasta debe realizarse dentro de un plazo razonable, según el tipo del bien de que se trate y las reglas de prudencia bancaria.”

⁵²² “Art. 63. Aplicación del producto de la venta de bienes garantizados. El producto de la venta o subasta de los bienes garantizados se aplicará de la manera siguiente:

1) Los gastos de la ejecución, depósito, reparación, seguro, preservación, venta o subasta y cualquier otro gasto razonable incurrido por el acreedor garantizado;

2) La satisfacción de las obligaciones garantizadas del acreedor garantizado que realice la ejecución y otras garantías mobiliarias o gravámenes subordinados a éste. Los acreedores garantizados con prelación superior al acreedor garantizado que realiza la ejecución retendrán todos sus derechos según el Artículo 70 de esta Ley; y.

3) El remate, si lo hubiere, se entregará al deudor garante [...].”

⁵²³ “Art. 63. [...] Si el saldo adeudado por el deudor garante excede al producto de la venta o subasta de los bienes en garantía, el acreedor garantizado tiene el derecho de demandar el pago por el remanente al deudor de la obligación.”

⁵²⁴ “Art. 66. Ejercicio abusivo de los derechos del acreedor. En todo caso, quedará a salvo el derecho del deudor garante de reclamar los daños y perjuicios por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley por parte del acreedor garantizado y por el abuso en el ejercicio de los derechos que la ley le otorga.”

⁵²⁵ “Art. 62. El acreedor garantizado que pretenda dar inicio a una ejecución en caso de incumplimiento del deudor garante, efectuará la inscripción de un Formulario Registral de Ejecución en el Registro, lo cual deberá notificarse al deudor garante para los efectos de ley correspondiente.”

⁵²⁶ “Art. 64. Inscrito el formulario de ejecución, el acreedor garantizado podrá elegir entre un proceso de arbitraje, un proceso extrajudicial ante notario, o un proceso judicial ante juez competente [...].”

⁵²⁷ “Art. 64 [...] Iniciado el proceso de ejecución ante notario, cualquiera de las partes podrá, en cualquier momento, antes del pronunciamiento definitivo, pedir la suspensión de la actuación notarial y que el

O notário deverá notificar o devedor, o garante, o possuidor da coisa e outros credores da garantia, encaminhando-lhes cópia do formulário de execução⁵²⁸. No prazo de três dias úteis, o devedor pode se opor à execução, caso em que o notário deixará de intervir no processo⁵²⁹. Em havendo oposição, o notário devolverá o processo ao credor no prazo de três dias úteis⁵³⁰. Em não havendo, o procedimento prosseguirá⁵³¹ com a entrega voluntária do bem ao credor, a pedido deste e com anuência do devedor⁵³². Podem as partes, porém, de comum acordo, requerer a venda pública ou privada do bem, que será avaliado por um perito por elas escolhido, salvo se, por sua natureza, houver certeza quanto ao preço⁵³³. Da mesma forma, as partes podem convencionar a dação do bem em pagamento, pelo valor que venham a ajustar⁵³⁴, além de, por mútuo acordo, alterar o procedimento, a qualquer tempo⁵³⁵. Por outro lado, é permitido ao devedor e demais interessados, a todo momento, colocar fim à execução por meio do pagamento da dívida e das despesas de execução⁵³⁶.

expediente se devuelva al acreedor garantizado. El derecho de acudir ante la instancia judicial es irrenunciable por parte del deudor garante.”

⁵²⁸ “Art. 65. Si el acreedor garantizado escoge el procedimiento extrajudicial ante notario, este último, mediante notificación notarial, entregará una copia del formulario registral de ejecución al deudor garante, al deudor principal de la obligación garantizada, a la persona en posesión de los bienes dados en garantía y a cualquier persona con una inscripción de garantía mobiliaria vigente sobre los mismos bienes muebles en garantía, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley.”

⁵²⁹ “Art. 66. Recibida la notificación notarial, el deudor garante tendrá un plazo de tres días hábiles, contados desde el día siguiente a la recepción del formulario registral de ejecución, para oponerse o no a la misma, en forma escrita; en caso de oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo de dicho proceso; asimismo, si el deudor no contestare en el plazo antes mencionado, el notario tampoco podrá continuar con este procedimiento [...]”

⁵³⁰ “Art. 67. En caso que el deudor principal de la obligación garantizada o el deudor garante se opusiese a la ejecución, el notario se abstendrá de conocer y devolverá el expediente al acreedor garantizado en un plazo máximo de tres días hábiles.”

⁵³¹ “Art. 68. Ante la falta de oposición del deudor principal de la obligación garantizada o del deudor garante en la causa por la que se promueve la ejecución notarial por parte del acreedor garantizado, el notario podrá seguir conociendo de la ejecución [...]”

⁵³² “Art. 68, segunda parte. En el caso de garantía mobiliaria sin desplazamiento sobre bienes corporales bajo supervisión e inventario notarial, los bienes en garantía serán entregados al acreedor garantizado o a un tercero, a solicitud del primero y con la anuencia del deudor garante.”

⁵³³ “Art. 69. Las partes podrán pedir, de común acuerdo, que los bienes se vendan en pública subasta no judicial o en subasta privada.

El notario mandará a valuar los bienes por medio de un perito aceptado de común acuerdo por las partes, quien deberá estar debidamente registrado como tal en la Superintendencia del Sistema Financiero; salvo que por la naturaleza del bien las partes convengan su precio [...]”

⁵³⁴ “Art. 71. Las partes podrán convenir, de común acuerdo, la dación en pago de los bienes por el valor que establezcan.”

⁵³⁵ “Art. 75. En cualquier momento, antes o durante el procedimiento de ejecución, el deudor garante podrá acordar con el acreedor garantizado condiciones diferentes a las anteriormente reguladas, ya sea sobre la entrega o recuperación del bien, las condiciones de la venta, de la subasta o sobre cualquier otro aspecto, siempre que dicho acuerdo no afecte a terceros.”

⁵³⁶ “Art. 72. En cualquier momento, antes que el acreedor garantizado disponga de los bienes en garantía, el deudor garante, así como cualquier otra persona interesada, tiene el derecho de dar por terminados los procedimientos de ejecución, ya sea:

a) Pagando el monto total adeudado por el deudor garante al acreedor garantizado, así como los gastos incurridos por el acreedor garantizado en el procedimiento de ejecución, aceptados por el deudor [...]”

Seja no caso de venda pública ou privada ou no de apropriação, os valores são imputados primeiro aos consecrários da mora e depois ao capital, seguindo-se os impostos, as despesas com a execução, o pagamento dos demais credores e o devedor, caso tenha havido sobra⁵³⁷. Por sua vez, se o produto não for suficiente para pagar toda a dívida, o credor permanecerá com direito de exigir seu pagamento, pelos meios correspondentes⁵³⁸.

Em todo caso, tem o devedor direito de reparação em caso de abuso de credor, perito e outros interessados, ajuizando demanda perante o juízo competente⁵³⁹.

Como resume Néstor Santiago Arévalo Barrero,

Em El Salvador, por meio do Decreto n. 488 de 2013, passou a vigorar a Lei de Garantías Mobiliárias, por meio da qual también se prevé un formulario de registro de ejecución (art. 62), un procedimiento extrajudicial perante um notário (art. 65), em desenvolvimento quase que literal da Lei Modelo da OEA, a venda do imóvel em leilão público extrajudicial ou em venda privada (art. 69), a ordem de prioridade do pagamento do produto (art. 73), o acordo sobre a condições de entrega ou de venda (art. 75), bem como estipulações sobre o exercício abusivo dos direitos do credor (art. 76)⁵⁴⁰.

⁵³⁷ “Art. 73. Los bienes atribuibles resultantes de la subasta pública no judicial o privada, así como el equivalente en caso de toma de los bienes en pago, se aplicarán a la cancelación de la obligación garantizada en el siguiente orden:

- a) La satisfacción del saldo adeudado de la obligación garantizada, aplicándose primero a interés moratorio, después interés ordinario y finalmente a capital;
- b) El pago de los impuestos que graven la garantía mobiliaria, si los hubiere, desde que la ley estipule un gravamen sobre el bien en tal circunstancia;
- c) Los gastos de la ejecución, depósito, reparación, seguro, preservación, o remate incurrido por el acreedor garantizado;
- d) La satisfacción de las obligaciones garantizadas con garantías mobiliarias con prelación inferior;
- e) El remanente, si lo hubiere, se entregará al deudor garante.”

⁵³⁸ “Art. 73. [...] Si el saldo adeudado por el deudor garante excede el producto de los bienes atribuibles a la realización de los bienes muebles en garantía, el acreedor garantizado conserva su acción para demandar el pago por el remanente al deudor de la obligación por la vía que corresponda [...]”

⁵³⁹ “Art. 76. En todo caso, quedará a salvo el derecho del deudor garante de reclamar los daños y perjuicios ante la autoridad competente, por el ejercicio abusivo de sus derechos por parte del acreedor garantizado u otra parte reclamante y los peritos.”

⁵⁴⁰ ARÉVALO BARRERO, Néstor Santiago. La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, a partir de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá: Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, n. 56, p. 1-37, 2016. p. 25. Tradução livre de: “En El Salvador, mediante el Decreto 488 de 2013, se expidió la Ley de Garantías Mobiliarias en la cual se establece también la inscripción del formulario registral de ejecución (art. 62), un procedimiento extrajudicial ante notario (art. 65), en desarrollo casi textual de la Ley Modelo OEA, la venta del bien en pública subasta no judicial o en venta privada (art. 69), el orden de prelación de pago sobre los bienes resultantes de la liquidación (art. 73), el acuerdo sobre las condiciones de entrega o venta (art. 75), así como estipulaciones en torno del ejercicio abusivo de los derechos del acreedor (art. 76)”.

O sistema salvadorenho tem o mérito de utilizar o aparato notarial para intermediação do procedimento, desde que acordado, evitando que a demanda chegue ao Poder Judiciário nos casos em que inexistiria lide.

4.1.15 Costa Rica

Néstor Santiago Arévalo Barrero anota que,

na Costa Rica, com o objetivo de aumentar o acesso ao crédito, expandir as categorias de bens que podem ser dadas em garantia e o alcance dos direitos sobre eles, criando um regime unitário e simplificado [...], por meio do Decreto n. 9246 de 2014, adotou-se [...] um mecanismo de execução extrajudicial convencional, por meio de Notário, corretor juramentado ou fiduciário [...]⁵⁴¹.

De acordo com a Lei de Garantias Mobiliárias da Costa Rica, as partes podem, no contrato de constituição da garantia, acordar que, em caso de mora, sua excussão ocorrerá extrajudicialmente, por intermédio de um notário⁵⁴². Para iniciar o procedimento, o credor deve apresentar um formulário de execução no Sistema de Garantias Mobiliárias⁵⁴³, enviando-o ao devedor, ao possuidor da coisa e a outros interessados⁵⁴⁴. Pode o devedor, por

⁵⁴¹ ARÉVALO BARRERO, Néstor Santiago. La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, cit., p. 24. Tradução livre de: “en Costa Rica, con el fin de incrementar el acceso al crédito, ampliando las categorías de bienes que pueden ser dados en garantía y el alcance de los derechos sobre estos, creando un régimen unitario y simplificado [...], por medio del Decreto 9246 de 2014 se adoptó [...] un mecanismo de ejecución extrajudicial pactado, a través de notario, corredor jurado o fiduciario [...]”.

⁵⁴² “Art. 57. Procedimiento. En el momento de celebrar el contrato de garantía, las partes podrán acordar que en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor garante, la venta y subasta de los bienes dados en garantía sea efectuada extrajudicialmente por medio de un notario público, corredor jurado o por medio de un fiduciario, sin necesidad de procedimientos judiciales [...]”.

⁵⁴³ “Art. 54. Título ejecutorio – El acreedor garantizado que pretenda dar comienzo a una ejecución por incumplimiento del deudor garante efectuará la inscripción de un formulario de ejecución en el Sistema de Garantías Mobiliarias.”

⁵⁴⁴ “Art. 56. Aviso administrativo
El acreedor podrá enviar una copia informativa del formulario de ejecución al deudor garante, al deudor principal de la obligación garantizada cuando este sea persona distinta del deudor garante, a la persona en posesión de los bienes en garantía y a cualquier persona que haya dado publicidad a una garantía mobiliaria sobre los mismos bienes muebles en garantía.”

sua vez, no prazo de cinco dias, realizar o pagamento da dívida⁵⁴⁵. Em não o fazendo, procede-se à venda forçada⁵⁴⁶.

O inadimplemento dá ao credor o direito de retomada extrajudicial do bem, pelos meios acordados no contrato de garantia, desde que não envolvam violência nem impliquem distúrbio à ordem pública⁵⁴⁷. Em seguida, procede-se à alienação, que deve ser precedida de publicação em jornal de grande circulação, com oito dias de antecedência⁵⁴⁸, podendo-se requerer em juízo medidas de cautela assecuratórias do procedimento⁵⁴⁹. Realizada a venda, o credor pode demandar o devedor por eventual saldo, por procedimento executivo⁵⁵⁰.

4.1.16 Porto Rico

A Lei porto-riquenha n. 21/2012 dispõe que o credor pode retomar extrajudicialmente a posse da coisa, em regra sem notificar o devedor⁵⁵¹, desde que não

⁵⁴⁵ “Art. 57. [...] La persona designada para la ejecución extrajudicial deberá dar audiencia por cinco días hábiles al deudor garante, para que demuestre pago liberatorio con documentación idónea al efecto, además de realizar la inscripción del formulario de ejecución extrajudicial en el Sistema de Garantías Mobiliarias, conforme lo indique el reglamento de esta ley. Si el deudor garante demuestra dentro de los cinco días el pago total, se procederá a la cancelación de la garantía mobiliaria según las normas establecidas en esta ley [...]”

⁵⁴⁶ “Art. 57. [...] En caso de no demostrarse el pago total en el plazo de cinco días, se procederá a la venta forzosa conforme a las reglas pactadas por las partes [...]”

⁵⁴⁷ “Art. 58. Pactos de procedimientos especiales de reposición
Las partes pueden pactar un procedimiento especial para que el acreedor garantizado tome posesión de los bienes dados en garantía que se encuentren en posesión del deudor garante. A menos que dicho pacto de ejecución extrajudicial atente contra el orden público permitiendo la violencia o la coerción punibles, se considerará válido y las objeciones o apelaciones judiciales contra este solo podrán ser incoadas una vez que el pacto haya sido ejecutado.”

⁵⁴⁸ “Art. 57. [...]. La persona designada para la ejecución deberá publicar un aviso de venta o remate en un diario de circulación nacional, que deberá indicar la hora, el lugar, la fecha del remate, una breve pero suficiente descripción de los bienes, la base del remate, los señalamientos y la base para los subsiguientes remates, y si el remate se hace libre o soportando gravámenes y anotaciones. [...] El aviso se publicará con ocho días hábiles de antelación dentro de los cuales no se contarán ni el día de publicación ni el día de la celebración de la subasta. Deberá comunicarse a todos aquellos que según el Sistema de Garantías Mobiliarias tengan algún derecho o interés legítimo sobre los bienes dados en garantía [...]”

⁵⁴⁹ “Art. 57. [...] De ser necesario, la persona designada para la ejecución podrá solicitar a la autoridad judicial el secuestro o cualquier medida que sea necesaria para garantizar el proceso de la venta o el remate de los bienes dados en garantía.”

⁵⁵⁰ “Art. 57. [...] Cuando exista un saldo en descubierto, el acreedor garantizado tendrá derecho a demandar su pago en sede judicial; para ello servirá como título ejecutivo una certificación de un contador público autorizado [...]”

⁵⁵¹ “Sección 9-609. (1) podrá tomar posesión de la propiedad gravada, no obstante, en una transacción de consumidor, antes de tomar la posesión el acreedor garantizado estará obligado a darle una notificación por escrito al deudor por lo menos 5 días antes de tomar posesión, a la última dirección conocida del deudor, informándole su intención de tomar posesión de la propiedad gravada; y [...]”

disturbe a ordem pública⁵⁵². Após, pode dispor ou arrendar a coisa para pagamento da dívida⁵⁵³, desde que proceda de maneira comercialmente razoável⁵⁵⁴, por alienação pública ou privada⁵⁵⁵. Ato contínuo, deve distribuir o produto, cobrindo os custos com o procedimento, seu crédito e o dos demais credores⁵⁵⁶.

Acaso se verifique excesso ou deficiência, devedor e credor fazem os respectivos acertos⁵⁵⁷⁻⁵⁵⁸.

4.1.17 Geórgia

Relatório do Banco Mundial dá conta de que a Geórgia “fortaleceu seu sistema de garantias mobiliárias permitindo que as partes acordem instrumentos extrajudiciais de execução da garantia [...]”⁵⁵⁹.

⁵⁵² “Sección 9-609. (b) Procedimiento judicial y no judicial. Un acreedor garantizado podrá proceder bajo la subsección (a): [...] (2) sin incoar procedimiento judicial, si procede sin alterar la paz [...]”

⁵⁵³ “Sección 9-609. (2)(a) Disposición luego de incumplimiento. Luego del incumplimiento, un acreedor garantizado podrá vender, arrendar, conceder, o de otro modo disponer de toda o parte de la propiedad gravada en su condición actual o luego de prepararla o procesarla en una forma comercialmente razonable.”

⁵⁵⁴ “Sección 9-609. (2)(b) Disposición comercialmente razonable. Todo aspecto de una disposición de propiedad gravada, incluyendo el método, manera, tiempo, luego y otros términos, deberá ser comercialmente razonable. Si es comercialmente razonable, un acreedor garantizado podrá disponer de la propiedad gravada por medio de procedimientos públicos o privados, por uno o más contratos, como una unidad o en partes, y en cualquier tiempo y lugar y según cualesquier términos.”

⁵⁵⁵ “Sección 9-609. (2)(c) Compra por un acreedor garantizado. Un acreedor garantizado podrá comprar la propiedad gravada:

(1) en un proceso de venta pública; o

(2) en un proceso de venta privada sólo si la propiedad gravada es del tipo que se acostumbra a vender en un mercado reconocido o es el objeto de cotizaciones de precio estándares ampliamente diseminadas [...]”

⁵⁵⁶ “Sección 9-608. (a) Aplicación de los productos, excedente y deficiencias si la obligación está garantizada. Si una garantía mobiliaria o gravamen agrícola garantiza el pago o cumplimiento de una obligación, las siguientes reglas aplicaran:

(1) Un acreedor garantizado aplicará o pagará para que se apliquen los productos en efectivo de cobros y ejecuciones bajo la Sección 9-607 en el siguiente orden:

(A) a los gastos razonables de cobro y ejecución y, en la medida provista por acuerdo y no esté prohibido por la ley, honorarios de abogados razonables y gastos legales que incurra el acreedor garantizado;

(B) para satisfacer las obligaciones garantizadas por el gravamen mobiliario o gravamen agrícola bajo las cuales el cobro o ejecución se hace; y

(C) para satisfacer las obligaciones garantizadas bajo cualquier garantía mobiliaria subordinada sobre éste u otro gravamen sobre la propiedad gravada sujeta a la garantía mobiliaria o gravamen agrícola bajo los cuales el cobro o ejecución se hace si el acreedor garantizado recibe un requerimiento autenticado para los productos antes que la distribución de estos haya sido completada.”

⁵⁵⁷ “Sección 9-608. [...] (4) Un acreedor garantizado rendirá cuentas y pagará a un deudor por cualquier excedente y el obligado será responsable de cualquier deficiencia. [...]”

⁵⁵⁸ “Sección 9-608. (4) [...] Si la transacción principal es una venta de cuentas, papel financiero, pagos intangibles o pagarés, el deudor no tendrá derecho a cualquier excedente y el obligado no tendrá derecho a cualquier excedente y el obligado no será responsable de cualquier deficiencia.”

⁵⁵⁹ THE WORLD BANK. Business reforms in Georgia. *Doing Business*, [s. l., s. d.]. Disponível em: <https://www.doingbusiness.org/en/reforms/overview/economy/georgia>. Acesso em: 20 out. 2020.

O EBRD (Banco Europeu para Reconstrução e Desenvolvimento, na sigla em inglês) faz ver que, para excussão da garantia, as partes podem se valer do sistema notarial, embora não obrigatoriamente: “A notarização da cobrança acordada entre as partes não é necessária, mas estas podem entender interessante executá-lo como uma ação notarial, a fim de se beneficiar de procedimentos de execução expeditos [...]”⁵⁶⁰.

4.1.18 Malawi

Marek Dubovec e Cyprian Kambili anotam que “o esquema do PPSA⁵⁶¹ do Malawi segue o modelo da Nova Zelândia [...]”⁵⁶², calcando-se em “uma abordagem funcional que sujeita todos os atos com função de garantia ao mesmo regime legal [...]”⁵⁶³.

De acordo com a Lei de Garantias do Malawi, de 2013, em caso de mora, o credor, após o registro de um formulário de execução, pode proceder à retomada extrajudicial sem necessidade de notificação, desde que o devedor não oponha resistência à pretensão⁵⁶⁴. A “mora”, apontam Marek Dubovec e Cyprian Kambili, abrange “quaisquer eventos cuja

Tradução livre de: “strengthened its secured transactions system by allowing parties to agree to out-of-court enforcement of the creditor’s security right when signing the agreement [...]”.

⁵⁶⁰ EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. Secured transactions sector assessment. Disponível em: <https://www.ebrd.com/cs/Satellite?c=Page&cid=1395255781586&pagename=EBRD%2FPAGE%2FARCHIVE>. Acesso em: 9 nov. 2020. Tradução livre de: “Notarisation of the charge agreement is not required, but parties may find that they have an interest in executing the agreement as a notarial deed in order to benefit from expedient enforcement procedures [...]”.

⁵⁶¹ “Lei de garantias móveis”, na sigla em inglês.

⁵⁶² DUBOVEC, Marek; KAMBILI, Cyprian. Secured Transactions Law Reform in Malawi: the 2013 Personal Property Security Act. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 6937 da versão digital. Tradução livre de: “The scheme of the Malawian PPSA follows its New Zealand model [...]”.

⁵⁶³ DUBOVEC, Marek; KAMBILI, Cyprian. Secured Transactions Law Reform in Malawi, cit., p. 6947 da versão digital. Tradução livre de: “on a functional approach that subjects all transactions with the purpose of securing an obligation to the same legal regime [...]”.

⁵⁶⁴ “87. (1) After default, a secured party may
(a) take possession of a collateral; or [...]
(2) A secured party may proceed under this section
(a) pursuant to judicial process; or [...]
(b) without judicial process, if the debtor does not resist the removal of the collateral.
(3) Commencement of enforcement requires registration of the enforcement form. The enforcement form shall identify the debtor, the secured party and the collateral against which enforcement is sought.
(4) A prior notice to the debtor is not required for the secured party to repossess or render the collateral unusable under this section.”

ocorrência signifique descumprimento, incluindo a falha no pagamento de uma parcela ou a alteração de um endereço sem notificação prévia ao credor [...]”⁵⁶⁵.

Uma vez retomada a coisa, o credor pode tomá-la em pagamento⁵⁶⁶ ou aliená-la, por venda pública ou privada, de acordo com o que houver sido previsto em contrato⁵⁶⁷, notificando o devedor e outros interessados com ao menos dez dias de antecedência⁵⁶⁸ e adotando as diligências necessárias à obtenção de um preço comercialmente razoável⁵⁶⁹.

Com a alienação da coisa, procede-se à distribuição de eventual excedente⁵⁷⁰ e se extingue o direito de garantia, assim como os procedimentos a ele relacionados⁵⁷¹. A qualquer tempo, porém, o credor e outros interessados podem pagar o valor do débito, a fim de evitar tomada ou alienação do bem⁵⁷².

⁵⁶⁵ DUBOVEC, Marek; KAMBILI, Cyprian. Secured Transactions Law Reform in Malawi, cit., p. 7079 da versão digital. Tradução livre de: “any events the occurrence of which would constitute default, including the failure to make an instalment payment or the changing of an address without prior notification to the secured party [...]”.

⁵⁶⁶ “100. (1) A secured party with priority over all other secured parties may, after default, propose to retain the collateral in satisfaction of the obligation secured by it.
(2) The secured party shall give notice of the proposal to the persons listed in section 94.”

⁵⁶⁷ “93. A secured party may effect a sale of collateral by auction, public tender, private sale or any other method provided for in the security agreement.”

⁵⁶⁸ “94. (1) A secured party who intends to sell collateral under section 93 shall not less than ten working days before selling the collateral, give notice to the following persons the debtor [...]”

⁵⁶⁹ “91. A secured party who exercises a power of sale of collateral under section 93 shall owe duty to obtain the best price reasonably obtainable as at the time of sale [...]”

⁵⁷⁰ “98. (3) If a secured party has applied collateral under section 100 or sold collateral under section 93, as the case may be, the secured party shall pay the following persons the amount of any surplus in the following order—

(a) any persons who have a subordinate security interest perfected by registration, in the order of their priority;

(b) any other person who has given the secured party notice that that person claims an interest in the collateral; and

(c) the debtor.”

“99. The secured party may pay the surplus into Court if there is a question as to who is entitled to receive payment under section 98.”

⁵⁷¹ “95. If collateral has been sold under section 93, all security interests in the collateral and its proceeds that are subordinate to the security interest of the secured party who sold the collateral shall be extinguished on the sale of the collateral.”

⁵⁷² “105. (1) At any time before the secured party sells the collateral or is deemed to have taken the collateral in satisfaction of the obligation secured by it, a person who is entitled to receive a notice under section 94 may, unless the person otherwise agrees in writing after default, redeem the collateral [...]”

4.1.19 Etiópia

A Etiópia disponibiliza instrumentos autoexecutáveis apenas a negócios determinados. Como noticia Adimi Asress Gikay, a autotutela recuperatória é admitida somente no caso de vendas de aeronaves e componentes, sob o regime de Cape Town, e no de arrendamento mercantil, à luz da disciplina local do *leasing* financeiro. Observa que

a autotutela recuperatória – o direito de tomar posse da garantia em caso de inadimplência do devedor, sem o envolvimento de oficiais do Estado – é permitida na Etiópia como remédio ao credor apenas em dois casos excepcionais, a saber, no caso de aeronaves ou seu motor, sob o regime de Cape Town, e de bens sob a lei de *leasing*⁵⁷³.

Afirma que a Etiópia age de maneira seletiva, o que a seu ver teria de ser objeto de alteração legislativa, a fim de “fornecer essencialmente os mesmos meios de execução de garantias a todos os credores [...]”⁵⁷⁴. Sugere, por isso, a adoção de modelo semelhante ao norte-americano, a fim de que os instrumentos de autoexecutoriedade sejam democratizados:

Durante a execução, o Artigo 9 (Seção 9-609) garante a autotutela recuperatória a todos os credores garantidos. Na Etiópia, apenas os bancos se beneficiam da venda privada, enquanto Companhias Aéreas e empresas de *leasing* financeiro se beneficiam com a autotutela recuperatória. Se o conceito unitário for adotado, essas diferenças serão eliminadas, a menos que justificadas por um motivo político convincente⁵⁷⁵.

Tais considerações lançam luzes sobre um cuidado que se deve ter em eventual reforma legislativa no Brasil. Não pode a lei garantir instrumentos de autoexecutoriedade apenas a setores pontuais, pois isso fere a isonomia e impede a evolução do mercado de crédito.

⁵⁷³ GIKAY, Asress Adimi. Rethinking Ethiopian Secured Transactions Law through comparative perspective: lessons from the Uniform Commercial Code of the US. *Mizan Law Review*, Addis Ababa, v. 11, 2017. p. 172. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4314/mlr.v11i1.6>. Acesso em: 20 out. 2020. Tradução livre de “self-help repossession – the right to take possession of the collateral upon the debtor’s default without state official involvement – is permitted in Ethiopia as a remedy to a creditor, only in two exceptional cases, namely in case of aircrafts or aircraft engine collateral under the Cape Town Regime, and leased goods under the leasing law”.

⁵⁷⁴ GIKAY, Asress Adimi. Rethinking Ethiopian Secured Transactions Law through comparative perspective, cit., p. 173. Tradução livre de: “to provide essentially the same channels of enforcement of security interests for all creditors [...]”.

⁵⁷⁵ GIKAY, Asress Adimi. Rethinking Ethiopian Secured Transactions Law through comparative perspective, cit., p. 179. Tradução livre de: “During enforcement, UCC Art. 9 (Section 9-609) avails self-help repossession to all secured creditors. In Ethiopia, only the banks benefit from private sale of collaterals while creditors of the Airlines Company and financial leasing companies benefit from self-help repossession. If the unitary concept is adopted, these differences would be eliminated, unless justified by a compelling policy reason(s)”.

4.1.20 Gana

Em Gana, dispõe o *Borrowers and Lenders Act* de 2008 (*Act 773*) que, em caso de mora de contrato de mútuo, o credor notifica o devedor para pagamento em trinta dias⁵⁷⁶. Em não havendo pagamento⁵⁷⁷, o credor pode executar a garantia extrajudicialmente, retomando a posse da coisa⁵⁷⁸, desde que pacificamente ou com auxílio de forças policiais⁵⁷⁹. Se o devedor obstruir o direito do credor, será penalizado com multa ou com prisão de até seis meses⁵⁸⁰.

Embora evidentemente não possa ser transposto ao sistema brasileiro, que em regra não admite a prisão por dívida, interessante observar na lei ganense a existência de instrumento de punição à oposição injustificada ao procedimento extrajudicial.

4.1.21 Nigéria

Antes de reformar sua legislação, a Nigéria não possuía regras claras sobre as garantias autoexecutáveis, o que acabou resultando em grave problema social. Como relata Ihome Chima Williams, nem todo juiz aceitava a autotutela recuperatória e por isso os credores deixavam de ir a juízo, passando a “confrontar os devedores violentamente nas ruas ou em seus lares, desprezando a garantia e tomando às mãos tudo de valor que pudesse satisfazer a pretensão creditícia [...]”⁵⁸¹. A uniformização da jurisprudência, com o

⁵⁷⁶ “Art. 32. (1) Where a borrower fails to make payment on the due date for a payment, the lender shall give notice of default to the borrower in writing and request the borrower to pay the amount due within thirty days.”

⁵⁷⁷ “Art. 32. (4) If a borrower fails to pay or make satisfactory arrangements to pay the amount outstanding to the lender within thirty days after the date of receipt of the notice, the lender may enforce the rights provided for under this Act.”

⁵⁷⁸ “Art. 34. (1) In the exercise of right of possession of property that is subject to a charge to secure a borrower’s obligations under a credit agreement, a lender is not obliged to initiate proceedings in court to enforce the right of possession.”

⁵⁷⁹ “Art. 34 (2) Where a lender is unable to enforce a right of possession in a peaceable manner, the lender may use the services of the police to evict the borrower or other person in possession pursuant to a warrant issued by a court.”

⁵⁸⁰ “Art. 34 (b) obstructs a lender in the lawful exercise of power conferred on the lender by this section, commits an offence and is liable on summary conviction to a fine of not more than five hundred penalty units or to a term of imprisonment of not more than six months or to both; and in the case of a continuing offence, to a further fine not exceeding fifty penalty units in respect of any day on which the offence continues.”

⁵⁸¹ WILLIAMS, Ihome Chima. *The role of self-help repossession under Article 9 of the UCC: lessons for Nigeria*. Budapest: Central European University, 2013. p. 55. Disponível em: http://www.etd.ceu.hu/2013/ihome_chima-williams.pdf. Acesso em: 9 nov. 2020. Tradução livre de: “They violently confront the defaulting mortgagors on the streets or enter their homes to disdain chattels or whatever that is of value they could lay their hands on in a bid to satisfy their money claims”.

juízo do caso *Awojugbagbe Light Industries Ltd. versus Chinukwe*, em 1995, acabou por piorar a situação, chancelando o ato de um credor que “se apossou da garantia com ajuda de seguranças armados e cães da Alsácia”⁵⁸². Afirmou-se, no voto condutor, que o devedor agiu em exercício regular de direito e não teria de indenizar porque “a entrada forçada foi feita em defesa de seus direitos à posse”⁵⁸³.

Em 2015, porém, a Nigéria reformou sua lei de garantias mobiliárias, regulando a autotutela recuperatória. Como anota Sanford Mba, a Nigéria “introduziu, em certa medida, a reintegração e a alienação como meios pelos quais o credor pode se valer da garantia em caso de mora do devedor em honrar com o pagamento da linha de crédito que lhe foi concedida”⁵⁸⁴.

Pela Regulação do Registro de Garantias da Nigéria⁵⁸⁵, “quando o devedor está inadimplente e a notificação acerca da mora tiver sido devidamente providenciada pelo

⁵⁸² WILLIAMS, Ihome Chima. *The role of self-help repossession under Article 9 of the UCC*, cit., p. 55-56. Tradução livre de: “who took possession of the mortgaged property with the aid of armed security men and Alsatian dogs [...]”.

⁵⁸³ WILLIAMS, Ihome Chima. *The role of self-help repossession under Article 9 of the UCC*, cit., p. 55-56. Tradução livre de: “the forcible entry was done in furtherance of their rights to possession”.

⁵⁸⁴ MBA, Sanford. *Reformed Secured Transactions Regulation in Nigeria: an “endowment effect” justification for its self-help repossession and disposition provision*. 2017. p. 1-2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2894273. Acesso em: 20 out. 2020. Tradução livre de: “More specifically, it introduces in some measure, self-help repossession and disposition as a means by which secured lenders may realize their security interests in the event that the debtor defaults in the repayment of the credit facility extended to the debtor”.

⁵⁸⁵ Na parte que interessa ao trabalho:

“34. Application of this Part

- (1) A financial lessor may enforce its rights under this Part or the law governing the financial lease.
- (2) Holders of purchase money security interests may enforce their rights either under this Part or the relevant law governing their rights.
- (3) After default, a secured creditor has the rights provided in this Part and those provided in the security agreement signed by the debtor. A secured creditor may also resort to any available judicial procedure”.

“35. Repossession of the Collateral

- (1) After default, a secured creditor must provide a notice of the default to the debtor.
- (2) The notice required under sub section 1 maybe delivered to the debtor by:
 - (a) hand;
 - (b) courier service;
 - (c) registered mail; and
 - (d) other means agreed by the parties
- (3) Ten (10) days after sending the notice of default, the secured creditor
 - (a) may take possession of the collateral; or
 - (b) without removal, may render the collateral inoperative.
- (4) A secured creditor may proceed under this Regulation
 - (a) pursuant to judicial process; or
 - (b) without judicial process, if the debtor consented in the security agreement to relinquishing possession without a court order.
- (5) In the event of proceeding without judicial process, the secured creditor with the help of law enforcement agencies shall enforce his right of possession in a peaceable manner.

credor, este passa a ter direito de tomar posse da garantia”⁵⁸⁶. Após, “tem o direito de dispor da garantia, por qualquer meio”⁵⁸⁷, embora deva “assegurar que o melhor preço seja obtido na venda a ser realizada [...]”⁵⁸⁸.

A Nigéria conseguiu, assim, ao editar uma lei em favor do credor, trazer segurança jurídica, moral e física ao devedor, em clara demonstração de que regras claras, ainda que duras, podem trazer paz social.

4.1.22 Argentina

Ao tratar do penhor, o art. 3.222 do antigo Código Civil argentino vedava expressamente o pacto comissório, dispondo ser nula qualquer cláusula que autorizasse o

(6) The secured creditor may require the debtor to assemble the collateral and make it available at a designated place”.

“36. Secured Creditor May Render Collateral Inoperative

(1) A secured creditor may render the collateral inoperative if the collateral is of a kind that cannot be readily moved from the debtor’s premises or is of a kind for which adequate storage facilities are not readily available.

(2) The secured creditor may dispose of collateral on the debtor’s premises provided that it shall not cause the person in possession of the premises, if other than the debtor, any greater inconvenience than is necessary”.

“37. Secured Creditor May Collect Accounts Receivable

(1) A secured creditor may collect and apply an account receivable, money or a negotiable instrument taken as collateral to the satisfaction of the obligation secured by the security interest if the debtor is in default.

(2) The secured creditor may notify the account debtor and collect payment even prior to default”.

“39. Notice of Sale of Collateral (1) The secured creditor who intends to sell the collateral shall not less than ten (10) working days before selling the collateral, send notice in the manner stipulated in Regulation 35

(1) hereof to the following persons

(a) the debtor; and

(b) any secured creditor who has registered a financing statement in respect of the collateral that became effective before the secured creditor repossessed the collateral.

(2) Paragraph (1) shall not apply if

(a) the collateral may perish within ten (10) working days of the repossession;

(b) the secured creditor believes on reasonable grounds that the collateral will decline substantially in value if it is not disposed of immediately;

(c) the cost of care and storage of the collateral is disproportionately large in relation to its value; or

(d) the collateral consists of inventory or farm products; and

(e) in the manner prescribed under paragraph 36(1) of this Regulation”.

⁵⁸⁶ MBA, Sanford. *Reformed Secured Transactions Regulation in Nigeria*, cit., p. 7. Tradução livre de: “When the debtor is in default and notice of the default has been duly provided to the debtor by the secured creditor, the latter is entitled to take possession of the collateral”.

⁵⁸⁷ MBA, Sanford. *Reformed Secured Transactions Regulation in Nigeria*, cit., p. 7. Tradução livre de: “is entitled to dispose of tangible collaterals by any means [...]”.

⁵⁸⁸ MBA, Sanford. *Reformed Secured Transactions Regulation in Nigeria*, cit., p. 7. Tradução livre de: “obligated to ensure the best price is obtained from the sale to be carried out [...]”.

credor a se apropriar da garantia ou dela dispor extrajudicialmente⁵⁸⁹. Permitia-se apenas, no art. 3.223, que as partes acordassem a dação da coisa em pagamento, desde que depois do vencimento da dívida⁵⁹⁰. De resto, de modo geral, o credor podia se valer somente do processo executivo comum, buscando a venda do bem penhorado em leilão público, conforme disposto no art. 3.224⁵⁹¹.

Em comentário a referido artigo, Gabriela Iturbide, em obra coordenada por Alberto Jesús Bueres, esclarece que, no sistema antigo,

a única maneira de alienar a coisa era através da execução de penhor, ou seja, através de um procedimento judicial. A falta de pagamento autorizava o credor a iniciar esse julgamento, não sendo obrigado a reter indefinidamente a coisa.

O princípio consagrado no art. 3.224 estava em conformidade com o art. 3.222, que estabeleceu a proibição de cláusulas que permitissem a apropriação da coisa fora do leilão⁵⁹².

Tal regime foi radicalmente alterado pelo novo Código Civil e Comercial da Nação, cujo art. 2.229 permitiu que, sem prejuízo do processo executivo comum, credor e devedor estipulem, quando da negociação da garantia, que: (1) o credor se aproprie da coisa, em caso de inadimplemento, pelo valor que tiver ao tempo do vencimento da dívida, de acordo com o que estabelecer um perito designado pelas partes; ou (2) seja realizada a venda do bem por um procedimento especial que venham a prever em contrato, pelos preços vigentes ao tempo da alienação⁵⁹³.

⁵⁸⁹ Art. 3.222 do antigo Código Civil argentino. “Es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse la prenda, aun cuando ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de los modos establecidos en este Título. Es igualmente nula la cláusula que prive al acreedor solicitar la venta de la cosa.”

⁵⁹⁰ Art. 3.223 do antigo Código Civil argentino. “El deudor, sin embargo, puede convenir con el acreedor en que la prenda le pertenecerá por la estimación que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, pero no al tiempo del contrato.”

⁵⁹¹ Art. 3.224 do antigo Código Civil argentino. “No cumpliendo el deudor con el pago de la deuda al tiempo convenido, el acreedor, para ser pagado de su crédito con el privilegio que la ley le acuerda sobre el precio de la cosa, puede pedir que se haga la venta de la prenda en remate público con citación del deudor. Si la prenda no pasa del valor de doscientos pesos, el juez puede ordenar la venta privada de ella. El acreedor puede adquirir la prenda por la compra que haga en el remate, o por la venta privada, o por su adjudicación.”

⁵⁹² BUERES, Alberto Jesús. *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2014. v. 2. p. 479. Tradução livre de: “la única forma de disponer de la cosa era a través de la ejecución prendaria, es decir, por medio de un procedimiento judicial. La falta de pago autorizaba al acreedor a iniciar este juicio, no estando obligado a retener indefinidamente la cosa. El principio consagrado en el citado art. 3.224 concordaba con el art. 3.222 que establecía la prohibición de cláusulas que permitiesen la apropiación de la cosa fuera del remate”.

⁵⁹³ “Art. 2.229. Ejecución

Comparando o antigo e o novo regime, Gabriela Iturbide observa ter-se invertido a lógica de acesso ao Poder Judiciário, que passou a dar-se *a posteriori*, depois do procedimento executivo privado. Anota que,

Ao estabelecer [o novo Código Civil e Comercial da Nação] a natureza autoexecutória do penhor, a reforma deixou de exigir a intervenção imposta pelo art. 3224 do [antigo] Código Civil. A autoexecutoriedade [trazida pela nova legislação] possibilita que o credor faça uma cobrança rápida, barata e sem recorrer aos tribunais. Dessa forma, a cobrança do crédito pignoratício se abrevia muito no tempo e seus custos são reduzidos. *A proteção que o ex-proprietário e o devedor podem buscar nos tribunais se dá basicamente após a execução* (destacou-se)⁵⁹⁴.

Em obra coordenada por Ricardo Luis Lorenzetti, por sua vez, Mario Gabriel Szmuch aponta que “a natureza autoexecutória do penhor é uma das características mais destacadas do Código, que segue de perto as prescrições contidas no artigo 585 do código comercial e se afasta do molde conservador do código civil anterior”⁵⁹⁵. Demonstra entusiasmo com o que veio a dispor o art. 2.229:

El acreedor puede vender la cosa prendada en subasta pública, debidamente anunciada con diez días de anticipación en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción que corresponde al lugar en que, según el contrato, la cosa deba encontrarse.

Si la prenda consiste en títulos u otros bienes negociables en bolsas o mercados públicos, la venta puede hacerse en la forma habitual en tales mercados, al precio de cotización.

Las partes pueden convenir simultáneamente con la constitución que:

a) el acreedor se puede adjudicar la cosa por la estimación del valor que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, según lo establezca el experto que las partes designen o bien por el que resulte del procedimiento de elección establecido; en su defecto, el experto debe ser designado por el juez a simple petición del acreedor;

b) la venta se puede realizar por un procedimiento especial que ellas determinan, el que puede consistir en la designación de una persona para efectuarla o la venta por el acreedor o por un tercero a precios que surgen de un determinado ámbito de negociación o según informes de los valores corrientes de mercados al tiempo de la enajenación que indican una o más cámaras empresariales especializadas o publicaciones designadas en el contrato.

A falta de estipulación en contrario, estas alternativas son optativas para el acreedor, junto con las indicadas en los párrafos primero y segundo de este artículo, según el caso.

El acreedor puede adquirir la cosa por la compra que haga en la subasta o en la venta privada o por su adjudicación.”

⁵⁹⁴ ITURBIDE, Gabriela. Comentário aos artigos 1946, 1964 a 1969 e 2212 a 2237. In: BUERES, Alberto Jesús. *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2014. v. 2. p. 479. Tradução livre de: “Al establecer [el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación] el carácter autoliquidable de la prenda, la reforma no exige la intervención que impone el art. 3.224 del Código Civil. La autoliquidación implica que el acreedor cobra de manera rápida, poco costosa y sin recurrir a los tribunales. De esta manera, la liquidación del crédito prendario se abrevia mucho en el tiempo y se reducen los costos de cobranza. La protección que el ex propietario y el deudor pueden buscar en los tribunales es básicamente a posteriori de la ejecución”.

⁵⁹⁵ SZMUCH, Mario Gabriel. Arts. 2.219 a 2.237. In: LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2015. t. X. p. 223. Tradução livre de: “El carácter autoliquidable de la prenda es uno de los rasgos más sobresalientes del Código en la materia, que sigue de cerca al respecto las prescripciones que contenía el artículo 585 del código de comercio y se aleja del molde conservador del código civil anterior”. O autor tece os mesmos comentários em CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa. *Código Civil y Comercial de la*

A autoexecutoriedade implica que o credor receba de forma rápida, barata e sem passar pelos tribunais: para a venda ou adjudicação do bem empenhado, não é necessária a intervenção judicial prévia, sendo suficiente, para tanto, diante de mora do devedor, somente a atuação do próprio credor ou terceiro designado pelas partes, destinando-se o produto da venda, sem maiores formalidades, ao pagamento da dívida; então o credor não precisa de nada mais do que prestar contas do que foi feito ao devedor e ao proprietário, que as podem contestar judicialmente, mas sem que isso impeça a eficácia da transferência extrajudicial da coisa. Dessa forma, a execução do crédito pignoratício se abrevia muito no tempo e os custos de cobrança são reduzidos. *A proteção que o ex-proprietário e o devedor podem buscar nos tribunais se dá basicamente após a execução (destacou-se)*⁵⁹⁶.

Outros comentadores do Código são partidários da mesma opinião, apontando o novo dispositivo como inovação tendente a agilizar o processo executivo. Em obra coordenada por Julio César Rivera e Graciela Medina, afirma-se que “o preceito em análise apresenta um procedimento ágil para a execução da garantia, fornecendo regras alternativas à execução pignoratícia judicial (consagradas pelos códigos de procedimentos em vigor em cada jurisdição)”⁵⁹⁷.

Com a modificação introduzida pelo Código atual, no que toca ao penhor, o sistema de garantias argentino passou a se revestir de acentuado caráter de autoexecutoriedade. Como asseveram Gabriela Iturbide e Mario Gabriel Szmuch, no novo regime, “salvo acordo

Nación comentado. Buenos Aires: Infojus, 2015. v. 5. Anota-se que tais obras (impressas em 2015) e a coordenada por Alberto Jesús Bueres (BUERES, Alberto Jesús. *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, cit., impressa em 2014) possuem trechos idênticos. A autora dos comentários da obra mais recente, de 2014, Gabriela Iturbide, também lançou comentários à que foi coordenada por Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso e Marisa Herrera, de 2015 (embora, nesta última, conste como comentarista apenas do art. 1.973). Consta, ali, que o art. 2.229 ficou a cargo de Mario Gabriel Szmuch. Além disso, Gabriela Iturbide não consta como comentarista da obra coordenada por Ricardo Luis Lorenzetti.

⁵⁹⁶ SZMUCH, Mario Gabriel. Arts. 2.219 a 2.237, cit., p. 223-224. Tradução livre de: “La autoliquidación implica que el acreedor cobre de manera rápida, barata y son pasar pelos tribunales: para la venta o adjudicación de la cosa pignorada no necesita la previa intervención judicial, bastando para proceder, ante la mora del deudor, la sola orden que imparta el propio acreedor o un tercero designado por las partes, y el producido de dicha venta se aplica directamente, sin más, a la cancelación de la deuda garantizada; luego el acreedor no hace más que rendir cuentas de lo actuado al deudor y al propietario, quienes pueden impugnarlas judicialmente, pero ello no obsta a la validez de la enajenación extrajudicial de la cosa. De esta manera la liquidación del crédito prendario se abrevia mucho en el tiempo y se reducen los costos de cobranza. La protección que el expropietario y el deudor pueden buscar en los tribunales es básicamente a posteriori de la ejecución”.

⁵⁹⁷ RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley. 2014. t. V. Tradução livre de: “El precepto en análisis presenta un procedimiento ágil para la ejecución de la garantía, brindando reglas generales alternativas a la realización habitual de las cosas empeñadas en sede judicial (consagrada por los Códigos de procedimientos vigentes en cada jurisdicción)”.

em contrário, é o próprio credor quem ordena a venda da coisa empenhada, sem necessidade de prévia intervenção do órgão jurisdiccional”⁵⁹⁸.

4.1.23 Peru

Como relata Néstor Santiago Arévalo Barrero, “no Peru, a Lei n. 28.677 de 200634 adotou o regime unificado de garantias móveis, que propõe uma forma de execução extrajudicial por consenso [...]”⁵⁹⁹. De acordo com referida norma, as partes podem convencionar que, em caso de mora, seja feita a venda extrajudicial do bem⁶⁰⁰, conferindo a terceiro poderes específicos para a alienação⁶⁰¹, que não pode ocorrer por menos de dois terços do que hajam convencionado as partes⁶⁰². A venda, por sua vez, deve ser precedida de notificação, com antecedência de três dias úteis⁶⁰³.

Uma vez iniciado o processo, a alienação não pode ser suspensa por qualquer fundamento que não o pagamento integral, sem prejuízo de o devedor discutir outras matérias no âmbito de ação autônoma⁶⁰⁴. O credor, contudo, só pode se valer da via judicial

⁵⁹⁸ BUERES, Alberto Jesús. *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, cit., p. 480, e SZMUCH, Mario Gabriel. Arts. 2.219 a 2.237, cit., p. 224. Em ambos, tradução livre de “Salvo pacto en contrario, es el propio acreedor el que ordena la venta de la cosa prendada, sin necesidad de previa intervención del órgano jurisdiccional”. Coincidência textual explicada em nota anterior.

⁵⁹⁹ ARÉVALO BARRERO, Néstor Santiago. La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, cit., p. 23-24. Tradução livre de: “En Perú, mediante la Ley 28.677 de 200634 se adoptó el régimen unificado de las garantías mobiliarias, el cual plantea una forma de ejecución extrajudicial sometida al acuerdo contractual [...]”.

⁶⁰⁰ “Art. 47. Venta extrajudicial

Si es exigible la obligación garantizada, el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en la forma establecida en los párrafos siguientes o en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria. Excepcionalmente, si mediare pacto o la situación prevista en el inciso 6, se venderá el bien mueble con arreglo al Código Procesal Civil [...]”.

⁶⁰¹ “Art. 47.1. En el acto constitutivo de la garantía mobiliaria se otorgará poder específico e irrevocable a un tercero para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. No se admite el pacto mediante el cual el propio acreedor garantizado sea el representante. El poder no requiere inscripción distinta de la que contiene el Registro respectivo. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153 del Código Civil ni el artículo 156 del mismo.”

⁶⁰² “Art. 47.2. Es nula la venta realizada en precio menor a las dos terceras partes del valor del bien mueble pactado por las partes (según el inciso 7 del artículo 33 de la presente Ley) o, en su defecto, del valor comercial del bien mueble al tiempo de la venta. La nulidad debe ser planteada dentro de los 15 días siguientes de la venta. Este plazo es de caducidad.”

⁶⁰³ “Art. 47.3. Producido el incumplimiento del deudor, del cual dejará constancia el acreedor garantizado mediante carta notarial dirigida al deudor y al representante y, en su caso, al constituyente, el acreedor garantizado podrá proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, después de transcurridos tres días hábiles de recibida la carta notarial.”

⁶⁰⁴ “Art. 47.5. En ningún caso podrá suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, salvo que el deudor cancele el íntegro de la deuda. Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta por el Juez Especializado en lo Civil, en la vía

depois de tentar, por sessenta dias, a venda extrajudicial do bem⁶⁰⁵, sendo civil e penalmente responsável pela correção do procedimento⁶⁰⁶. Por outro lado, o devedor é civil e penalmente responsável pela conservação e entrega da coisa dada em garantia⁶⁰⁷.

Caso a entrega não se dê espontaneamente, a retomada do bem deve ser feita conforme o acordado entre as partes, e, à sua falta, pelos meios impostos pelas circunstâncias, mediante prévia notificação, expedida por um notário⁶⁰⁸. Alternativamente, o credor pode se socorrer de um juiz, que, por mero requerimento, expedirá ordem de apreensão e entrega da coisa⁶⁰⁹.

sumarísima, conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, bajo responsabilidad.”

⁶⁰⁵ “Art. 47.6. Si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y, en su caso al constituyente y al representante y el bien mueble no hubiese sido vendido, el acreedor garantizado podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil. Las partes podrán convenir un plazo distinto.”

⁶⁰⁶ “Art. 47.7. El acreedor garantizado es civil y penalmente responsable de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación garantizada al tiempo de la venta del bien mueble gravado. El representante es civilmente responsable por el cumplimiento de las condiciones pactadas para la venta. En todo caso, el representante deberá actuar con diligencia y buena fe [...]”

“Art. 50. Responsabilidad del poseedor del bien mueble En la garantía mobiliaria a que se refiere esta Ley, el poseedor del bien mueble afectado en garantía es responsable civil y penalmente, con la calidad de depositario, de la custodia y entrega inmediata del bien mueble a quien corresponda.”

⁶⁰⁷ “Art. 50. Responsabilidad del poseedor del bien mueble – En la garantía mobiliaria a que se refiere esta Ley, el poseedor del bien mueble afectado en garantía es responsable civil y penalmente, con la calidad de depositario, de la custodia y entrega inmediata del bien mueble a quien corresponda.”

⁶⁰⁸ “Art. 51. Forma de tomar posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Las partes podrán regular mediante pacto la forma de tomar posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. A falta de pacto, el acreedor garantizado o el adquirente de la propiedad del bien mueble afecto en garantía mobiliaria pueden asumir directamente la posesión de este último, absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Para la toma de posesión se requiere, bajo responsabilidad civil y penal, la certificación notarial del acto en la que se deje expresa constancia del estado y características principales del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, así como la notificación notarial al deudor y, en su caso, al constituyente y al depositario del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, dentro de los dos días hábiles siguientes [...]”

⁶⁰⁹ “Art. 51. [...] El acreedor garantizado o el adquirente podrán, alternativamente, solicitar al Juez Especializado en lo Civil, por la vía sumarísima, un requerimiento judicial de incautación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. El juez no correrá traslado al deudor del pedido de requerimiento y, además, queda prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución de su mandato. El juez expedirá el requerimiento por el solo mérito de la solicitud del acreedor garantizado y de la documentación presentada, pudiendo dictar un apercibimiento de empleo de la fuerza pública. El requerimiento judicial será notificado mediante oficio a la autoridad policial del lugar y dispondrá la entrega inmediata del bien mueble afecto en garantía mobiliaria al acreedor garantizado o al adquirente.”

Em adição, o credor, mediante notificação prévia⁶¹⁰, pode se apropriar da coisa em pagamento, pelo valor acordado na constituição da garantia⁶¹¹. Se houver credores precedentes, contudo, deve pagá-los antes, ainda que por consignação⁶¹². Tomada a coisa em pagamento, o credor permanece com direito de cobrar o remanescente, caso o valor do bem seja menor que o da dívida⁶¹³. Por outro lado, se o bem tiver valor superior, o credor deve entregar o excedente ao devedor, no prazo de dez dias, sob pena de multa de cinco vezes o valor da diferença⁶¹⁴.

Prevê-se, por fim, que, se a garantia estiver materializada em um título de crédito, o credor se sub-roga nos direitos do devedor, podendo praticar todos os atos necessários à conservação e cobrança do título⁶¹⁵. Acaso se trate de um crédito, presente ou futuro, pode utilizá-lo no pagamento da dívida, distribuindo a outros credores eventual excedente⁶¹⁶.

⁶¹⁰ “Art. 53.2. Producido el incumplimiento, el acreedor garantizado que desee adjudicarse el bien mueble afecto en garantía mobiliaria deberá comunicar notarialmente al deudor y al representante a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo, así como, de ser el caso, al constituyente y al depositario, el monto detallado de la obligación garantizada no pagada y el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes.”

⁶¹¹ “Art. 53.1. Es válido que las partes acuerden que el acreedor garantizado pueda adjudicarse la propiedad del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Para la validez del pacto se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes y, además otorgarse el poder a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo.”

⁶¹² “Art. 53.5. Cuando el acreedor garantizado pretenda adjudicarse el bien mueble afecto en garantía mobiliaria de conformidad con este artículo, dicho acreedor garantizado deberá cancelar o pagar el crédito de los acreedores garantizados que lo preceden en el rango o consignar su importe al Juez. Si hubiese gravámenes posteriores, los acreedores garantizados cancelarán su crédito con cargo a la diferencia prevista en el numeral 53.4 de este artículo. Para este efecto el representante a que se refiere el numeral 53.6 cumplirá con consignar judicialmente el monto a que se refiere el numeral 53.4 de este artículo.”

⁶¹³ “Art. 53.3. Si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria fuera menor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado podrá exigir el saldo mediante la emisión de un título con mérito ejecutivo o en la vía del proceso de ejecución.”

⁶¹⁴ “Art. 53.4. Si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria fuere mayor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado deberá pagar la diferencia al representante a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo, dentro de un plazo de diez días de recibida por el deudor la comunicación mencionada en el numeral 53.2. de este artículo. Vencido dicho plazo sin pagarse la diferencia, el deudor podrá exigir en la vía sumarísima el pago de una multa no menor de cinco veces la diferencia, más intereses y gastos. Todo pacto que fije un monto inferior, es nulo.”

⁶¹⁵ “Art. 54. Garantía mobiliaria sobre títulos valores El acreedor garantizado que hubiese recibido títulos valores en garantía mobiliaria, queda subrogado en los derechos del deudor para practicar todos los actos que sean necesarios para conservar la eficacia del título y los derechos de su deudor, así como para su cobro o la enajenación en caso de incumplimiento. El acreedor garantizado responderá de cualquier omisión que pudiera afectar al título.”

⁶¹⁶ “Art. 55. Garantía mobiliaria sobre créditos Ante el incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado con una garantía mobiliaria sobre créditos presentes o futuros, se encuentra facultado para adquirir los créditos o transferirlos a un tercero de acuerdo a las normas que rigen la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria contenidas en este Título, que resulten aplicables. El adquirente tendrá los mismos derechos que el acreedor garantizado. El acreedor garantizado deberá notificar a cualquier otro acreedor garantizado y deberá distribuir los fondos percibidos de conformidad con las disposiciones de este Título de la Ley.”

4.1.24 Colômbia

A Colômbia proibia expressamente a autoexecutoriedade das garantias, dispondo, no Código Civil, ser vedado às partes acordar a venda ou a apropriação do bem em pagamento senão no âmbito de processo judicial, quer no penhor⁶¹⁷ como na hipoteca⁶¹⁸. A vedação constava, igualmente, do Código Comercial⁶¹⁹, além de ser extraída *contrario sensu* do Código de Processo Civil, que dispunha dar-se apenas em juízo a venda⁶²⁰ e a apropriação da garantia⁶²¹. A jurisprudência colombiana havia firmado ainda o entendimento de que as medidas de execução previstas em normas internacionais seriam inconstitucionais, por ferirem o devido processo legal⁶²².

⁶¹⁷ “Art. 2.422. El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados.”

⁶¹⁸ “Art. 2.448. El acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda.”

⁶¹⁹ “(Revogado) Art. 1.203. Toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno.”

⁶²⁰ “Art. 468. Disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real
Cuando el acreedor persiga el pago de una obligación en dinero, exclusivamente con el producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, se observarán las siguientes reglas:

1. Requisitos de la demanda. La demanda, además de cumplir los requisitos de toda demanda ejecutiva [...]”

⁶²¹ “Art. 467. Adjudicación o realización especial de la garantía real

El acreedor hipotecario o prendario podrá demandar desde un principio la adjudicación del bien hipotecado o prendado, para el pago total o parcial de la obligación garantizada, y solicitar en subsidio que si el propietario demandado se opone a través de excepciones de mérito, la ejecución reciba el trámite previsto en el artículo siguiente, para los fines allí contemplados [...].

[...] 2. El juez librará mandamiento ejecutivo en la forma prevista en el artículo 430, en el que prevendrá al demandado sobre la pretensión de adjudicación. También decretará el embargo del bien hipotecado y, en el caso de los bienes prendados, su embargo y secuestro [...]”

⁶²² A esse respeito, *vide* observação de Carlos Alberto León Moreno: “O Tribunal Constitucional teve a oportunidade de se pronunciar sobre o assunto ao analisar a constitucionalidade da Lei 967 de 2005, que aprovou a Convenção sobre garantias internacionais de sobre equipamentos móveis e seu Protocolo sobre questões relacionadas especificamente a equipamentos aeronáuticos.

Naquela ocasião, o Tribunal concluiu que a Convenção sobre Garantias Internacionais (*sic*) para Equipamentos Móveis e o Protocolo Relativo a Equipamentos Aeronáuticos contêm nos respectivos diplomas disposições relativas à possibilidade de os credores executarem o devedor sem intervenção judicial.

[...]

Na opinião do Tribunal, o fato de as medidas anteriores poderem ser exercidas diretamente pelo credor, sem intervenção judicial, implica um risco evidente para a preservação dos princípios do acesso à administração da justiça (art. 229 CP) e do devido processo legal (art. 29 *idem*), bem como o compromisso com a ordem justa (art. 2º), em razão da perda da efetividade de direitos e deveres consagrados na Carta (art. 2º). (CConst., C276/2006, M.J. Cepeda e M.G. Monroy)” (LÉON MORENO, Carlos Alberto. El pago directo por parte del acreedor garantizado: fundamentos de la transmisión de la propiedad. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá: Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, n. 56, p. 1-31, 2016. p. 28). Tradução livre de: “La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto al estudiar la constitucionalidad de la Ley 967 de 2005, por la que se aprobó el Convenio relativo a garantías

No entanto, a Lei n. 1.676/2013 alterou esse estado de coisas, prevendo, para o credor, a possibilidade de tomar para si ou vender o objeto da garantia, aplicando o produto da alienação no pagamento da dívida⁶²³. A norma trata do “pagamento direto” e da “execução especial”, tendo se inspirado em normas do direito internacional, conforme anota Néstor Santiago Arévalo Barrero:

Dois dos instrumentos internacionais que serviram de base ao Congresso da República para a emissão da LGM são: a Lei Modelo Interamericana sobre Garantias da Organização dos Estados Americanos, de 2002 (doravante denominada Lei Modelo da OEA), e o Guia Legislativo da UNCITRAL sobre Operações Garantidas, 2010 (a seguir designado Guia Legislativo da UNCITRAL), conforme indicado pelo Ministro do Comércio, Indústria e Turismo na nota explicativa do Projeto de Lei n. 200 do Senado⁶²⁴.

Assinala Carlos Alberto León Moreno que

a lei de garantias mobiliárias [1.676/2013] acabou com a proibição de que devedor e credor acordassem pudesse este se apropriar das coisas dadas em garantia, quando do incumprimento da obrigação, sendo claro que, atualmente, é possível prever tal direito quando da constituição do penhor ou da hipoteca [...]⁶²⁵.

internacionales sobre elementos de equipo móvil, y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico.

En dicha ocasión ese Tribunal encontró que el Convenio sobre garantías internacional (sic) de equipo móvil y el Protocolo relativo al equipo aeronáutico contienen en sus artículos correspondientes algunas disposiciones relativas a la posibilidad con que cuentan los acreedores de adoptar decisiones de ejecución contra el deudor, sin intervención judicial.

[...]

A juicio de la Corte, el hecho de que las medidas previas puedan ser ejercidas directamente por el acreedor, sin intervención judicial, implica un evidente riesgo para la preservación del principio de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.) y del debido proceso (art. 29 ídem), así como un compromiso serio de la vigencia del orden justo (art. 2º) mediante la pérdida de efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Carta (art. 2º). (CConst., C276/2006, M. J. Cepeda y M. G. Monroy)”.⁶²³

⁶²³ “Art. 58. Mecanismos de ejecución. En el evento de presentarse incumplimiento del deudor, se puede ejecutar la garantía mobiliaria por el mecanismo de adjudicación o realización especial de la garantía real regulado en los artículos 467 y 468 del Código General de Proceso o de ejecución especial de la garantía, en los casos y en la forma prevista en la presente ley”.

⁶²⁴ ARÉVALO BARRERO, Néstor Santiago. La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, cit., p. 13-14. Tradução livre de: “Como dos de los instrumentos internacionales que le sirvieron de base al Congreso de la República para la expedición de la LGM se tienen: la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la Organización de los Estados Americanos, de 2002 (en adelante Ley Modelo OEA) y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas, de 2010 (en adelante Guía Legislativa de la CNUDMI), de acuerdo con lo señalado por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo en la exposición de motivos del Proyecto de ley No. 200 Senado”.

⁶²⁵ LEÓN MORENO, Carlos Alberto. El pago directo por parte del acreedor garantizado, cit., p. 21. Tradução livre de: “la ley de garantías mobiliarias [1.676/2013] levantó la prohibición para que deudor y acreedor acuerden que este último se adueñe de las cosas dadas en garantía, en el evento en que se presente un incumplimiento de la obligación, siendo claro que, actualmente, es posible estipular dicha prerrogativa [...]”.

A partir de referida lei, a Colômbia passou a contar com instrumentos autoexecutáveis de garantias, operacionalizando-os por meio de seu aparato notarial. Anota Ismael Beltrán Prado que,

Em seu esforço para reduzir o congestionamento do Poder Judiciário, a Lei concede jurisdição não apenas aos juízes civis tradicionais, mas também à Superintendência de Empresas. Essa superintendência, que é uma agência dedicada a supervisionar principalmente empresas comerciais, tem sido muito bem-sucedida e eficiente na administração da justiça em diferentes assuntos corporativos e comerciais⁶²⁶.

De acordo com o art. 60 da Lei n. 1.676/2013, com o “pagamento direto”, ou “apropriação extrajudicial”, o credor satisfaz sua pretensão diretamente, pelo valor da garantia ao dia da apropriação⁶²⁷. Esse valor deve ser obtido por perito vinculado à “Superintendência de Sociedades”⁶²⁸, e, se superior à dívida, repartido entre os demais credores, abatidas custas e despesas⁶²⁹. O Poder Judiciário pode ser acionado pelo credor caso seja necessário realizar busca e apreensão do bem⁶³⁰.

O art. 2.2.2.4.2.3 do Decreto n. 1.074/2015 regulamenta o art. 60 da Lei 1.676/2013, estabelecendo que, se o credor já tem a posse, torna-se proprietário da coisa. Em não a possuindo, deve solicitar sua entrega voluntária, por meio de intimação eletrônica, com prazo de cinco dias. Caso não atendida a solicitação, pode pedir a busca e apreensão em juízo. Apreendida a coisa, passa-se à sua avaliação, contra a qual as partes podem apresentar

⁶²⁶ BELTRÁN PRADO, Ismael. *Introduction to the Colombian Secured Transactions Law*. 2016. p. 25. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2916944. Acesso em: 20 out. 2020. Tradução livre de: “In its effort of reducing the judicial branch congestion, the Law gives jurisdiction not only to the traditional civil judges but also to the Superintendence of Companies. This superintendence, which is an agency dedicated to oversee mainly commercial companies, has been very successful and efficient in administering justice in different corporate and commercial related matters [...]”.

⁶²⁷ “Art. 60. Pago directo. El acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el parágrafo 3º del presente artículo, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.”

⁶²⁸ “Art. 60. [...] Párrafo 3º. En el evento de la apropiación del bien, este se recibirá por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por sorteo, de la lista que para tal fin disponga la Superintendencia de Sociedades, el cual será obligatorio para garante y acreedor, y se realizará al momento de entrega o apropiación del bien por el acreedor.”

⁶²⁹ “Art. 60. [...] Párrafo 1º. Si el valor del bien supera el monto de la obligación garantizada, el acreedor deberá entregar el saldo correspondiente, deducidos los gastos y costos, a otros acreedores inscritos, al deudor o al propietario del bien, si fuere persona distinta al deudor, según corresponda, para lo cual se constituirá un depósito judicial a favor de quien corresponda y siga en orden de prelación, cuyo título se remitirá al juzgado correspondiente del domicilio del garante.”

⁶³⁰ “Art. 60. [...] Párrafo 2º. Si no se realizare la entrega voluntaria de los bienes en poder del garante objeto de la garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libere orden de aprehensión y entrega del bien, con la simple petición del acreedor garantizado.”

objeção, em cinco dias. Findo o prazo, efetiva-se a apropriação extrajudicial, com posterior partilha do excedente. Se o objeto da garantia é um bem móvel, o credor adquire a propriedade com a manutenção da coisa consigo, e, no caso de imóveis, com o registro⁶³¹.

⁶³¹ “Art. 2.2.2.4.2.3. Mecanismo de ejecución por pago directo. Cuando el acreedor garantizado, en el evento del incumplimiento de la obligación garantizada ejerza el mecanismo de ejecución por pago directo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 1.676 de 2013, deberá:

1. Inscribir el formulario de ejecución en el Registro de Garantías Mobiliarias en los términos del artículo 2.2.2.4.1.30, cuando la garantía se hubiera hecho oponible a través del Registro de Garantías Mobiliarias. Avisar a través del medio pactado para el efecto o mediante correo electrónico, al deudor y al garante acerca de la ejecución, sin perjuicio de lo dispuesto en la sección anterior.

El aviso y la inscripción del formulario registral de ejecución tendrán los efectos de notificación previstos en el numeral 1 del artículo 65 de la Ley 1.676 de 2013.

El acreedor garantizado consultará el Registro de Garantías Mobiliarias a efecto de verificar la existencia de otros acreedores garantizados inscritos sobre el mismo bien y su prelación y, en desarrollo del procedimiento establecido en el numeral 2 del artículo 65 de la Ley 1.676 de 2013, les remitirá, dentro de los cinco (5) días siguientes a la inscripción del formulario registral de ejecución, una copia de dicho formulario para que comparezcan y se manifiesten acerca del monto de la obligación a su favor.

2. En caso de que el acreedor garantizado no ostente la tenencia del bien en garantía, procederá a aprehenderlo de conformidad con lo pactado. Cuando no se hubiere pactado o no sea posible dar cumplimiento al procedimiento de aprehensión del bien en garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar la entrega voluntaria del bien por parte del garante, mediante comunicación dirigida a la dirección electrónica según conste en el Registro de Garantías Mobiliarias. Si pasados cinco (5) días contados a partir de la solicitud el garante no hace entrega voluntaria del bien al acreedor garantizado, este último podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente la aprehensión y entrega del bien sin que medie proceso o trámite diferente al dispuesto en esta sección frente a aprehensión y entrega.

3. Una vez el bien en garantía esté en poder del acreedor garantizado, se seguirá el procedimiento señalado en los artículos de esta sección para efectos de la realización del avalúo.

4. Designado el perito evaluador, la Superintendencia de Sociedades se lo comunicará por correo electrónico y fijará, en el caso en que las partes no lo hayan hecho en el contrato, un término razonable para presentación del avalúo.

5. Acreditado el pago del avalúo por parte del acreedor garantizado al perito evaluador, este último entregará el dictamen a las partes, para que en el término de cinco (5) días presenten las observaciones frente al avalúo, remitiendo copia de las mismas a la contraparte, quien a su vez podrá presentar comentarios frente a las observaciones dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término anterior.

Cuando no se presenten observaciones por parte del garante o del acreedor garantizado, el perito evaluador entregará el avalúo definitivo a las partes.

De haberse presentado observaciones el perito las evaluará, así como los comentarios que frente a las mismas presente la contraparte dentro de los diez (10) días siguientes. Vencido el término anterior, el perito evaluador entregará el avalúo definitivo a las partes.

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 60 de la Ley 1.676 de 2013, el avalúo será obligatorio para el garante y para el acreedor garantizado.

En caso de que exista controversia sobre el valor del avalúo, dado su carácter obligatorio entre las partes, una vez apropiado el bien en garantía y finalizado el procedimiento de pago directo, el interesado podrá acudir al trámite previsto en el parágrafo del artículo 66 de la Ley 1.676 de 2013, sin que el resultado de dicho trámite afecte el pago directo.

6. Si el avalúo del bien en garantía es inferior al valor de la obligación garantizada, el acreedor garantizado se pagará con el bien en garantía y podrá realizar el cobro correspondiente por el saldo insoluto.

7. Si el avalúo del bien dado en garantía es superior al valor de la obligación garantizada, el acreedor garantizado procederá a constituir en el Banco Agrario el o los depósitos judiciales a nombre del siguiente acreedor inscrito en el Registro de Garantías Mobiliarias, quien a su vez agotará el mismo procedimiento si existieren otros acreedores. La constitución de dichos depósitos deberá realizarse en un término de cinco (5) días, contados a partir del pago directo.

En caso de que el acreedor garantizado de primer grado opte por acudir al mecanismo de ejecución por pago directo y uno o varios de los demás acreedores garantizados hubieren iniciado proceso de ejecución judicial, se realizará el pago del remanente que existiere una vez realizado el pago directo, mediante

Por outro lado, os arts. 62 e seguintes da Lei n. 1.676/2013 dispõem sobre a execução especial, a qual se dá extrajudicialmente, perante as Câmaras de Comércio⁶³², de acordo com o que houverem estipulado as partes⁶³³, inclusive no que toca à alienação da garantia⁶³⁴. O procedimento se inicia com o preenchimento de um formulário, que deve ser

depósito judicial, y el juez de dicho proceso procederá a entregar el remanente a los demás acreedores garantizados, en el orden de prelación.

En caso que no haya otro acreedor concurrente, se constituirá depósito judicial a favor del garante.

8. El acreedor garantizado deberá conservar los soportes que respalden los cobros por los costos, gastos y demás conceptos de que trata el artículo 7 de la Ley 1.676 de 2013.

9. Culminado el procedimiento de pago directo, el acreedor garantizado deberá inscribir el formulario de terminación de la ejecución, modificación o cancelación de la inscripción, cuando corresponda, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 76 de la Ley 1.676 de 2013 y 2.2.2.4.1.31., del presente decreto.

10. El acreedor garantizado adquirirá la propiedad del bien mueble en garantía con la apropiación del mismo cuando la transferencia no esté sujeta a registro.

11. Tratándose de bienes muebles cuya transferencia de dominio esté sujeta a registros especiales, el acreedor garantizado adquirirá la propiedad del bien en garantía mobiliaria con la inscripción de la transferencia en el registro de propiedad correspondiente, acompañándola de copia del contrato de garantía, del formulario registral de ejecución y, para efectos de acreditar el ejercicio de su derecho de apropiación, de una declaración juramentada en la que el acreedor garantizado manifieste haber culminado el proceso de pago directo.

Párrafo 1º. Para los efectos de la aplicación del artículo 59 de la Ley 1.676 de 2013 y tratándose de bienes inmuebles, el acreedor garantizado adquirirá la propiedad del bien con la inscripción de la transferencia en el registro de propiedad correspondiente, por medio de escritura pública, en la que se protocolizará la copia del contrato de garantía y del formulario registral de ejecución y, para efectos de acreditar el ejercicio del derecho de apropiación, de una declaración juramentada en la que el acreedor garantizado manifieste haber culminado el proceso de pago directo.

Todo acto o negocio jurídico relacionado con inmuebles, que implique su transferencia, transmisión, mutación, constitución o levantamiento de gravámenes o limitación del dominio, deberá solemnizarse por escritura pública.

Párrafo 2º. Inscrito el formulario de ejecución, las obligaciones garantizadas de los demás acreedores se harán exigibles.

Si el acreedor garantizado que inicia la ejecución de la garantía a través del mecanismo de pago directo no se encuentra en el primer grado de prelación, para hacer efectiva su garantía deberá pagar el importe de la obligación u obligaciones garantizadas al acreedor o a los acreedores que le anteceden en el orden de prelación, subrogándose en los derechos del acreedor o acreedores garantizados de grado superior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 1.676 de 2013.

Párrafo 3º. A los negocios fiduciarios con fines de garantía, ya sea que se trate de negocios propiamente en garantía o de negocios de fuente de pago, se le aplicarán los mecanismos de pago establecidos en el respectivo contrato.”

⁶³² “Art. 64. Entidades autorizadas para conocer de la ejecución especial de la garantía. El trámite de ejecución especial de la garantía podrá adelantarse ante los notarios, y las Câmaras de Comercio.”

⁶³³ “Art. 62. Procedencia. La ejecución especial de las garantías mobiliarias procederá en cualquiera de los siguientes casos: 1. Por mutuo acuerdo entre el acreedor y el garante contenido en el contrato de garantía, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores. Dicho acuerdo podrá incluir un mecanismo especial para llevar a cabo la enajenación o apropiación por el acreedor del bien sobre el cual recae la garantía, para lo cual se deberá cumplir con las disposiciones relativas a los contratos de adhesión y cláusulas abusivas contenidas en el Estatuto del Consumidor [...]”

⁶³⁴ “Art. 63. Enajenación en la ejecución especial de la garantía. Las condiciones para llevar a cabo la enajenación en la ejecución especial de la garantía deben fijarse en el contrato de garantía o en sus modificaciones o acuerdos posteriores, y serán obligatorias para quien ejecute la disposición. Cuando no se haya pactado el procedimiento, pero se haya autorizado la ejecución especial de la garantía, se debe seguir el establecido en la presente ley.”

encaminhado ao devedor⁶³⁵ e aos demais credores da garantia⁶³⁶. No prazo de dez dias, pode-se apresentar oposição à execução especial, que é instruída perante a Câmara de Comércio mas depois remetida ao Poder Judiciário, com a suspensão da execução⁶³⁷. Em não sendo acolhida a oposição, a execução é retomada, extrajudicialmente⁶³⁸. Se acolhida, é extinta ou prossegue-se nos termos fixado pelo juiz⁶³⁹. Após, em linhas gerais, a coisa é alienada, administrada ou apropriada para pagamento, pelo valor praticado em mercado organizado ou pelo que um perito vier a avaliar⁶⁴⁰. Depois da venda, eventual excedente é distribuído

⁶³⁵ “Art. 65. [...] 1. El acreedor garantizado dará comienzo a la ejecución especial de la garantía por incumplimiento del deudor, mediante la inscripción en el registro del formulario registral de ejecución. inscripción que tendrá efectos de notificación del inicio de la ejecución y solicitará al notario o a la Cámara de Comercio, según se haya convenido, o a quien escoja el acreedor en caso de ausencia de convenio, el envío de una copia de la inscripción de la ejecución al garante.

No obstante lo anterior, el acreedor podrá avisar directamente al deudor y al garante acerca de la ejecución, si así se ha convenido previamente entre las partes.”

⁶³⁶ “Art. 65. [...] 2. Igualmente el acreedor garantizado enviará una copia del formulario registral de ejecución a los demás acreedores garantizados que aparezcan inscritos, a fin de que comparezcan a hacer valer su derecho en la ejecución especial o inicien ejecución judicial [...]”

⁶³⁷ “Art. 67. [...] 1. La oposición se deberá formular por escrito en un plazo máximo de diez (10) días contados a partir del día siguiente al recibo de la comunicación, ante el notario o la Cámara de Comercio según corresponda, acompañando la totalidad de las pruebas que pretenda hacer valer. Este funcionario o entidad deberá remitir de manera inmediata a la autoridad jurisdiccional competente toda la documentación, para que resuelva como juez de primera o de única instancia según corresponda por la cuantía de la obligación. La ejecución especial de la garantía se suspenderá y la autoridad jurisdiccional competente procederá a citar dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del expediente a las partes a una audiencia que se celebrará dentro de los cinco (5) días siguientes a la convocatoria. Las partes presentarán los alegatos que estimen oportunos y sólo se admitirán las pruebas aportadas por las partes.”

⁶³⁸ “Art. 67. [...] 3. En caso de estimar que no prospera la oposición ordenará reanudar la ejecución mediante auto, remitiendo el expediente a la entidad autorizada que esté tramitando la ejecución especial de la garantía [...]”

⁶³⁹ “Art. 67. [...] 3. [...] Si estima procedente y fundada la oposición basándose en los numerales 1 y 2 del artículo 66 anterior, pondrá fin a la ejecución y ordenará oficiar al registro de garantías mobiliarias para que se registre el formulario de terminación de la ejecución.

Si estima procedente la oposición prevista en el numeral 4 del artículo 66 anterior, resolverá que siga la ejecución, fijando la cantidad que corresponda, y si esa cantidad es igual a cero pondrá fin a la ejecución. En el evento que se alegare la causal a la que se refiere el numeral 3 del artículo 66 anterior, la autoridad jurisdiccional competente adelantará el trámite de tacha de falsedad y desconocimiento del título. Si se demuestra la autenticidad del documento o no fue probada su falsedad, la autoridad jurisdiccional competente ordenará continuar con el trámite de ejecución especial de la garantía. Si se demuestra la falsedad del documento, la autoridad jurisdiccional competente ordenará el archivo del proceso.”

⁶⁴⁰ “Art. 69. Venta de bienes en garantía. Previo el cumplimiento de las disposiciones anteriores, en la venta de los bienes dados en garantía se tomará en cuenta las siguientes disposiciones especiales:

1. Si los bienes dados en garantía se cotizan habitualmente en el mercado donde la ejecución se lleva a cabo, pueden ser vendidos directamente por el acreedor garantizado al valor en dicho mercado.

2. El acreedor garantizado tiene el derecho de realizar el cobro o ejecutar los créditos dados en garantía en contra de los terceros obligados, de acuerdo con las disposiciones de la presente ley, así el garante no se encuentre ejerciendo este derecho.

3. El acreedor garantizado podrá ejercer los derechos sobre bienes muebles dados en garantía consistentes en bonos y acciones, incluyendo los derechos de reivindicación, derechos de cobro y derechos de percibir dividendos y otros ingresos derivados de los mismos, aun si el garante no los ejerciere. No obstante, frente al derecho de voto, se estará a lo pactado entre las partes.

4. En caso de control sobre cuentas bancarias el acreedor garantizado tiene derecho a exigir inmediatamente el pago directo o entrega del valor, aun si el garante no lo ejerciere, y

5. Los bienes muebles en garantía pueden ser tomados en pago por el acreedor garantizado por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por la entidad que conoce del trámite, de la lista que para tal

entre os credores que houverem comparecido à execução, e, se possível, a outros credores⁶⁴¹. Durante o procedimento, devem-se observar as formalidades constantes dos arts. 2.2.2.4.2.4 a 2.2.4.2.30 do Decreto n. 1.074/2005, que regulamenta a Lei n. 1.676/2013⁶⁴².

A norma colombiana foi comemorada pela doutrina especializada, para a qual a lei “é considerada revolucionária na tradição do direito civil colombiano [...], que no passado proibia o *Pactum Commissorium*”⁶⁴³.

Para além disso, o sistema colombiano chama a atenção, em solo sul-americano, para a utilização do aparato notarial na resolução de questões que não demandam provimento jurisdicional, relegando a poucos casos a intervenção do Poder Judiciário.

4.1.25 Bélgica

A Lei n. 2013A009377 alterou o sistema belga e estabeleceu um modelo de garantias autoexecutáveis, excluídos os contratos de consumo, que devem ser levados ao Poder Judiciário⁶⁴⁴. Como anota Eric Dirix, o novo sistema resultou em

fin disponga la Superintendencia de Sociedades, el cual será obligatorio y conclusivo para garante y acreedor, y se realizará al momento de entrega del bien al acreedor.

También el acreedor garantizado puede optar por venderlos en martillo, con un precio base del setenta por ciento (70%) del valor del avalúo y al mejor postor. En el evento en que no se logre la venta en martillo, el acreedor podrá en cualquier tiempo tomarlos en pago por el setenta por ciento (70%) del valor del avalúo, o renunciar a dicha garantía, lo cual comunicará por escrito al deudor y al garante, sin que ello implique la condonación de la obligación garantizada.

Parágrafo. En los acuerdos relativos a la enajenación se deberá cumplir con las disposiciones relativas a los contratos de adhesión y cláusulas abusivas contenidas en el Estatuto del Consumidor.”

⁶⁴¹ “Art. 70. Aplicación del producto de la venta de los bienes en garantía. El producto de la venta de los bienes objeto de la garantía se aplicará de la siguiente manera:

1. A la satisfacción de los gastos de ejecución, depósito, reparación, seguro, preservación, venta o martillo, y cualquier otro gasto, incluidos los impuestos causados sobre el bien, en los que haya incurrido el acreedor garantizado.

2. Al pago de las obligaciones garantizadas de los acreedores que hubieren comparecido a hacer valer su derecho, conforme a la prelación a la que haya lugar, según lo establecido en la presente ley, y

3. El remanente, si lo hubiere, se entregará deducidos los gastos y costos, a otros acreedores inscritos, al deudor o al propietario del bien, si fuere persona distinta al deudor, según corresponda, para lo cual se constituirá un depósito judicial a favor de quien corresponda y siga en turno, cuyo título se remitirá al juzgado correspondiente del domicilio del garante [...].”

⁶⁴² Tais formalidades, além de muitas, e muito extensas, fugiriam ao escopo deste trabalho, razão pela qual não se transcrevem os dispositivos mencionados no texto. Para um resumo deles, porém, confira-se a síntese constante de ARÉVALO BARRERO, Néstor Santiago. La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, cit., p. 19 e ss.

⁶⁴³ BELTRÁN PRADO, Ismael. *Introduction to the Colombian Secured Transactions Law*, cit., p. 26. Tradução livre de: “is deemed revolutionary in the Colombian civil law tradition [...] that in the past forbade the *Pactum Commissorium*”.

⁶⁴⁴ “Art. 46. Constituant consommateur

regras rápidas de execução (exceto no que diz respeito a acordos de garantia em que uma parte é consumidor): a execução ocorrerá, em princípio, sem intervenção do tribunal, mas o acesso ao tribunal continuará sendo possível quando necessário – o requisito fundamental é que a execução ocorra de maneira comercialmente razoável [...] ⁶⁴⁵.

Em não sendo consumidor, o credor pode, em caso de mora, vender ou administrar parte ou a totalidade da garantia até o pagamento do débito, respeitando os ditames da boa-fé ⁶⁴⁶. Para tanto, deve notificar o garante e demais credores com pelo menos dez dias ⁶⁴⁷ de antecedência ⁶⁴⁸, além de assegurar o direito de purga ⁶⁴⁹. Em não havendo a purga, procede-se à venda pública ou privada ⁶⁵⁰ ou à apropriação em pagamento, que pode ser acordada no ato de constituição da garantia ⁶⁵¹. Depois da alienação, o produto deve ser distribuído aos

Si le constituant du gage est un consommateur, le créancier gagiste ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères ou de gré à gré. Le créancier gagiste n'a pas le droit de se porter acheteur en cas de vente de gré à gré. Toute clause qui autoriserait le créancier gagiste à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. Les articles 50 et 55 s'appliquent.”

⁶⁴⁵ DIRIX, Eric. *The Belgian Reform on Security Interests in Movable Property*. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 12570-12574 da versão digital. Tradução livre de: “swift rules of enforcement (except in regard to security interest agreements where one party is a consumer): enforcement will, in principle, take place without court intervention, but access to the court remains possible when such is needed – the fundamental requirement is that enforcement takes place in a commercially reasonable manner [...]”.

⁶⁴⁶ “Art. 47. Constituant non-consommateur

Si le constituant du gage n'est pas un consommateur, le créancier gagiste peut, à défaut de paiement, exercer son gage conformément aux articles 48 à 56, en vendant ou louant tout ou partie des biens grevés du gage afin d'apurer la créance garantie. Après défaillance du débiteur, le créancier gagiste a droit à la possession du bien grevé du gage. Si le constituant du gage ou toute personne en possession du bien grevé s'y oppose, le créancier gagiste doit saisir le juge conformément à l'article 54. La réalisation doit être effectuée de bonne foi et d'une manière économiquement justifiée. Le créancier gagiste ne peut restreindre ni exclure sa responsabilité à cet égard. La charge de la preuve d'un manquement du créancier gagiste repose sur le constituant du gage. Les parties peuvent convenir du mode de réalisation au moment de la conclusion de la convention de gage ou ultérieurement.”

⁶⁴⁷ Prazo que é reduzido para 3 dias em caso de bens perecíveis. Confira-se: “Art. 49. Biens périssables. Le délai de notification prévu à l'article 48, alinéa 1er, est réduit à trois jours pour les biens qui sont périssables ou qui sont sujets à une dépréciation rapide.”

⁶⁴⁸ “Art. 48. Notification

Le créancier gagiste qui souhaite procéder à la réalisation est tenu de le notifier, au moins dix jours à l'avance, au débiteur et, le cas échéant, au tiers-constituant de gage. La notification doit également être faite aux autres créanciers gagistes et à ceux qui ont saisi les biens grevés. La notification mentionne le montant de la créance garantie au moment de cette notification, une description des biens grevés, le mode de réalisation prévu et le droit du débiteur ou du constituant du gage de libérer les biens en apurant la dette garantie.”

⁶⁴⁹ “Art. 50. Paiement de la dette

Jusqu'au moment de la réalisation, le constituant du gage ou tout tiers intéressé a le droit d'obtenir la libération du gage moyennant le paiement de la dette garantie et des frais de réalisation déjà exposés.”

⁶⁵⁰ “Art. 51. Vente

Le créancier gagiste peut charger un huissier de justice de la vente publique ou de gré à gré ou de la location des biens grevés.”

⁶⁵¹ “Art. 53. Appropriation par le créancier gagiste

Si le débiteur est en défaut de paiement, le constituant du gage peut autoriser l'appropriation par le créancier gagiste des biens grevés du gage. Une telle convention peut également être conclue lors de la

credores, de acordo com a classificação dos respectivos créditos, devolvendo-se ao garante apenas o excedente, descontados os custos da venda⁶⁵².

Tais regras, para a doutrina belga, agilizam o processo de excussão da garantia. Como observa Eric Dirix, as novas disposições

estão alinhadas com os padrões modernos. De acordo com a nova lei, o credor garantido tem o direito de se valer da execução extrajudicial, salvo acordo em contrário. A intervenção judicial não é mais necessária, exceto no caso dos consumidores (art. 46). O garantido tem, por meio do contrato de penhor, o direito de utilizar do remédio sem a necessidade de [...] autorização judicial. O acesso ao tribunal permanece possível, mas somente se uma das partes o requerer. Outra inovação é que mais espaço é concedido à liberdade contratual⁶⁵³.

Por outro lado, a lei garante o direito de acesso ao Poder Judiciário em qualquer fase da venda extrajudicial ou *a posteriori*⁶⁵⁴. Como observa Eric Dirix:

O garantido é livre para escolher o método de disposição do bem (venda, aluguel). Ele pode optar por uma venda pública ou privada. O princípio principal é que o ato deve ocorrer de maneira economicamente sólida (art. 47). Remédios eficientes pelos quais há a menor desvalorização possível atendem aos interesses de ambas as partes e de outros credores. Isso não significa que os tribunais não tenham mais nenhum papel a desempenhar. O princípio é de que o acesso ao tribunal permanece possível quando necessário. Cada parte tem o direito, em qualquer fase da execução, de solicitar intervenção judicial (art. 54). Após o término do processo, um controle *a posteriori* pelo tribunal permanece possível por até um ano⁶⁵⁵.

conclusion de la convention de gage ou à un moment ultérieur, lorsque la convention prévoit que la valeur des biens sera déterminée par un expert au jour de l’appropriation et, pour les biens qui sont négociés sur un marché, par référence au prix de ce marché.”

⁶⁵² “Art. 55. Distribution

Le produit de la réalisation est imputé sur la créance garantie et les frais raisonnables de réalisation. S’il y a plusieurs créanciers gagistes, le produit net est partagé entre eux selon leur rang, conformément aux articles 57 et 58. Le solde éventuel revient au constituant du gage.”

⁶⁵³ DIRIX, Eric. The Belgian Reform on Security Interests in Movable Property, cit., p. 12658 da versão digital. Tradução livre de: “The new rules of enforcement are in line with modern standards. According to the new Act the secured creditor is entitled to carry out extrajudicial enforcement unless otherwise agreed. Court intervention is no longer necessary except in the case of consumers (Article 46). The pledgee is entitled through the pledge agreement to exercise his right of recourse without the need of [...] judicial authorization. Access to the court remains possible, but only if one of the parties asks for it. Another innovation is that more space is given to freedom of contract”.

⁶⁵⁴ “Art. 56. Contrôle judiciaire a posteriori

Au terme de la réalisation, toute partie intéressée peut saisir le juge lorsqu’il y a contestation sur le mode de réalisation ou sur l’affectation du produit. L’action est introduite au plus tard dans à partir de la notification de la fin de la réalisation, faite par le créancier gagiste aux personnes visées à l’article 48, alinéas 1er et 2. La notification est faite par envoi recommandé. La cause est introduite par citation ou par requête contradictoire conformément aux articles 1034 bis et suivants du Code judiciaire.”

⁶⁵⁵ DIRIX, Eric. The Belgian Reform on Security Interests in Movable Property, cit., p. 12626-12664 da versão digital. Tradução livre de: “The pledgee is free to choose the method of realisation (sale, rent). He can opt for a public or private sale. The main principle is that the foreclosure must take place in an economically sound manner (Article 47). Efficient remedies whereby as little economic value as possible is lost serve the interests of both parties and those of her creditors. This does not mean that the courts

O sistema belga desjudicializa a venda da coisa e a satisfação do crédito mas resguarda o acesso ao Poder Judiciário para o caso de *real necessidade*.

4.1.26 Espanha

O Código Civil espanhol proíbe expressamente o pacto comissório⁶⁵⁶. Essa proibição, porém, não impediu que a Espanha edificasse um sistema de execução extrajudicial de garantias, permitindo inclusive o pacto marciano. Como anotam Ángel Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato e Manuel Jesús Marín López,

o art. 1859 impede o credor de se apropriar e dispor das coisas hipotecadas [...] [mas] a proibição do pacto comissório não é uma norma imperativa nem de ordem pública, em garantias reais. [...] A proibição do pacto comissório não alcança o chamado pacto marciano, o acordo entre garante e devedor no qual é acordado, mesmo antes ou simultaneamente ao financiamento, que o credor pode adquirir a coisa por valor estabelecido por mecanismos de avaliação ou de taxaço objetiva, cuja aplicação impeça o credor de enriquecer à custa do devedor e dos seus demais credores⁶⁵⁷.

Daí ponderar Teresa Rodríguez de las Heras Ballell que,

Curiosamente, o sistema de execução [espanhol] evoluiu para tornar a efetivação das garantias mais flexível [...]. Assim, juntamente com o leilão público, acordos de execução e venda por entidade especializada, o sistema jurídico espanhol também está familiarizado com os procedimentos de execução extrajudicial⁶⁵⁸.

have no further role to play. The principle is that access to the court remains possible when it is needed. Each party has the right at any stage of the enforcement to seek court intervention (Article 54). After the termination of the proceedings a posteriori control by the court remains possible for up to one year”.

⁶⁵⁶ “Art. 1.859. El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.”
⁶⁵⁷ CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los derechos de garantía: garantías personales, introducción a las garantías reales, hipoteca*. 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015. t. I. p. 1073.

Tradução livre de: “El art. 1859 impide al acreedor apropiarse de las cosas hipotecadas y disponer de ellas [...] [más] la prohibición de pacto comisario no es una norma imperativa ni de orden público en garantías reales. [...] la prohibición de pacto comisario no alcanza al llamado pacto marciano, el acuerdo entre garante y deudor en el que se conviene, incluso antes o coetáneamente con la financiación, que el acreedor podrá adquirir la cosa por el valor que se fije mediante mecanismos de evaluación o tasación de carácter objetivo, cuya aplicación evita que el acreedor se enriquezca al costa del deudor y de los acreedores de éste”.

⁶⁵⁸ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa Rodríguez; FELIU REY, Jorge. Modernisation of the Law of Secured Transactions in Spain. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 13102 da versão digital. Tradução livre de: “Interestingly, the [Spanish] enforcement system has also evolved to make realization of security interests more flexible [...]. Thus, along with public auction, realisation agreements and sale by specialized entity, the Spanish legal system is also familiar with extrajudicial enforcement procedures”.

Atualmente, esse sistema (de execução extrajudicial de garantias) é desenhado por ao menos quatro normas, que fornecem o seguinte panorama: a execução extrajudicial de hipoteca de bens imóveis é tratada pela *Ley Hipotecaria*; de hipoteca móvel, pela *Ley de Hipoteca Mobiliaria e y prenda sin desplazamiento de la posesión*; do penhor, nos casos em que tiver ocorrido transferência da posse, pelo Código Civil; do penhor, quando não tiver ocorrido transferência da posse, pela *Ley de Hipoteca Mobiliaria e y prenda sin desplazamiento de la posesión*; da garantia oriunda de compra e venda com reserva de domínio, pela *Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*.

(i) *Execução extrajudicial de hipoteca imobiliária*

Não obstante tenha chegado a ser declarado inconstitucional, o procedimento de execução extrajudicial de hipoteca imobiliária acabou se firmando em solo espanhol. Como observam Ángel Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato e Manuel Jesús Marín López,

Apesar da jurisprudência do ST sobre a inconstitucionalidade do procedimento executivo extrajudicial [...] esse procedimento está, sem dúvida, em vigor após a nova redação que o LECiv deu ao art. 129 RH. Além disso, o contrato de venda extrajudicial é aplicável contra terceiros registrados posteriormente, mesmo antes da redação expressa do art. 129. O LH (resultado da Lei n. 1/2013) configura essa venda extrajudicial como forma alternativa de exercer a ação hipotecária [...]⁶⁵⁹.

Dispõe a *Ley Hipotecaria* que, à falta de pagamento, pode-se proceder à venda extrajudicial do bem hipotecado⁶⁶⁰, atendendo-se ao disposto no art. 1.858 do Código Civil espanhol⁶⁶¹. Essa venda, por sua vez, dá-se perante um notário, e, para que seja possível, é necessário que

⁶⁵⁹ CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los derechos de garantía*, cit., t. I, p. 1071-1072. Tradução livre de: “Pese la jurisprudencia del TS sobre la inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial [...] este procedimiento está indubidablemente vigente tras la nueva redacción que la LECiv dio al art. 129 RH. Además, el pacto de venta extrajudicial es oponible a los terceros posteriores inscritos, incluso antes de que expresamente la nueva redacción del art. 129 LH (fruto de la Ley 1/2013) configurase esta venta extrajudicial como una vía alternativa para el ejercicio de la acción hipotecaria [...]”.

⁶⁶⁰ “Art. 129, 1, ‘b’. 1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse: [...]

b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.”

⁶⁶¹ “Art. 1.858. Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor.”

as partes tenham acordado por escrito esse procedimento de execução apenas para o caso de não pagamento do principal ou juros sobre o valor garantido [art. 129,1 a) LH]. [...] Assim, seu uso não será possível por outros motivos [...]. A LH exige que a escritura indique o valor pelo qual as partes avaliaram o imóvel para que ele sirva como base para leilão, e não poderá ser distinto do estabelecido para a execução judicial direta [...] nem, de toda forma, menor de 75% do valor obtido em avaliação realizada conforme as regulações do mercado hipotecário [...] ⁶⁶².

Ao receber o pedido de execução, porém, se verificar que, no contrato de hipoteca, foram pactuadas cláusulas abusivas, o notário dará conhecimento do fato a credor, devedor e garante, que poderão levar o fato a juízo, caso em que o procedimento será suspenso, até que a questão seja resolvida. Após, prossegue-se com a venda extrajudicial ⁶⁶³.

(ii) *Execução extrajudicial de hipoteca móvel*

A *Ley de Hipoteca Mobiliaria e y prenda sin desplazamiento de la posesión* dispõe que a execução extrajudicial da hipoteca móvel se inicia por requerimento dirigido ao notário da situação do bem, entregando-se-lhe o título executivo com as especificações da obrigação. O notário, por sua vez, intima para pagamento o devedor, o garante e o terceiro possuidor, com a advertência de que, em não pagando a dívida, será realizada a venda do bem, sem outras notificações. Nos cinco dias seguintes, em não havendo entrega da coisa, o credor pode solicitar ao notário que expeça certidão para conhecimento da execução extrajudicial ou que suspenda o procedimento, a fim de que seja levado a juízo. Esgotado o prazo,

⁶⁶² CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los derechos de garantía*, cit., t. I, p. 1149. Tradução livre de: “que las partes hayan pactado en la escritura este procedimiento de realización sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada [art. 129.1 a) LH]. [...] De este modo, su utilización no será posible por otras causas [...]. LH exige que en la escritura conste el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta, y que no podrá ser distinto del que se haya fijado para la ejecución judicial directa [...] ni tampoco, como en aquel caso, inferior al 75% del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la regulación del mercado hipotecario [...]”.

⁶⁶³ “Art. 129, 2, f. Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento del deudor, del acreedor y en su caso, del avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la venta o que hubiera determinado la cantidad exigible, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.”

procede-se à venda, por meio eletrônico, tomando-se por base o valor previsto no contrato de hipoteca⁶⁶⁴.

⁶⁶⁴ “Art. 87. El procedimiento extrajudicial se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:

1.^a Sólo podrá ser seguido ante Notario competente para actuar en el lugar donde radiquen los bienes hipotecados o de un distrito colindante a él.

2.^a Se iniciará por un requerimiento dirigido por el acreedor al Notario que, previo el cumplimiento de los requisitos de este artículo, proceda a la venta de los bienes en pública subasta.

En el requerimiento hará constar el acreedor la cantidad exacta que sea objeto de la reclamación, por principal e intereses, y la causa del vencimiento, entregando al Notario el título o títulos de su crédito, revestidos de todos los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que tengan carácter ejecutivo.

Este requerimiento se hará constar en acta.

3.^a A solicitud del acreedor, el Notario requerirá de pago al deudor, y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor, con expresión de la causa del vencimiento y de la cantidad total reclamada, y se hará constar que si no se hiciera el pago se procederá a la subasta de los bienes hipotecados, sin necesidad de nuevas notificaciones ni requerimientos.

Los requeridos, dentro de los cinco días siguientes al del requerimiento, deberán pagar o entregar la posesión material de los bienes hipotecados al acreedor o mandatario designado en la escritura de constitución de la hipoteca.

Cuando el deudor incumpliere la obligación de entregar la posesión de los bienes, el Notario no seguirá adelante con el procedimiento de venta si así lo solicitare el acreedor, quien podrá también, para hacer efectivo su crédito, acudir a cualquiera de los procedimientos judiciales, sin perjuicio de ejercitar las acciones civiles y criminales que le correspondan.

4.^a A instancia del acreedor, a la que se acompañará el requerimiento de pago, el Registrador expedirá certificación literal del asiento de la hipoteca, en la que se expresará que se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que constaren en el Registro, y se relacionarán los asientos posteriores.

El Registrador hará constar, al margen de la inscripción de hipoteca, que ha expedido la certificación expresando su fecha, la iniciación del procedimiento y el Notario ante quien se sigue.

Cuando de la certificación del Registro aparezca algún asiento con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, se notificará al deudor y a su titular la existencia del procedimiento para que pueda, si le conviniere, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas. En este último caso, los acreedores quedarán subrogados en los derechos del actor y se hará constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción de la hipoteca en que dichos acreedores se subroguen y de los respectivos asientos, mediante presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades adeudadas o del mandamiento judicial, en su caso.

5.^a Transcurridos cinco días desde la práctica del requerimiento, se procederá a la subasta, cuya convocatoria se anunciará en el ‘Boletín Oficial del Estado’. La subasta se celebrará de forma electrónica en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. La subasta admitirá posturas durante un plazo mínimo de veinte días naturales desde su apertura y no se cerrará hasta transcurrida una hora desde la realización de la última postura, aunque ello conlleve la ampliación del plazo inicial de veinte días a que se refiere este artículo por un máximo de 24 horas.

6.^a La realización del valor del bien se llevará a cabo a través de una única subasta para la que servirá de tipo el valor de tasación establecido en la escritura de constitución de hipoteca. No obstante, si se presentaran posturas por un importe igual o superior al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiera salido a subasta, se entenderá adjudicada la finca a quien presente la mejor postura.

Cuando la mejor postura presentada fuera inferior al 70 por ciento del tipo señalado para la subasta, podrá el deudor presentar, en plazo de diez días, tercero que mejore la postura, ofreciendo cantidad igual o superior al 70 por ciento del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del acreedor.

Transcurrido el expresado plazo sin que el deudor o el titular registral del dominio de los bienes realice lo previsto en el párrafo anterior, el acreedor podrá pedir, dentro del término de cinco días, la adjudicación del bien o bienes por el 70 por ciento del valor en que hubiera salido a subasta, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que dicha cantidad sea superior al 60 por ciento del valor de tasación y a la mejor postura.

Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se entenderá rematado el bien por quien haya presentado la mejor postura, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por ciento del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad reclamada por todos los conceptos.

(iii) *Execução extrajudicial do penhor*

O regime aplicável à execução extrajudicial do penhor varia conforme tenha havido ou não transferência da posse. Como anotam Ángel Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato e Manuel Jesús Marín López,

O credor pignoratício pode executar o penhor por meio do procedimento extrajudicial dos arts. 1.872 CC e 322 CCom (e 94 e seguintes LHMPD, para o caso do penhor sem transferência da posse). O novo procedimento de venda extrajudicial [LH], apesar da amplitude de sua redação literal, é aplicável, apenas, a execuções imobiliárias (cf. as múltiplas referências a “patrimônio” tributado que são feitas no novo art. 129.2 LH) [...] ⁶⁶⁵.

Para o caso de haver sido transferida a posse, o art. 1.872 do Código Civil espanhol dispõe que o credor pode se dirigir a um notário requerendo a alienação do bem por meio de venda pública, intimando-se o devedor e o garante. Após, são tentadas duas alienações. Se frustradas, o credor pode fazer sua a coisa, dando quitação plena ao devedor ⁶⁶⁶.

Em não havendo sido transferida a posse, o credor deve seguir o disposto na *Ley de Hipoteca Mobiliaria e y prenda sin desplazamiento de la posesión*, dirigindo-se a notário para que expeça requerimento de pagamento ao devedor. Este, dentro de três dias, deve pagar a totalidade da dívida, e, se não o fizer, nem entregar a garantia, o notário não seguirá com o procedimento, devendo o credor se dirigir a juízo. Por sua vez, caso não ocorra o pagamento mas se dê a entrega, o notário realizará a venda extrajudicial, tal como prevista para a hipoteca de bem móvel ⁶⁶⁷.

Si en la subasta no hubiere ningún postor podrá el acreedor, en el plazo de diez días, pedir la adjudicación por cantidad igual o superior al 50 por ciento de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.”

⁶⁶⁵ CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los derechos de garantía: garantías mobiliarias. Derecho concursal*. 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015. t. II. p. 206. Tradução livre de: “El acreedor pignoratício puede ejecutar la prenda por medio del procedimiento extrajudicial de los arts. 1872 CC y 322 CCom (y 94 y ss. LHMPD, para prenda sin desplazamiento). El nuevo procedimiento de venta extrajudicial [LH], pese a la amplitud de su tenor literal, únicamente es aplicable a las ejecuciones inmobiliarias (cfr. Las múltiples referencias a la ‘finca’ gravada que se hacen en el nuevo art. 129.2 LH) [...]”.

⁶⁶⁶ “Art. 1.872. El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito.”

⁶⁶⁷ “Art. 94. Para la venta en subasta notarial de los bienes pignorados, el acreedor, por Notario hábil para actuar en el lugar donde se hallen, estén almacenados o se encuentren depositados, requerirá el pago al deudor, expresando la cantidad total reclamada y la causa del vencimiento de la obligación, haciendo

(iv) *Execução extrajudicial da garantia decorrente de compra e venda com reserva de domínio*

A *Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles* dispõe que, no caso de descumprimento de contrato de venda de bem móvel a prazo, o credor se dirigirá ao notário da situação do bem ou do domicílio do devedor, que o intimará para que pague o valor indicado pelo credor, de acordo com o que houver sido pactuado entre as partes⁶⁶⁸. O devedor, por sua vez, deve, em três dias, pagar o montante ou entregar o bem⁶⁶⁹. Se não pagar, mas entregar o bem, proceder-se-á à venda da coisa, de forma pública. Pode o credor, em vez disso, tomar o bem para si, sem que tente, antes, a realização da venda⁶⁷⁰. No entanto, caso o devedor não pague nem entregue a coisa, o credor deve se dirigir a juízo para obter a satisfação de seu direito⁶⁷¹.

constar que, si no se efectuare el pago, se procederá a la subasta de los bienes sin necesidad de nuevas notificaciones ni requerimientos.

El requerido, dentro de los tres días siguientes, deberá pagar o entregar la posesión de los bienes pignoralados al acreedor o a la persona que éste haya designado al efecto en el acto del requerimiento.

Cuando el deudor incumpliera la obligación de entregar la posesión de los bienes, el Notario no seguirá adelante su actuación, y el acreedor podrá, para hacer efectivo su crédito, acudir a cualquiera de los procedimientos judiciales, sin perjuicio de ejercitar las acciones civiles y criminales que le correspondan. Si el deudor no pagare, pero entregare la posesión de los bienes, el Notario procederá a la enajenación de éstos en la forma prevenida en el artículo mil ochocientos setenta y dos del Código Civil.”

⁶⁶⁸ “Art. 16.2. En caso de incumplimiento de un contrato inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizado en el modelo oficial establecido al efecto, el acreedor podrá dirigirse directa y exclusivamente contra los bienes adquiridos a plazos, con arreglo al siguiente procedimiento:

a) El acreedor, a través de fedatario público competente para actuar en el lugar donde se hallen los bienes, donde haya de realizarse el pago o en el lugar donde se encuentre el domicilio del deudor, requerirá de pago a éste, expresando la cantidad total reclamada y la causa del vencimiento de la obligación. Asimismo, se apercibirá al deudor de que, en el supuesto de no atender al pago de la obligación, se procederá contra los bienes adquiridos a plazos en la forma establecida en el presente artículo.

Salvo pacto en contrario, la suma líquida exigible en caso de ejecución será la especificada en la certificación expedida por el acreedor, siempre que se acredite, por fedatario público, haberse practicado aquella liquidación en la forma pactada por las partes en el contrato y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.”

⁶⁶⁹ “Art. 16.2. b) El deudor, dentro de los tres días hábiles siguientes a aquel en que sea requerido, deberá pagar la cantidad exigida o entregar la posesión de los bienes al acreedor o a la persona que éste hubiera designado en el requerimiento.”

⁶⁷⁰ “Art. 16.2. c) Si el deudor no pagase, pero voluntariamente hiciera entrega de los bienes adquiridos a plazos, se procederá a su enajenación en pública subasta, con intervención de Notario o Corredor de Comercio colegiado, según sus respectivas competencias.

[...]

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, el acreedor podrá optar por la adjudicación de los bienes para pago de la deuda sin necesidad de acudir a la pública subasta. En tal caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra e) de este apartado.”

⁶⁷¹ “Art. 16.2. d) Cuando el deudor no pagare la cantidad exigida ni entregare los bienes para la enajenación en pública subasta a que se refiere la letra anterior, el acreedor podrá reclamar del tribunal competente la tutela sumaria de su derecho, mediante el ejercicio de las acciones previstas en los números 10.º y 11.º del apartado primero del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Seja por que forma venha a proceder, as partes poderão reclamar eventuais diferenças no preço, valendo-se de índices referenciais de depreciação⁶⁷².

Ao permitir a apropriação da coisa pelo preço do contrato, esse procedimento encerra garantia de natureza autoexecutável com as características do pacto comissório. É o que observam, por exemplo, Ángel Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato e Manuel Jesús Marín López, para quem, ao se submeter ao procedimento,

o devedor corre um risco idêntico ao que há no pacto comissório: pelas mesmas razões pelas quais ele é forçado a admiti-lo ao concluir o contrato, ele também terá que admitir avaliação do imóvel em valor inferior a seu valor real. E é exatamente isso que acontece na hipótese prevista no art. 16.2.e) LVPBM [...] ⁶⁷³.

Segundo os autores, aliás,

a situação é ainda mais onerosa para o devedor nesse caso, pois é evidente que as tabelas ou índices de depreciação do valor do bem não são acordados pelas partes, mas pelos vendedores e financiadores. O habitual, portanto, será que a avaliação do bem, de acordo com esses índices, seja muito menor que seu valor real de mercado. Em suma, o legislador [...] está admitindo implicitamente o pacto comissório e permitindo a apropriação da propriedade pelo credor, em prejuízo do devedor e do restante dos credores⁶⁷⁴.

A análise deste e dos demais mecanismos de execução extrajudicial de garantias dá conta de que, embora não seja de sua tradição, a Espanha consente com alguma autoexecutoriedade das garantias.

⁶⁷² “Art. 16.2.e) e) La adquisición por el acreedor de los bienes entregados por el deudor no impedirá la reclamación entre las partes de las cantidades que correspondan, si el valor del bien en el momento de su entrega por el deudor, conforme a las tablas o índices referenciales de depreciación establecidos en el contrato, fuese inferior o superior a la deuda reclamada.

En caso de no haberse pactado un procedimiento para el cálculo de la depreciación del bien, el acreedor deberá acreditarla en el correspondiente proceso declarativo.”

⁶⁷³ CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los derechos de garantía*, cit., t. I, p. 452-453. Tradução livre de: “el deudor corre un riesgo idéntico al que deriva del pacto comisorio: por las mismas razones que se ve forzado a admitir éste al celebrar el contrato, también tendrá que admitir que se fije una valoración del bien por importe inferior a su valor real. Y esto es precisamente lo que sucede en la hipótesis prevista en el art. 16.2.e) LVPBM [...]”.

⁶⁷⁴ CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los derechos de garantía*, cit., t. I, p. 452-453. Tradução livre de “la situación es todavía más gravosa para el deudor en el caso que no ocupa, pues es evidente que las tablas o índices de depreciación de valor del bien no son pactadas por las partes, sino por vendedores y prestamistas. Lo habitual, por tanto, será que la valoración del bien conforme a esas tablas sea muy inferior a su real de mercado. En definitiva, el legislador [...] está admitiendo pactos comisorios implícitos, y permitiendo la apropiación del bien por el acreedor el perjuicio del deudor y del resto de acreedores”.

É interessante notar, além disso, que o intrincado sistema espanhol não só se utiliza do aparato notarial, na execução das garantias, como incumbe o notário de realizar uma análise prévia de abusividade da avença, ainda que não permitindo que invalide cláusulas contratuais.

4.1.27 França

A França reformou o Código Civil para permitir que, quando da constituição do penhor, ou posteriormente, convencione-se que, em caso de inadimplemento, o credor tome para si o bem empenhado, adotando o valor de mercado organizado ou o que vier a ser obtido por avaliador designado judicialmente ou pelas partes, à data da apropriação. Por sua vez, se o valor do bem for superior ao da dívida, o excesso será consignado aos demais credores ou revertido ao devedor⁶⁷⁵.

Como aponta Muriel Renaudin, tal reforma se insere em uma série de modificações

com objetivo de implementar um ambiente legal mais atraente e competitivo para o crédito. Essas reformas marcam um passo importante na modernização das garantias dos contratos de mútuo e evidenciaram uma clara mudança de foco em direção a uma maior eficiência econômica⁶⁷⁶.

Ainda, no mesmo sentido, a observação de Luís Gustavo Haddad, chamando a atenção para o fato de que,

Para melhor compreender a posição do tema na legislação francesa, é útil atentar para as circunstâncias em que se deu a edição da referida *ordonnance*. Essa modificação legislativa foi fruto de um esforço coletivo e dirigido, que objetivava a modernização das garantias no direito francês [...] ⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ “Art. 2.348. Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu’à défaut d’exécution de l’obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l’amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s’il existe d’autres créanciers gagistes, est consignée.”

⁶⁷⁶ RENAUDIN, Muriel. The modernisation of French Secured Credit Law: law as a competitive tool in global markets. *International Company and Commercial Law Review*, London: Sweet & Maxwell, v. 24, 2013. p. 1. Tradução livre de: “since 2006 with the aim of implementing a more attractive and competitive legal framework for secured credit. These reforms mark a major step in the modernisation of secured lending and have evidenced a clear shift in focus towards more economic efficiency”.

⁶⁷⁷ HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 44.

Como anota Fábio Rocha Pinto e Silva, para realizar a reforma, “em julho de 2003 foi constituído um grupo de trabalho, presidido pelo Prof. Michel Grimaldi, para proposição de uma reforma do Direito das garantias na França, modificando o Code Napoleon”⁶⁷⁸, tendo o objetivo de “desenvolver o fornecimento de crédito e promover a competitividade do mercado francês [...]”⁶⁷⁹. Com a reforma, houve a

validação do pacto comissório, ou seja, a aquisição extrajudicial da garantia para cumprimento da obrigação. De acordo com o art. 2.348 do Código Civil, pode ser acordado no contrato de garantia ou posteriormente que, em caso de inadimplência, o credor garantido se tornará proprietário dos bens onerados para satisfação total ou parcial da dívida garantida⁶⁸⁰.

4.1.28 Alemanha

Ao tratar da hipoteca, a Alemanha veda expressamente a autoexecutoriedade da garantia. O § 1.149 do BGB dispõe que, antes do vencimento, o devedor não pode conferir ao credor direito de se apropriar da coisa nem de aliená-la, para pagamento da dívida, em caso de inadimplemento⁶⁸¹. Da mesma forma, ao tratar do penhor, o § 1.229 comina com nulidade o pacto que confira, antecipadamente, em caso de mora, o direito de o credor dispor do bem dado em garantia⁶⁸². De acordo com os §§ 1.228 e 1.235, o credor pignoratício somente pode cogitar da venda depois do vencimento do débito⁶⁸³, fazendo-o

⁶⁷⁸ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Sistema de garantias no direito brasileiro: análise sistemática das garantias positivadas e uma proposta para sua reforma*. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 667.

⁶⁷⁹ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Sistema de garantias no direito brasileiro*, cit., p. 668.

⁶⁸⁰ RIFFARD, Jean-François. The still uncompleted evolution of the French Law on Secured Transactions towards modernity. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 12152 da versão digital. Tradução livre de “validation of the pacte comissoire, ie an extrajudicial acquisition of an encumbered asset in satisfaction of the secured obligation. According to Article 2.348 of the Civil Code, it may be agreed in the security agreement or afterwards that in case of default, the secured creditor will become owner of the encumbered assets in total or partial satisfaction of the secured debt”.

⁶⁸¹ Na versão em inglês: “Section 1.149. Prohibited agreements on satisfaction. The owner may not, as long as the claim has not fallen due in respect to him, allow the creditor the right to demand the transfer of the ownership of the plot of land for the purpose of satisfaction or to effect the disposal of the plot of land in any way other than by execution”.

⁶⁸² Na versão em inglês: “Section 1.229. Prohibition of a forfeiture agreement. An agreement made before the right to sell comes into existence by which the ownership of the thing is to pass or be transferred to the pledgee if he is not satisfied or is not satisfied in good time is void”.

⁶⁸³ Na versão em inglês: “Section 1.228. Satisfaction by sale of the pledged item

(1) The satisfaction of the pledgee from the pledged item is effected by sale.

(2) The pledgee is entitled to effect the sale as soon as the claim is due in whole or in part. If the object owed does not consist in money, the sale is not permitted until the claim has been converted into a money claim”.

necessariamente em hasta pública⁶⁸⁴. Faz exceção o BGB apenas ao penhor cujo objeto tenha valor cotado em mercado organizado, dispondo, no § 1.221, que, em tal hipótese, pode ser realizada a venda privada, ao arbítrio do credor, adotando-se o preço corrente⁶⁸⁵.

A doutrina anota, porém, que, afora o penhor e a hipoteca, a Alemanha desenvolveu um sistema de garantias paralelo ao BGB. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão observa que “a regulação do BGB tem sido, porém, considerada bastante parca, não admirando por isso que se tenha desenvolvido um sistema de garantias *praeter legem*, com base no direito consuetudinário ou nas cláusulas contratuais gerais das entidades bancárias”⁶⁸⁶. Anota que as restrições à disciplina do penhor levaram-no a relativo desuso, com a adoção, na prática, da alienação da propriedade e da cessão de créditos em garantia. Afirma que tal fato tem levado a que o penhor “seja cada vez menos praticado, preferindo as partes utilizar as figuras da alienação fiduciária ou da cessão de créditos em garantia, que apesar de não previstas no BGB têm uma considerável divulgação na prática [...]”⁶⁸⁷.

A ressalva conduz à conclusão de que, analisado para além do penhor e da hipoteca, o sistema alemão permite – se não instrumentos “autoexecutáveis” – a adoção de garantias que driblam de maneira elástica a proibição do pacto comissório para muito além da exceção inscrita no § 1.221.

O sistema alemão permite, por exemplo, o uso da reserva de propriedade com fins de garantia, respaldando-se, para tanto, no § 449, segundo o qual o vendedor pode conservar a propriedade de bem móvel até o pagamento total do preço⁶⁸⁸. A Alemanha só não admite

⁶⁸⁴ Na versão em inglês: “Section 1.235. Public auction

(1) The sale of the pledged item is to be made by public auction.

(2) If the pledged item has a stock exchange or market price, the provision of section 1.221 applies”.

⁶⁸⁵ Na versão em inglês: “Section 1.221. Sale by private agreement

If the pledged item has a stock exchange or market price, the pledgee may effect the sale privately at the current price through a commercial broker officially authorized to effect such sales or through a person authorized to sell by public auction”.

⁶⁸⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*, cit., p. 30.

⁶⁸⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*, cit., p. 31.

⁶⁸⁸ Na versão em inglês: “Section 449 Retention of title

(1) If the seller of a movable thing has retained title until payment of the purchase price, then in case of doubt it is to be assumed that ownership is transferred subject to the condition precedent that the purchase price is paid in full (retention of title).

(2) Retention of title entitles the seller to demand the return of the thing only if he has withdrawn from the agreement.

(3) An agreement on retention of title is void to the extent that the passing of ownership is made subject to the satisfaction by the buyer of third-party claims, including, without limitation, those of an enterprise associated with the seller”.

a reserva de propriedade quanto aos imóveis, por interpretação sistemática dos §§ 873⁶⁸⁹ e 925, 2⁶⁹⁰.

Conforme observa Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, embora o BGB não se refira ao instituto da venda com reserva de propriedade como instrumento de garantia, este é largamente utilizado na Alemanha no que toca aos bens móveis:

O Código alemão prevê ainda a reserva de propriedade simples (§ 449, anteriormente § 445 BGB), que tem sido usada como garantia. A reserva de propriedade não é, porém, no direito alemão admissível em relação a imóveis, já que o posterior acordo de transmissão e registro (§ 873 BGB) não pode ser sujeito a condição nem a termo (§ 925, II, BGB). Por isso, o § 449 BGB apenas se refere às coisas móveis. Quanto a estas é de se notar que o acordo obrigacional é incondicionado e apenas o acordo de transmissão é sujeito a condição suspensiva⁶⁹¹.

A conclusão é corroborada pela doutrina alemã, de que é exemplo Moritz Binkmann:

Quase todos os contratos de venda nos termos da lei alemã contêm uma cláusula segundo a qual a propriedade do bem alienado não é transmitida antes que o comprador pague o preço. Não há formalidades que devam ser observadas em relação a tais cláusulas de retenção de título (ROT) [...]⁶⁹².

O autor destaca que, embora não tenha adotado um modelo análogo ao do Artigo 9 do UCC, o sistema alemão prevê várias figuras que se qualificam como garantias funcionais.

Vide:

⁶⁸⁹ Na versão em inglês: “Section 873 Acquisition by agreement and registration (1) The transfer of the ownership of a plot of land, the encumbrance of a plot of land with a right and the transfer or encumbrance of such a right require agreement between the person entitled and the other person on the occurrence of the change of rights and the registration of the change of rights in the Land Register, except insofar as otherwise provided by law. (2) Before the registration, the parties are bound by the agreement only if the declarations are notarially recorded, or made before the Land Registry, or submitted to the Land Registry, or if the person entitled has delivered to the other person an approval of registration that satisfies the provisions of the Land Register Act [Grundbuchordnung]”.

⁶⁹⁰ Na versão em inglês: “Section 925 Declaration of conveyance (2) A declaration of conveyance that is made subject to a condition or a stipulation as to time is ineffective”.

⁶⁹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*, cit., p. 33.

⁶⁹² BRINKMANN, Moritz. The peculiar approach of German Law in the field of secured transactions and why it has worked (so far). In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 11210 da versão digital. “Nearly all contracts for sale under German law contain a clause to the effect that title to the sold item does not pass before the buyer has paid the purchase price. There are no formalities which must be observed concerning such retention of title (ROT) clauses [...]”.

Não obstante os sistemas do Artigo 9 do Código Comercial Uniforme (UCC), a lei alemã não segue uma abordagem funcional, no sentido de que todas as transações que visam a garantir uma obrigação são caracterizadas como um direito de garantia. Em vez disso, a lei alemã prevê vários tipos diferentes de direitos que podem ser usados para garantir o pagamento de uma obrigação⁶⁹³.

Era de esperar, em um sistema em que, conforme anota César Fiuza,

nos fins do século XIX, início do século XX, formulou-se a *Sicherungsübereichung von Mobilien mit Constitutum possessorium*, que vem a ser a transmissão em garantia de móveis com constituto possessório, uma espécie de penhor com cláusula *constituti*. O instituto não foi, entretanto, regulamentado no BGB⁶⁹⁴.

É com base nessa figura, da alienação fiduciária, que, nos dias atuais, as instituições financeiras alemãs tutelam o crédito na venda de bens móveis. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão observa que

Existem [para além do que se pode extrair do BGB] outras garantias reconhecidas pelo direito consuetudinário, como a transferência da propriedade em garantia, mediante a qual o devedor transfere ao seu credor a propriedade de um bem, sem proceder à sua entrega, ficando este por constituto possessório na posse do mesmo, e passando o devedor a desempenhar funções de custódia. Trata-se de uma garantia que tem especial relevo em relação às coisas móveis, não sendo habitualmente realizada em relação a imóveis, em face dos custos que envolve a sua transmissão [...]. Em certa medida, a transferência da propriedade em garantia vem distinguir-se da reserva de propriedade já que enquanto esta tutela os vendedores e respeita a créditos relativos ao fornecimento de mercadorias, aquela tutela os bancos e respeita antes a créditos relativos ao fornecimento de capital⁶⁹⁵.

A adoção da alienação fiduciária em garantia, pelo direito alemão, foi consagrada pela jurisprudência do século XX. Como anota Moritz Binkmann:

Uma das primeiras perguntas que tiveram que ser respondidas pelos tribunais foi a questão de saber se as disposições sobre a execução do penhor deveriam ser aplicadas como analogia à alienação fiduciária em garantia (*Sicherungsübereignung*). Essas disposições proíbem a *lex commissoria* e autorizam apenas a venda em leilão público. O *Reichsgericht* – o mais alto tribunal alemão da época – decidiu em 1913 que um acordo entre um concedente [da garantia] e um credor garantido pelo qual o credor garantido se torna o proprietário pleno da garantia, caso o devedor morra, é permitido no contexto de um

⁶⁹³ BRINKMANN, Moritz. The peculiar approach of German Law in the field of secured transactions and why it has worked (so far), cit., p. 11164 da versão digital. Tradução livre de: “Notwithstanding Uniform Commercial Code (UCC) Article 9-type systems, German law does not follow a functional approach, in the sense that all transactions which aim at securing an obligation are characterised as a security right. Instead, German law provides for a number of different types of right that may be used in order to secure payment of an obligation [...]”.

⁶⁹⁴ FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*: de acordo com a Lei n. 9.514/97. Rio de Janeiro: Aide, 2000. p. 38-39.

⁶⁹⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*, cit., p. 33-34.

Sicherungsübereignung. Essa decisão abriu caminho para as partes preverem vários mecanismos de execução extrajudicial em seus acordos de garantia, em especial para uma venda privada⁶⁹⁶.

Também pelo que se extrai das observações de referido autor, o regime que se adota na Alemanha não é exatamente igual ao do direito brasileiro:

o contrato de venda como tal apenas cria uma obrigação por parte do vendedor de transferir a propriedade para o comprador. Para essa transferência, ou seja, para o cumprimento da obrigação do vendedor, é necessário um segundo contrato. Em uma situação de conservação da propriedade, as partes concluirão esse segundo contrato juntamente com o contrato de venda. A eficácia desse contrato secundário, no entanto, depende de uma condição de que a propriedade só é transferida se o comprador pagar o preço de compra integralmente⁶⁹⁷.

Enquanto no direito brasileiro o desdobramento da posse, em direta e indireta, ocorre por força de lei, no direito alemão tal se dá pelo *constituto possessorium*. E, por este, inadimplida a obrigação garantida, o credor passa, de proprietário resolúvel, a proprietário pleno, enquanto no regime legal brasileiro passa a ter, em adição ao que tinha antes, os direitos de dispor da coisa judicial ou extrajudicialmente, até a satisfação de seu crédito. A esse respeito, a observação de Moreira Alves:

embora a alienação fiduciária em garantia [no Brasil] se aproxime dos negócios fiduciários do tipo germânico [...], pela circunstância de que em ambos o direito que é transferido ao credor é de tal forma limitado que lhe é impossível abusar dele, em dois pontos esses institutos jurídicos diferem. O primeiro deles diz respeito ao fato de que, no negócio fiduciário do tipo germânico, o desdobramento da posse em *direta* e *indireta* só ocorre se se avençar o *constitutum possessorium*, ao passo que, na alienação fiduciária em garantia, isso se dá por força da lei [...]. Já o segundo se refere aos efeitos do inadimplemento da obrigação garantida: no negócio jurídico do tipo germânico, verificado o inadimplemento, frustra-se a condição e o credor passa de proprietário resolúvel a proprietário pleno; na

⁶⁹⁶ BRINKMANN, Moritz. The peculiar approach of German Law in the field of secured transactions and why it has worked (so far), cit., p. 11268-11271 da versão digital. Tradução livre de: “One of the first questions that had to be decided by the courts was the issue of whether the provisions on the enforcement of the pledge were to be applied by way of analogy to the fiduciary transfer of ownership for security purposes (*Sicherungsübereignung*). These provisions disallow the *lex commissoria* and provide only for sale by public auction. The Reichsgericht – the highest German court at the time – decided in 1913 that an agreement between a grantor and a secured creditor whereby the secured creditor becomes the full owner of the collateral should the debtor default, is permissible in the context of a *Sicherungsübereignung*. This decision paved the way for parties to provide for various out-of-court enforcement mechanisms in their security agreements, in particular for a private sale”.

⁶⁹⁷ BRINKMANN, Moritz. The peculiar approach of German Law in the field of secured transactions and why it has worked (so far), cit., p. 12215 da versão digital. Tradução livre de: “It may be helpful to explain the legal structure of ROT clauses in more detail. [...] the sales contract as such merely creates an obligation on the part of the seller to transfer ownership to the buyer. For this transfer, ie for the performance of the seller, a second agreement is required. In a title retention situation, the parties will conclude this second agreement together with the sales contract. The effectiveness of this secondary agreement, however, is reliant on a condition to the effect that title only passes if the buyer pays the purchase price in full”.

alienação fiduciária em garantia, não, pois, ocorrido o inadimplemento da obrigação garantida, o credor não se torna, por isso, proprietário pleno, uma vez que a propriedade – *propriedade fiduciária* – que lhe é atribuída se restringe, em última análise, a enfeixar as faculdades jurídicas de entrar na posse plena da coisa e de dispor dela, judicial ou extrajudicialmente, para satisfazer seu crédito⁶⁹⁸.

Na prática alemã, as partes utilizam do instrumento sem maiores formalidades e sem que isso acarrete incertezas no mercado de créditos. Moritz Binkmann anota que

as partes na prática utilizam a transferência fiduciária de propriedade para criar direitos de garantia. Essa transferência não requer transferência de posse (real) nem registro. No entanto, não há evidências de que a incerteza que os direitos de garantia não publicizados geram tenha prejudicado a disponibilidade de crédito na Alemanha⁶⁹⁹.

Tem-se, pois, que, embora o direito alemão não preveja, no BGB, garantias de natureza autoexecutável, permite, na prática, a utilização de instrumentos que tangenciam a autotutela econômica.

4.1.29 Portugal

O Código Civil português proíbe expressamente o pacto comissório, ao tratar da hipoteca⁷⁰⁰ e do penhor⁷⁰¹. Não obstante, o país adotou institutos que abrandam a proibição.

Luís Manuel Teles de Menezes se refere, por exemplo, à utilização da propriedade resolúvel para fins de garantia⁷⁰², afirmando que “[se] tornou comum, nos contratos de compra e venda a crédito, a celebração de uma cláusula de reserva de propriedade [...] [em que] as partes convencionam assim diferir a transferência da propriedade para um momento

⁶⁹⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 29.

⁶⁹⁹ BRINKMANN, Moritz. The peculiar approach of German Law in the field of secured transactions and why it has worked (so far), cit., p. 11455 da versão digital. Tradução livre de: “parties in practice use the fiduciary transfer of ownership to create security rights. Such a transfer requires neither transfer of (actual) possession nor registration. There is, however, no evidence that the uncertainty which secret security rights might generate has hampered the availability of credit in Germany”.

⁷⁰⁰ “Art. 694º (Pacto comissório). 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.”

⁷⁰¹ “Art. 678º (Remissão). São aplicáveis ao penhor, com as necessárias adaptações, os artigos 692º, 694º a 699º, 701º e 702º.”

⁷⁰² “Art. 409º (Reserva da propriedade)

1. Nos contratos de alienação é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer outro evento.
2. Tratando-se de coisa imóvel, ou de coisa móvel sujeita a registo, só a cláusula constante do registo é oponível a terceiros”.

posterior ao da celebração do contrato [...]”⁷⁰³. Nessa hipótese, como anota Menezes Cordeiro, “estamos perante uma alienação sujeita a uma condição suspensiva, com um claro perfil de garantia”⁷⁰⁴. Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte reforçam-no com a afirmação de que “a cláusula de reserva de propriedade, prevista no artigo 409º do Código Civil, indirectamente atribui ao alienante uma garantia quanto ao pagamento do preço [pois] a propriedade não se transfere para o comprador enquanto o preço não for pago”⁷⁰⁵.

Quando recai sobre automóveis, a compra e venda com reserva de domínio recebe regramento específico. Não obstante o Decreto-lei n. 54/75 se refira a “crédito hipotecário”, possibilita que, em caso de mora da obrigação em que se origina a “reserva de propriedade”, o credor requeira a apreensão da coisa em juízo⁷⁰⁶.

Portugal ainda sistematiza a alienação fiduciária em garantia, no Decreto-lei n. 105/2004, que “aprova o regime jurídico dos contratos de garantia financeira e transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n. 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho, relativa aos acordos de garantia financeira”. O regime fiduciário instituído por referida norma se aplica às garantias financeiras celebradas por escrito⁷⁰⁷ ou em suporte eletrónico⁷⁰⁸ e desde que tenha havido efetiva transferência da coisa dada em garantia⁷⁰⁹.

⁷⁰³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*, cit., p. 249.

⁷⁰⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil: direito das obrigações – garantias*. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina. 2015. t. X. p. 835.

⁷⁰⁵ MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 238.

⁷⁰⁶ “Art. 15. 1 – Vencido e não pago o crédito hipotecário ou não cumpridas as obrigações que originaram a reserva de propriedade, o titular dos respectivos registos pode requerer em juízo a apreensão do veículo e do certificado de matrícula.”

⁷⁰⁷ “Art. 7.º 1 – O presente diploma é aplicável aos contratos de garantia financeira e às garantias financeiras cuja celebração e prestação sejam suscetíveis de prova por documento escrito ou de forma juridicamente equivalente [...]”

⁷⁰⁸ “Art. 7.º 2 – O registo em suporte eletrónico ou em outro suporte duradouro equivalente cumpre a exigência de prova por documento escrito ou de forma juridicamente equivalente à forma escrita [...]”

⁷⁰⁹ “Art. 6.º 1 – O presente diploma é aplicável às garantias financeiras cujo objeto seja efetivamente prestado.

2 – Considera-se prestada a garantia financeira cujo objeto tenha sido entregue, transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que atue em nome deste, incluindo a comosse ou o controlo conjunto com o proprietário [...]”

Acaso o devedor não cumpra sua obrigação, o beneficiário da garantia pode executá-la sem maiores formalidades⁷¹⁰ e se valendo de vencimento antecipado⁷¹¹.

Em adição a esses instrumentos, o Decreto-lei n. 105/2004 contempla a figura do “penhor irregular”, pelo qual o credor recebe bem fungível e assume a obrigação de restituir outro de igual qualidade⁷¹², mas podendo compensar a obrigação com crédito que titularize contra o devedor⁷¹³. Tem-se, aqui, em verdade, uma nítida garantia autoexecutável, pois, como observa Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, “mau grado a denominação, não estamos perante um verdadeiro penhor, uma vez que o objeto da garantia passa a integrar o patrimônio do credor”⁷¹⁴. A figura constitui um “negócio fiduciário em garantia, que tem a particularidade de ter por objeto bens fungíveis”⁷¹⁵.

Com tais exemplos, nota-se que nossos parentes mais próximos caminham a passos largos para a adoção de garantias autoexecutáveis, não obstante a proibição do pacto comissório, tal como ocorre no Brasil.

⁷¹⁰ “Art. 8.º 1 – Sem prejuízo do disposto nos artigos 6.º e 7.º, a validade, a eficácia ou a admissibilidade como prova de um contrato de garantia financeira e da prestação de uma garantia financeira não dependem da realização de qualquer ato formal.

2 – Sem prejuízo do acordado pelas partes, a execução da garantia pelo beneficiário não está sujeita a nenhum requisito, nomeadamente a notificação prévia ao prestador da garantia da intenção de proceder à execução [...]”

⁷¹¹ “Art. 15.º O disposto no artigo 12.º é aplicável aos contratos de alienação fiduciária em garantia.”

⁷¹² “Art. 9.º Direito de disposição

1 – O contrato de penhor financeiro pode conferir ao beneficiário da garantia o direito de disposição sobre o objeto desta, salvo no caso de créditos sobre terceiros.

2 – O direito de disposição confere ao beneficiário da garantia financeira os poderes de alienar ou onerar o objeto da garantia prestada, nos termos previstos no contrato, como se fosse seu proprietário [...]”

⁷¹³ “Art. 10.º Efeitos do exercício do direito de disposição

1 – Exercido o direito de disposição, deve o beneficiário da garantia, até à data convencionada para o cumprimento das obrigações financeiras garantidas:

a) Restituir ao prestador objeto equivalente ao objeto da garantia financeira original, em caso de cumprimento das obrigações financeiras garantidas por parte deste; ou

b) Quando o contrato de penhor financeiro o preveja e em caso de cumprimento pelo prestador da garantia, entregar-lhe quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objeto da garantia tem no momento do vencimento da obrigação de restituição, nos termos acordados pelas partes e segundo critérios comerciais razoáveis; ou

c) Quando o contrato de penhor financeiro o preveja, livrar-se da sua obrigação de restituição por meio de compensação, sendo o crédito do prestador avaliado nos termos da alínea anterior [...]”

⁷¹⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 347.

⁷¹⁵ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*, cit., p. 349.

4.1.30 Itália

A Itália proíbe expressamente qualquer cláusula que permita a apropriação do bem em caso de inadimplemento, ainda que convencionada depois da constituição da garantia⁷¹⁶.

A doutrina tradicional não busca brechas à proibição. Enzo Roppo, por exemplo, assinala que, se “a operação [de venda] é concebida de tal modo que o efeito traslativo é diferido a momento posterior, coincidente com eventual inadimplemento do devedor-alienante, então essa consubstancia – ainda que não o digam as partes – um ilícito pacto comissório”⁷¹⁷.

Assim é que, em solo italiano, não se aceita a alienação da propriedade para fins de garantia. Gabriele Grande anota que, para a Corte de Cassação, “a venda com finalidade de garantia é sempre nula, por violar diretamente a proibição do pacto comissório”⁷¹⁸. Reforça Anna Veneziano que “a transferência de propriedade para fins de garantia foi refutada pelos tribunais como fato contrário a princípios gerais, dentre os quais a conhecida proibição ao pacto comissório, inserta no Código Civil [...]”⁷¹⁹.

O que há de consagrado, na Itália, são institutos tradicionais que parte da doutrina trata como *autotutela passiva*, tais como a exceção do contrato não cumprido⁷²⁰ e a

⁷¹⁶ “Art. 2.744. Divieto del patto commissorio. E' nullo il patto (1.419) col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno (2.796 e seguenti).”

⁷¹⁷ ROPPO, Enzo. Il divieto del patto commissorio. In: CHINALE, Angelo (coord.). *Le garanzie dell'obbligazione: scritti scelti*. Milano: Utet Giuridica, 2015. p. 33. Tradução livre de: “se il diritto si trasferisce subito, per effetto immediato della convenzione, questa integra in ogni caso una lecita vendita [...]; se invece l'operazione è congegnata in modo tale che l'effetto traslativo viene differito ad un momento successivo, coincidente con l'eventuale inadempimento del debitore-alienante, allora essa sostanza –, comunque sia denominata dalle parti – un illecito patto commissorio”.

⁷¹⁸ GRANDE, Gabriele. L'autotutela consensuale. In: GIANNITI, Pasquale (coord.). *La disciplina dell'autotutela ne diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*. Milano: Cedam, 2010. p. 264. Tradução livre de: “la vendita con scopo di garanzia è sempre nulla per violazione diretta del divieto di patto commissorio [...]”.

⁷¹⁹ VENEZIANO, Anna. Italian Secured Transactions Law: the Need for Reform. In: GULLIFER, Louise; AKSELL, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle. p. 11576 da versão digital. Tradução livre de: “Transfer of property by way of security was indeed struck down by courts as contrary to general principles, among which the well-known prohibition of pactum commissorium contained in the Civil Code [...]”.

⁷²⁰ “Art. 1.460. Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede.”

suspensão do cumprimento do contrato em caso de evidente perigo de inadimplemento, pelo devedor, por piora de suas condições econômicas⁷²¹.

A exceção do contrato não cumprido, para Raffaele Lenzi, impõe reconhecer a adoção, na Itália, de “mecanismos de autotutela com função conservativa de um direito para o caso de comportamento não conforme da outra parte”⁷²². Para o autor, o instituto “constitui uma autotutela passiva [...] justificada pelo caráter sinalagmático da relação [...]”⁷²³.

A suspensão do cumprimento contratual, para Angela de Sanctis Ricciardone, deve, igualmente, ser considerada uma “autotutela de tipo passivo, que se manifesta por meio de um comportamento negativo, de resistência, a fim de evitar as consequências que poderiam resultar da alteração das condições patrimoniais da outra parte”⁷²⁴.

No que toca a formas ativas de autotutela econômica, a Itália, tradicionalmente, permite a cessão de bens do devedor insolvente para fins de administração e liquidação da dívida⁷²⁵. É contrato, porém, que não constitui, tecnicamente, uma “apropriação” para fins de satisfação do crédito⁷²⁶. Como observa Gabriele Grande, “a cessão de bens ao credor tem a finalidade de evitar o procedimento executivo, em regra demorado e dispendioso,

⁷²¹ “Art. 1.461. Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia.”

⁷²² LENZI, Raffaele. *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela: l'adempimento dedotto in condizione*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 119. Tradução livre de: “meccanismi di autotutela in funzione conservativa di un proprio diritto in presenza di un comportamento non conforme dell'altra parte”.

⁷²³ LENZI, Raffaele. *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 123. Tradução livre de: “costituisce un'autotutela passiva [...] che la stessa funzione sinallagmatica di tali rapporti [...]”.

⁷²⁴ RICCIARDONE, Angela de Sanctis. *L'autotutela civile: l'esercizio dei diritti: possibilità e limiti dell'autodifesa*. Napoli: Jovene, 2011. p. 117. Tradução livre de: “può essere considerata un'autotutela de tipo passivo, che si manifesta attraverso un comportamento negativo di resistenza all'altrui pretesa diretto a bloccare le conseguenze che deriverebbero dal mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altra parte”.

⁷²⁵ “Art. 1.977. Nozione. La cessione dei beni ai creditori è il contratto col quale il debitore incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartire tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti.”

“Art. 1.980. Effetti della cessione. Il debitore non può disporre dei beni ceduti.

I creditori anteriori alla cessione che non vi hanno partecipato possono agire esecutivamente anche su tali beni. I creditori cessionari, se la cessione ha avuto per oggetto solo alcune attività del debitore, non possono agire esecutivamente sulle altre attività prima di aver liquidato quelle cedute (att. 193).”

⁷²⁶ “Art. 1.983. Controllo del debitore

Il debitore ha diritto di controllare la gestione e di averne il rendiconto alla fine della liquidazione, o alla fine di ogni anno se la gestione dura più di un anno (Cod. Proc. Civ. 263-266; att. Cod. Proc. Civ. 109, 178, 193).

Se è stato nominato un liquidatore, questi deve rendere il conto anche al debitore.”

substituindo-o por um meio convencional de liquidação dos bens do devedor insolvente”⁷²⁷. Ou seja, o credor não obtém a propriedade, mas apenas “o poder de vender os bens do devedor insolvente, que não pode dispor dos bens cedidos (art. 1980 c.c.), mas pode exercer o direito de fiscalizar os atos dos credores cessionários (art. 1983 c.c.) e de obter eventual resíduo da liquidação (art. 1982 c.c.)”⁷²⁸.

Não sem alguma contradição, porém, a mesma Itália que refuta qualquer figura que tangencie o pacto comissório aborda com naturalidade o que chama de “penhor irregular”. Por esse instituto, o devedor garante o crédito bancário com dinheiro, bem ou título e confere ao banco o direito de restituir apenas a parte que exceder o débito⁷²⁹. Como observa Enrico Gabrielli, neste caso, “a propriedade mesma da coisa é transferida ao credor, o qual é obrigado a restituir, quando extinto o débito, coisa de mesmo gênero e quantidade”⁷³⁰. Logo, aqui, como observa Gabriele Grande, “a causa da transferência da propriedade [no penhor irregular] é uma (típica) finalidade de garantia [...]”⁷³¹. Não passa despercebido, por outro lado, como anota G. Tucci, que “o interesse do credor beneficiado se realiza no plano da autotutela, fora dos mecanismos do processo executivo”⁷³².

Essa envergonhada flexibilidade faz da Itália um exemplo interessante de que princípios antes sólidos vêm sendo relativizados para abrir caminho às garantias autoexecutáveis.

⁷²⁷ GRANDE, Gabriele. L'autotutela consensuale, cit., p. 259. Tradução livre de: “la cessione dei beni ai creditori ha lo scopo di evitare la procedura esecutiva, spesso lunga e dispendiosa, sostituendola con un modo convenzionale di liquidazione dei beni del debitore insolvente”.

⁷²⁸ GRANDE, Gabriele. L'autotutela consensuale, cit., p. 260. Tradução livre de: “Ai creditori che hanno aderito alla cessione non è ceduta alcuna proprietà, ma è solo attribuito il potere di vendere i beni del debitore insolvente, che non può più disporre dei beni ceduti (art. 1.980 c.c.), ma ha diritto di esercitare il controllo sull'operato dei creditori cessionari (art. 1.983 c.c.) e di ottenere l'eventuale residuo della liquidazione (art. 1.982 c.c.)”.

⁷²⁹ “Art. 1.851. Pegno irregolare a garanzia di anticipazione. Se, a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di danaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti.”

⁷³⁰ GABRIELLI, Enrico. Pegno. In: CHINALE, Angelo (coord.). *Le garanzie dell'obbligazione: scritti scelti*. Milano: Utet Giuridica, 2015. p. 103. Tradução livre de: “la proprietà stessa della cosa si trasferisce al creditore il quale è tenuto a restituire, una volta estinto il debito, una cosa dello stesso genere e quantità”.

⁷³¹ GRANDE, Gabriele. L'autotutela consensuale, cit., p. 272. Tradução livre de: “La causa del trasferimento della proprietà è qui [nel pegno irregolare] una (típica) causa di garanzia, ossia la causa propria del pegno”.

⁷³² TUCCI, G. Cauzione. In: CHINALE, Angelo (coord.). *Le garanzie dell'obbligazione: scritti scelti*. Milano: Utet Giuridica, 2015. p. 300. Tradução livre de: “l'interesse del creditore beneficiato di realizza sul piano dell'autotutela, al di fuori dei meccanismi del processo esecutivo”.

4.2 NO DIREITO BRASILEIRO

4.2.1 Alienação fiduciária em garantia

A alienação fiduciária em garantia, como a conformou o Direito brasileiro, é negócio jurídico pelo qual o devedor fiduciante se obriga a transferir a propriedade com o fim explícito não de trasladar o domínio, em definitivo, mas de garantir o cumprimento de uma obrigação, da qual é acessória. O credor fiduciário, por sua vez, “fica adstrito a retransmitir o direito de propriedade ou a titularidade do direito ao devedor fiduciante, assim que paga a dívida garantida”⁷³³.

Embora se referindo apenas às coisas móveis infungíveis, o Código Civil conceitua a propriedade fiduciária como aquela que o devedor fiduciante transfere com a finalidade de garantia (art. 1.361, *caput*), permanecendo com direito real de aquisição (art. 1.368-B, *caput*) e com a posse direta da coisa (art. 1.361, § 2º), que pode usar até o vencimento da dívida (art. 1.363, *caput*). Por essa operação, o credor fiduciário adquire não a propriedade plena da coisa, mas mera garantia de poder aliená-la para satisfação do crédito, em caso de inadimplemento⁷³⁴.

Orlando Gomes observa que, na alienação fiduciária em garantia, “o [credor] fiduciário adquire uma propriedade limitada, *sub conditionis*, a denominada propriedade resolúvel [...] [e] passa a ser proprietário sob condição resolutiva e o [devedor] fiduciante, que a transmitiu, proprietário sob condição suspensiva [...]”⁷³⁵. Por essa razão, “nesta qualidade [de proprietário sob condição suspensiva], o fiduciante não tem propriedade atual do bem transferido, mas simples expectativa de direito, a ser convertida em direito adquirido tão-logo pague a dívida”⁷³⁶. Por outro lado, “o [credor] fiduciário, se bem que proprietário

⁷³³ FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*, cit., 2000. p. 43.

⁷³⁴ Como a propriedade é transferida não de maneira plena, mas apenas para fins de garantia, o credor fiduciário não incide no imposto de transmissão de propriedade quando da constituição da garantia. Tal imposto, de transmissão da propriedade, incide apenas quando da consolidação desta. De acordo com o art. 1.368-B, parágrafo único, do Código Civil, “o credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma [...] passa a responder pelo pagamento dos tributos [...] a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem”.

⁷³⁵ GOMES, Orlando. Perfil dogmático da alienação fiduciária. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5, p. 475-481; p. 5 da versão digital.

⁷³⁶ GOMES, Orlando. Perfil dogmático da alienação fiduciária, cit., p. 475-481; p. 5 da versão digital.

atual, está condenado, no próprio título e sua constituição, a deixar de ser, [...] porque o [devedor] fiduciante a recobrará com o pagamento da dívida [...]”⁷³⁷. O negócio “distorce o fim natural do contrato translativo. A alienação é meio para alcançar o fim de garantia [...], [constituindo] uma propriedade temporária [...]”⁷³⁸.

Essa estrutura remete ao *trust receipt*, pelo qual se dá um “financiamento de compra de mercadorias [...] com a participação, além do devedor e do comprador, de um terceiro: o financiador, que, em geral, é entidade financeira”⁷³⁹. Por essa operação, “a mercadoria passa, diretamente, da propriedade do vendedor para a do financiador, que a entrega ao comprador (beneficiário do financiamento), recebendo deste um documento (*trust receipt*) [...]”⁷⁴⁰. No documento, por outro lado, “se declara que o comprador possui, em nome do financiador [...], a mercadoria adquirida, que será, posteriormente, alienada pelo comprador, para, com o produto da venda, ser pago o valor do financiamento”⁷⁴¹.

Anota Moreira Alves, porém, que a alienação fiduciária em garantia não guarda total identidade com o *trust receipt*, tendo em vista que, neste, “a propriedade da mercadoria se transfere diretamente do vendedor para o financiador (credor) e, não, para o comprador (devedor), que a retransferiria ao banco, sob condição resolutive de pagar o financiamento [como se dá na alienação fiduciária em garantia brasileira]”⁷⁴². Por essa razão, “a alienação fiduciária em garantia, com a estrutura que se lhe deu no direito brasileiro, se aproxima [...] [não do *trust receipt* mas] do *chattel mortgage*”⁷⁴³, que “se assemelha ao *mortgage* clássico sobre imóveis, em que se transferia a propriedade do imóvel, sob condição resolutive (o pagamento do débito), ao credor”⁷⁴⁴.

No *chattel mortgage*, “a propriedade legal (*legal property*) da coisa móvel é transferida ao credor (*mortgage*) mediante um *bill of sale* (ato de venda) [...]”⁷⁴⁵, enquanto “o devedor (*mortgagor*) fica [...] com a propriedade substancial (*equitable property*) e a

⁷³⁷ GOMES, Orlando. Perfil dogmático da alienação fiduciária, cit., p. 475-481; p. 5 da versão digital.

⁷³⁸ GOMES, Orlando. Perfil dogmático da alienação fiduciária, cit., p. 1 da versão digital.

⁷³⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 32.

⁷⁴⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 32.

⁷⁴¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 32.

⁷⁴² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 32.

⁷⁴³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 35.

⁷⁴⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 36.

⁷⁴⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 36-37.

posse da coisa”⁷⁴⁶. Se este (o devedor, ou *mortgagor*) “pagar o débito, recupera a *propriedade legal* dela; caso contrário, o credor, pelo direito comum (*Common Law*), se torna proprietário pleno da coisa [consolidando as propriedades legal e substancial]”⁷⁴⁷.

Na *civil law*, não se fala nessa duplicidade de propriedades, redundando em que a alienação fiduciária em garantia brasileira seja mais naturalmente ligada à fidúcia germânica. Como ressalva Francisco Amaral Neto, porém, na fidúcia germânica, “ocorrendo inadimplemento, o credor, proprietário resolúvel, passa a pleno, enquanto que no nosso instituto, o credor transforma-se em proprietário pleno apenas para poder entrar na posse da coisa e poder aliená-la para satisfação de seu crédito [...]”⁷⁴⁸.

No Brasil, a adoção da alienação fiduciária em garantia teve o objetivo de fomentar a concessão de crédito no mercado de capitais. Este o marco do instituto⁷⁴⁹. Conforme anotam Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, a figura foi introduzida em nosso ordenamento, com a Lei de Mercado de Capitais (Lei n. 4.728/65), porque,

dentro da política de difusão do crédito direto ao consumidor [...] surgiu, em contrapartida, a necessidade de se colocar um instrumento hábil de segurança à disposição destas para que pudessem realizar suas funções e se garantirem do recebimento do seu crédito⁷⁵⁰.

Por isso, o instituto nasce vocacionado às instituições financeiras. Optou o Estado por destiná-lo apenas a “sociedades capacitadas a conceder aceite bancário, armadas que foram para monopolizar as operações de financiamento geral [...] [buscando] extirpar as chagas da agiotagem e da sonegação de rendimentos”⁷⁵¹. Posteriormente, no entanto, a alienação fiduciária em garantia ganhou espaço em outros palcos. Com a Lei de Estímulo à Indústria de Construção Civil (Lei n. 4.864/65), previu-se a cessão fiduciária em garantia

⁷⁴⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 36-37.

⁷⁴⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 36-37.

⁷⁴⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCO, Rui (coord.). *Doutrinas essenciais – direito civil – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. V. p. 315-333. p. 5 da versão digital, obtida em <https://www.livrariart.com.br/>.

⁷⁴⁹ Ressalva feita à circunstância de que, sem a mesma expressão, a alienação fiduciária em garantia já havia sido prevista no âmbito da Lei n. 4.864/65, cujo art. 22, *caput*, dispôs que “os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado”.

⁷⁵⁰ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 167-168.

⁷⁵¹ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*, cit., p. 168.

nas operações de crédito imobiliário; com a Circular Bacen n. 75/67, possibilitou-se a utilização da alienação fiduciária em garantia nas operações de crédito rural; com o Decreto-lei n. 413/69, previu-se sua utilização em financiamentos industriais e no capital de giro de empresas; com o Decreto-lei n. 911/69, que deu nova redação à Lei n. 4.728/65, foram criados mecanismos processuais de efetivação da garantia; com a Lei n. 6.313/75, possibilitou-se a constituição de garantia fiduciária cedular à cédula de crédito à exportação; com a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), previu-se, no art. 40, a alienação fiduciária de ações; com a Lei n. 6.840/80, instituiu-se a alienação fiduciária cedular à cédula de crédito comercial, em seus arts. 4º e 5º; com o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86), tratou-se da alienação fiduciária de aeronaves e equipamentos; com a Lei n. 8.929/94, que instituiu a cédula de produto rural, previu-se a alienação fiduciária de safras presentes ou futuras, fungíveis ou infungíveis, consumíveis ou inconsumíveis, possibilitando, em caso de inadimplemento, a busca e apreensão de bens, nos moldes do Decreto-lei n. 911/69; com a Lei n. 9.514/97, instituiu-se a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis; com a Medida Provisória n. 1.960-60/2000, possibilitou-se a alienação fiduciária em garantia de embarcações financiadas com recursos do Fundo da Marinha Mercante; com os arts. 10 e 11 da Medida Provisória n. 1.925-6/2000, tratou-se da alienação fiduciária em garantia na cédula de crédito bancário, tendo como objeto bens móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis, consumíveis ou inconsumíveis, do próprio emitente ou de terceiros⁷⁵²; com o Código Civil, disciplinou-se a propriedade fiduciária de coisa móvel infungível, nos arts. 1.361 a 1.638-B; com a Lei n. 10.931/2004, tratou-se da cessão fiduciária de créditos.

Nos subcapítulos que seguem, são abordadas as operações fiduciárias mais usuais no Brasil. Várias delas encerram garantias autoexecutáveis. Na alienação fiduciária de imóveis, da Lei n. 9.514/97, adotou-se regime expressamente autoexecutável, no qual a jurisdição tem papel residual. Com a cessão e endosso fiduciários, especialmente no caso dos títulos lastreados em créditos imobiliários e na cédula de crédito bancária, criou-se instrumental que possibilita a recuperação do crédito sem nenhuma intervenção do Poder Judiciário. No caso da alienação fiduciária de móveis infungíveis do Decreto-lei n. 911/69,

⁷⁵² A pesquisa, até aqui, é de Paulo Restiffe Neto e de Paulo Sérgio Restiffe. Para um panorama completo, incluindo questões tributárias e administrativas, que não fazem parte do objeto deste trabalho, *vide* RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*, cit., p. 34-37.

o Poder Judiciário tem participação meramente simbólica, atuando quase que tão só para tornar os procedimentos burocráticos necessários à busca do bem.

4.2.1.1 Alienação fiduciária de bem imóvel. Lei n. 9.514/97

4.2.1.1.1 Constituição da garantia fiduciária imóvel

A alienação fiduciária de bem imóvel é regulada pela Lei n. 9.514/97, que a conceitua como “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel” (art. 22, *caput*). A jurisprudência tem sinalizado que a lei permite seja o negócio firmado “por pessoa física ou jurídica” (art. 22, § 1º), quer na qualidade de devedor fiduciante como na de credor fiduciário⁷⁵³, não obstante haja alguma divergência doutrinária a respeito⁷⁵⁴.

Tem-se interpretado de maneira ampla o objeto do negócio subjacente, permitindo-se a constituição da garantia fiduciária de bem imóvel inclusive para fim diverso que o do próprio financiamento⁷⁵⁵.

No que toca ao imóvel objeto da garantia fiduciária, deve necessariamente ter a qualidade da alienabilidade, a fim de se possibilitar a futura consolidação da propriedade, ainda que forçada. Daí não se admitir recaia sobre bem gravado com cláusula de impenhorabilidade, tendo em vista que tal restrição impediria a venda forçada do bem⁷⁵⁶.

⁷⁵³ A esse respeito: “De outra parte, o seu art. 22, § 1º, autoriza este tipo de contratação por qualquer pessoa física ou jurídica, não sendo privativas as suas disposições às entidades que operam no sistema financeiro” (TJSP, 32ª Câmara, Dir. Priv., Ap. Cível n. 1000554-08.2017.8.26.0038, Rel. Des. Caio Mendes de Oliveira, j. 01.08.2019).

⁷⁵⁴ Para Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, “a *mens legislatoris*, extraída do parecer do relator do projeto, deputado Ricardo Izar, revela que o objetivo da Lei do SFI foi estimular o financiamento imobiliário, dentro do Sistema Financeiro, facilitando a oferta de crédito como razão de interesse social, e jamais cogitou a lei de facilitar a agiotagem credora com o privilégio da garantia fiduciária para pessoa física comum” (RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico e autofinanciamento consorcial e transmissão dos novos direitos fiduciários e seus reflexos na recuperação judicial ou falência (regime jurídico – questionamentos – jurisprudência)*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 135).

⁷⁵⁵ A esse respeito: “A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária [...]” (STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp n. 1630139/MT, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04.05.2017).

⁷⁵⁶ A esse respeito: “Dúvida inversa – Bem gravado com cláusula de impenhorabilidade não pode ser dado em alienação fiduciária, modalidade de garantia que se aperfeiçoa com leilão público da coisa alienada –

Por outro lado, admite-se a excussão do bem de família legal oferecido em garantia fiduciária, uma vez que, por vedação ao abuso, o devedor não pode alegar ser coercitivamente inalienável aquilo que entregou em garantia justamente para esse fim⁷⁵⁷.

Para constituição da garantia, as partes devem levar o negócio a registro, perante o Registro de Imóveis (art. 23), pois este, no caso de imóveis, possui natureza constitutiva. À sua falta, não há o desdobramento da posse⁷⁵⁸, o negócio não goza do regime da Lei n. 9.514/97⁷⁵⁹ e a propriedade continua a se submeter aos efeitos da recuperação judicial⁷⁶⁰. Com o registro, porém, o bem passa a constituir patrimônio do credor fiduciário, não

A cláusula de impenhorabilidade abarca, além da penhora, atos voltados a futura venda forçada do bem, como arresto, hipoteca e alienação fiduciária. – Precedente deste E. CSM – Registro negado [...]” (TJSP, CSM, Ap. Cível n. 1067944-37.2016.8.26.0100, Rel. Des. Pereira Calças, j. 25.04.2017).

⁷⁵⁷ A esse respeito: “3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada.

4. A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário devem ser reprimidos, tornando ineficaz a norma protetiva, que não pode tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.

5. A propriedade fiduciária consiste na transmissão condicional daquele direito, convencionada entre o alienante (fiduciante), que transmite a propriedade, e o adquirente (fiduciário), que dará ao bem a destinação específica, quando implementada na condição ou para o fim de determinado termo.

6. Vencida e não paga, no todo em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, consequência ulterior, prevista, inclusive, na legislação de regência.

7. Sendo a alienante pessoa dotada de capacidade civil, que livremente optou por dar seu único imóvel, residencial, em garantia a um contrato de mútuo favorecedor de pessoa diversa, empresa jurídica da qual é única sócia, não se admite a proteção irrestrita do bem de família se esse amparo significar o alijamento da garantia após o inadimplemento do débito, contrariando a ética e a boa-fé, indispensáveis em todas as relações negociais [...]” (STJ, 4ª Turma, REsp n. 1559348/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.06.2019).

⁷⁵⁸ A esse respeito: “No presente caso, as partes realizaram contrato de alienação fiduciária de bens imóveis [...], que dependia de registro no competente Registro de Imóveis para se aperfeiçoar, nos termos do art. 23 da Lei 9.514/97. Ausente registro, não se constituiu a propriedade fiduciária, nem houve o desdobramento da posse, mantendo-se, pois, a requerida como proprietária do imóvel” (TJSP, 34ª Câmara. Dir. Priv., Ap. Cível n. 0021347-03.2010.8.26.0564, Rel. Des. Nestor Duarte, j. 16.03.2016).

⁷⁵⁹ A esse respeito: “Verdade que, diante da existência de pacto adjeto de alienação fiduciária no contrato de compra e venda de imóvel, não se aplicariam as normas consumeristas e, especificamente, seu art. 53 para a questão das parcelas pagas. E isto porque se atrairia a incidência do mecanismo próprio dos artigos 26 e 27 da Lei. 9.514/97 [...] Sucede que, para a aplicação da referida disciplina, é necessária a própria constituição da alienação fiduciária, o que, sabidamente, depende de seu registro, conforme preceitua o art. 23, *caput*, da mesma lei e mesmo o próprio contrato [...]” (TJSP, 1ª Câmara. Dir. Priv., Ap. Cível n. 1089939-38.2018.8.26.0100, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 08.07.2020).

⁷⁶⁰ A esse respeito: “Crédito incluído na classe dentre os que tem garantia real. Cédula de crédito bancário garantida por alienação fiduciária de bem imóvel cessão de direitos creditórios. Pretensão de exclusão da recuperação. Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Art. 1.361 § 1º CC. Inexistência, no caso, de prova de registro anterior ao pedido de recuperação judicial. Súmula TJSP n. 60. Crédito, portanto, que se submete à recuperação. Hipótese que não se amolda à exclusão prevista no art. 49 § 3º da LRF. Recurso desprovido” (TJSP, 1ª Câmara. Res. de Dir. Empres., Ag. Inst. n. 2203903-06.2015.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 28.04.2016).

podendo ser penhorado por dívida do devedor fiduciante, que passa a ter não mais a propriedade mas apenas direito à sua aquisição⁷⁶¹.

4.2.1.1.2 Consequência do (in)adimplemento

Constituída a garantia fiduciária, cabe ao devedor fiduciante realizar o pagamento do débito. Cumprida tal obrigação, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel (art. 25), devendo o credor fiduciário, em trinta dias da liquidação da dívida, fornecer termo de quitação (art. 25, § 1º), à vista do qual o Oficial do Registro de Imóveis efetuará o cancelamento da propriedade fiduciária (art. 25, § 2º). No caso de adimplemento da obrigação, a resolução da propriedade ocorre “queira ou não o credor satisfeito”, retornando ao devedor fiduciante “como direito potestativo deste, sem qualquer outra diligência de quem quer que seja, salvo declaração judicial substitutiva, em casos litigiosos”⁷⁶².

Por outro lado, caso o devedor fiduciante não pague a dívida, estará em mora, e, se mesmo assim inadimplir a obrigação, não realizando a purga, a propriedade do imóvel se consolidará em mãos do credor fiduciário (art. 26, *caput*).

Para a constituição da mora, o Oficial do Registro de Imóveis, a pedido do credor fiduciário, intima o devedor fiduciante a satisfazer, no prazo de quinze dias, as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, mais juros, penalidades e outros encargos contratuais e legais, incluindo tributos, contribuições condominiais e despesas de intimação e cobrança (art. 26, § 1º)⁷⁶³.

Tal intimação é expedida pelo Oficial do Registro de Imóveis ou do Registro de Títulos e Documentos, da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem a deva

⁷⁶¹ A esse respeito: “Como a propriedade do bem é do credor fiduciário, não se pode admitir que a penhora em decorrência de crédito de terceiro recaia sobre ele, mas podem ser constritos os direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária [...]” (STJ, 4ª Turma, AgInt no AREsp n. 644.018/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 02.06.2016).

⁷⁶² RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico*, cit., p. 101.

⁷⁶³ Não se trata de intimação para pagamento (antecipado) da totalidade da dívida, mas para purgação do débito “em aberto”. Nesse sentido, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe: “Como só são cogitáveis as prestações vencidas até a data do pagamento (§ 1º do art. 26) para efeito de purgação da mora, não há falar em incoerente *antecipado* vencimento de toda a dívida remanescente nas prestações futuras, que seguem o curso normal do contrato convalescido” (RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico*, cit., p. 144).

receber, ou pelo correio, com aviso de recebimento (art. 26, § 3º, segunda parte), devendo ser recepcionada pessoalmente, pelo devedor fiduciante, seu representante legal ou procurador legalmente constituído (art. 26, § 3º, primeira parte) ou por funcionário de condomínio edilício no qual reside (art. 26, § 3º-B). O vício nessa intimação invalida todo o processo expropriatório⁷⁶⁴.

De modo análogo ao que se dá no processo civil, a intimação também pode ser feita por hora certa, se houver suspeita de ocultação (art. 26, § 3º-A), ou por edital, caso o devedor fiduciante se encontre em local incerto ou não sabido, desde que esgotados todos os meios para sua localização (art. 26, § 4º)⁷⁶⁵.

Realizada a intimação, o devedor fiduciante pode purgar a mora, perante o Registro de Imóveis, caso em que o contrato convalescerá (art. 26, § 5º). Em tal hipótese, o oficial entregará o valor pago ao credor fiduciário, no prazo de três dias (art. 26, § 6º). Se, porém, o devedor fiduciante não purgar a mora, o oficial certificará o fato e, à vista de prova do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*, averbará a consolidação da propriedade na matrícula do imóvel (art. 26, § 7º).

Como a transmissão da propriedade imóvel se dá pelo registro, “a *consolidação* do domínio em nome do credor ou fiduciário (por inadimplemento consumado do devedor)”⁷⁶⁶ ocorre da mesma forma (pelo registro) e “*prescinde da posse prévia e da intervenção*

⁷⁶⁴ Vide, a propósito: “5. A notificação em questão, para além das consequências naturais da constituição do devedor fiduciante em mora, permite, em não havendo a purgação e independentemente de processo judicial (opera-se formalmente pela via registrária cartorial), o surgimento do direito de averbar na matrícula do imóvel a consolidação da propriedade em nome do credor notificante, isto é, do fiduciário. 6. Sob tal ótica, destaca-se a exegese perfilhada em julgado da Quarta Turma no sentido de que ‘a repercussão da notificação é tamanha que qualquer vício em seu conteúdo é hábil a tornar nulos seus efeitos, principalmente quando se trata de erro crasso, como há na troca da pessoa notificante’ (REsp 1.172.025/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07.10.2014, DJe 29.10.2014).

7. Na espécie, revela-se evidente a existência de defeito na indicação do credor fiduciário (notificante) [...].

9. Assim, acabou por ser ineficaz a notificação extrajudicial, que, ao cientificar a devedora fiduciante sobre débito pelo qual estaria em mora, apontou pessoa jurídica diversa como credor fiduciário, o que se deu sem respaldo em negócio jurídico contemporâneo, retratando, assim, relação jurídica que não correspondia com a realidade dos fatos, o que invalida a consolidação da propriedade do imóvel [...]” (STJ, 4ª Turma, REsp n. 1595832/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 29.10.2019).

⁷⁶⁵ A esse respeito: “É necessária a intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial, porém é válida a notificação por edital quando esgotados os meios para a notificação pessoal [...]” (STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp n. 1422337/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.06.2019).

⁷⁶⁶ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico*, cit., p. 74.

jurisdicional; isto é, *opera-se* na mesma sede cartorial registrária, com efeito, ainda, de extinguir o título legitimador da posse direta do fiduciante”⁷⁶⁷.

4.2.1.1.3 Processo de venda do bem

Consolidada a propriedade, o credor fiduciário, no prazo de trinta dias da averbação, deve promover um ou dois leilões públicos para alienação do imóvel (art. 27, *caput*). Antes desses leilões, cientifica o devedor fiduciante da data, horário e local da venda, por correspondência, ainda que eletrônica, dirigida ao endereço do contrato (art. 27, § 2º-A). Tal notificação não é suprida por informações eventualmente constantes da intimação para purga da mora⁷⁶⁸, salvo, excepcionalmente, se as circunstâncias do caso evidenciarem que o devedor fiduciante tinha ciência inequívoca da realização da venda⁷⁶⁹.

O primeiro leilão, para ser exitoso, demanda lance de valor superior ao do imóvel (art. 27, § 1º), tomando-se por base o que houver sido convencionado entre as partes (art. 26, VI) ou, se superior, o valor venal do bem (art. 24, parágrafo único). Também pelo que houver sido convencionado é que deverá ocorrer eventual atualização do valor do bem, não sendo cabível, a princípio, a realização de avaliação judicial, muito menos a suspensão do

⁷⁶⁷ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico*, cit., p. 74.

⁷⁶⁸ A esse respeito: “Nos contratos de alienação fiduciária regidos pela Lei n. 9.514/97, ainda que realizada a regular notificação do devedor para a purgação da mora, é indispensável a sua renovação por ocasião da alienação em hasta extrajudicial [...]” (STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp n. 1032835/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 21.08.2018).

⁷⁶⁹ A esse respeito: “Alienação fiduciária de bem imóvel. Ação anulatória de leilão, por falta de cientificação da data agendada para a sua realização. Sentença que julgou improcedente. Em que pese a jurisprudência do E. STJ reconhecer a obrigatoriedade de o credor cientificar o devedor sobre a data da venda pública do bem e de a jurisprudência ter sido positivada no art. 26-A da Lei 9.514/97, os autores da ação tiveram ciência inequívoca do leilão, ajuizaram a ação antes do evento, obtiveram liminar para sustação da venda, sob condição de efetuarem o pagamento do débito, mas não pagaram. Além disso, ainda que o banco credor alegadamente tenha dificultado o recebimento do débito antes da venda, os devedores tinham a sua disposição o procedimento consignatário para a quitação da dívida, o que não foi utilizado [...] (art. 85 c.c. art. 98, § 2º, ambos do CPC)” (TJSP, 34ª Câ. Dir. Priv., Ap. Cível n. 1010426-55.2017.8.26.0003, Rel. Des. Soares Levada, j. 23.09.2019).

procedimento extrajudicial para esse fim⁷⁷⁰. A intervenção judicial terá lugar apenas em caso de inexistência de critérios contratuais claros para avaliação⁷⁷¹.

Se não tiver havido lance no valor do imóvel, no primeiro leilão, nos quinze dias seguintes ocorrerá um segundo leilão, no qual será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida mais despesas, prêmios de seguro e encargos, incluindo tributos e contribuições condominiais (art. 27, § 2º)⁷⁷².

Alienado o bem e deduzidas as despesas com o procedimento, o credor fiduciário, nos cinco dias seguintes, entregará ao devedor fiduciante a importância que houver sobejado, compreendendo-se aí as benfeitorias, mas vedado o direito de retenção (art. 27, § 4º, primeira parte). Trata-se apenas de entrega do saldo, e não da devolução das parcelas pagas⁷⁷³. Por sua vez, com a entrega do valor excedente, ocorre quitação recíproca das obrigações (art. 27, § 4º, segunda parte).

⁷⁷⁰ A esse respeito: “Tutela de urgência – Tutela em antecedente – Pretensão dos autores, devedores fiduciários, ao cancelamento de leilões extrajudiciais de imóveis agravados com alienação fiduciária – Procedimento extrajudicial da Lei n. 9.514/97 – Pedido de suspensão, com base na tese do pacto comissório vedado, na falta de intimação pessoal para os leilões e na irregularidade das avaliações dos imóveis – Procedimento na conformidade da lei aplicável – Alienação fiduciária em que não há pacto comissório, mas a transmissão da propriedade resolúvel ao credor fiduciário, que se consolida com o inadimplemento da dívida garantida pelo devedor fiduciante – Intimação dos leilões contida nos editais do leiloeiro e desnecessidade de avaliação – Valor do bem igual àquele estipulado no contrato que serve de título fiduciário (art. 24, inciso VI, da Lei n. 9.514/97)” (TJSP, 12ª Câmara. Dir. Priv., Ag. Inst. n. 2017368-95.2017.8.26.0000, Rel. Des. Cerqueira Leite, j. 26.06.2017).

⁷⁷¹ A esse respeito: “Contrato bancário. Mútuo garantido por alienação fiduciária de três imóveis rurais. Alegação de excesso de garantia, baseada na defasagem entre os valores previstos no contrato para efeito de venda em público leilão e os seus preços de mercado atuais. Realização de avaliação por meio de perícia. Admissibilidade. Contrato que não indicou critérios para revisão dos valores, como determina o artigo 24, VI, da Lei n. 9.514/97. Laudo que foi conclusivo em apontar o excesso. Desoneração parcial da alienação fiduciária, que deverá incidir apenas sobre um dos imóveis. Sentença mantida. Recurso improvido” (TJSP, 32ª Câmara. Dir. Priv., Ap. Cível n. 1019102-50.2016.8.26.0577, Rel. Des. Ruy Coppola, j. 28.02.2019).

⁷⁷² Como anotam Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe: “o valor da dívida é correspondente ao *saldo devedor dinâmico* da operação financeira na data do leilão (art. 27, § 3º, I e II) mais despesas, prêmios de seguros (art. 5º, IV), encargos legais (juros livres capitalizados, com reajuste e multa), inclusive tributos, contribuições condominiais (ambos como obrigações *propter rem*, que têm efeitos de direito real) e custas de todo o procedimento de excussão – excluída a taxa de ocupação pós-leilão (art. 37-A), que é encargo de incidência superveniente do fiduciante até imissão do fiduciário ou sucessores na posse do imóvel –, tudo a crescer o valor da dívida referencial para fins de aceitação de lance que seja oferecido no segundo leilão” (RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico*, cit., p. 117).

⁷⁷³ A esse respeito: “No contrato de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, o que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido. O devedor tem o direito de receber eventual saldo apurado, mas não a restituição do que pagou durante a execução do contrato [...]” (STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n. 1430971/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 04.05.2020).

Se nenhum lance alcançar o valor da dívida, ou se ambos forem frustrados⁷⁷⁴, o credor fiduciário tomará o bem para si, em satisfação do crédito, com extinção da dívida e da obrigação de entregar valores ao devedor fiduciante (art. 27, § 5º), que recebe termo de quitação (art. 27, § 6º). Garantia de todo autoexecutável, inobstante precedida de diversas cautelas.

Para evitar a tomada do bem pelo credor fiduciário, o devedor fiduciante tem direito de, em pagamento da dívida, dar seu direito eventual ao imóvel, mas desde que o credor fiduciário concorde (art. 26, § 8º).

O devedor fiduciante goza, além disso, de direito de preferência na aquisição do imóvel, o qual deve ser exercido no interregno entre as datas da averbação da consolidação da propriedade e da realização do segundo leilão, pelo preço correspondente ao valor da dívida mais despesas com a realização dos leilões, prêmio de seguro e encargos, incluindo tributos e contribuições condominiais, além do imposto de transmissão *inter vivos* e demais valores despendidos para averbação da consolidação da propriedade, mais os necessários à realização de nova aquisição do imóvel, incluindo custas e emolumentos (art. 27, § 2º-B).

4.2.1.1.4 Atuação diferida do Poder Judiciário

Da consolidação da propriedade em diante, todas as controvérsias atinentes ao contrato e ao processo de execução extrajudicial são resolvidas em perdas e danos, salvo no que toca à exigência de notificação do devedor fiduciante (art. 30, parágrafo único). Tirando eventual discussão acerca de vício das intimações, o resto, a princípio, só é resolvido *a posteriori*, por meio de ação pessoal, objetivando indenização por perdas e danos.

⁷⁷⁴ Vide, a propósito: “2. Cinge-se a controvérsia a definir se o § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997 é aplicável às hipóteses em que os dois leilões realizados para a alienação do imóvel objeto da alienação fiduciária são frustrados, não havendo nenhum lance advindo de pretensos arrematantes.

[...] 5. O § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997 abrange a situação em que não houver, no segundo leilão, interessados na aquisição do imóvel, fracassando a alienação do bem, sem a apresentação de nenhum lance.

6. Na hipótese, frustrado o segundo leilão do imóvel, a dívida é compulsoriamente extinta e as partes contratantes são exoneradas das suas obrigações, ficando o imóvel com o credor fiduciário.

7. Recurso especial provido [...]” (STJ, 3ª Turma, REsp n. 1654112/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23/10/2018).

Porém, não obstante inexistir previsão legal, deve-se garantir que, dentre esses pleitos *a posteriori*, possa o devedor fiduciante, depois da perda do bem, requerer seja apurado eventual saldo decorrente da diferença entre o valor do imóvel (*mais* as parcelas pagas) e o valor da dívida (*mais* os custos do financiamento e de cobrança da dívida). O contrário, que poderia resultar de interpretação literal do art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/97, leva a uma situação de desvantagem extrema ao devedor fiduciante. É preciso, pois, dar interpretação *conforme* ao art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/97.

Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe sustentam, com razão, que, a par da redação dada ao art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/97, a perda do imóvel, para o credor fiduciário, só se harmoniza com a vedação ao enriquecimento sem causa se ao devedor fiduciante for dada a possibilidade de se ver restituído pelo que tiver pagado em excesso. Para os autores, é por essa solução que se legitima a regra inscrita no art. 27, § 5º, evitando a perda de todas as parcelas pagas em favor do credor. Concluem, por esse fundamento, ser

cabível, sempre, a apuração completa de valores, em qualquer situação pós-leilões. A extinção *ex lege* da dívida do fiduciante não tem como recíproca a extinção *ex lege* do seu direito a receber eventual sobejamento: nem devolução total, nem perda total; só devolução parcial do eventual sobejo apurado⁷⁷⁵.

⁷⁷⁵ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico*, cit., p. 116. E, ainda a esse respeito, sustentam, com razão, e sem ter o que acrescentar, que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações regidas pela Lei n. 9.514/97: “Também no respeitável entendimento minoritário – com o qual não concordamos – no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor, como lei ‘geral’, só revogou leis *anteriores* gerais que o contrariasse, e, por isso, não teria aplicação restritiva de normas especiais futuras; segundo essa corrente, leis especiais posteriores ao Código de Defesa do Consumidor (como é o caso da Lei 9.514/1997) deveriam prevalecer nos pontos em que haja disciplina menos favorável ao consumidor. [...] Responde-se que o Código de Defesa do Consumidor é lei principiologicamente, por ‘ordem’ constitucional e não ‘geral’, que serve de parâmetro para leis ordinárias futuras. Ora, se não é aplicável a efeitos futuros pretéritos e também não puder alcançar fatos relacionados a leis futuras, o que seria do Código de Defesa do Consumidor? Seria geneticamente autofágico, fadado a ‘morrer um pouco’ a cada lei futura que o desbordasse? [...] em matéria de defesa do consumidor não há especificidade legal que supere a especificidade do Código de Defesa do Consumidor, por força dos textos constitucionais regulatórios pertinentes inclusive às atividades econômicas [...]” (RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico*, cit., p. 179-180). Não obstante, acabou se consolidando, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplicaria aos contratos regidos pela Lei n. 9.514/97. *Vide*, como exemplo: “A Lei n. 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor – CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial” (STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp n. 1822750/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.11.2019). Este não se afigura o melhor entendimento, porém, pois a norma geral tem aplicação quando não conflita com a especial. Tal conflito inexistente, por sua vez, pois, como observam Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, “é ônus do credor, ou risco da atividade econômica decorrente do sistema, ‘renunciar’ *ex lege* ao crédito residual (considerada extinta a dívida) e dar quitação ao devedor [...]; mas não está implícita a recíproca nessa norma, de que o ex-devedor (quitado) tenha o ônus da contrapartida, de também renunciar a eventual crédito que pudesse resultar em seu favor do encontro de contas quando o segundo leilão seja negativo e o imóvel reste definitivamente incorporado

Sem essa solução, não se explica, do ponto de vista constitucional, a não intervenção do Poder Judiciário no processo de avaliação e expropriação. Não interpretado de maneira *conforme*, tal como proposto, o art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/97 não só causa enriquecimento sem causa como fere o direito de acesso ao Poder Judiciário. A constitucionalidade do dispositivo depende dessa interpretação *conforme*.

Por outro lado, se, ao fim do processo de alienação, o devedor fiduciante não deixa a posse do bem, entregando-o ao credor fiduciário, pode este ajuizar ação de reintegração de posse com pedido de liminar, que será deferida mediante comprovação da consolidação da propriedade, concedendo-se prazo de sessenta dias para desocupação do bem (art. 30, *caput*).

De tal direito possessório decorre também o de ver-se ressarcido pela privação da posse do imóvel. Por isso é que, da data da consolidação da propriedade até o ingresso na posse do imóvel, o devedor fiduciante deve pagar taxa de ocupação mensal correspondente a 1% do valor convencional ou venal do imóvel, o que for maior (art. 37-A). A taxa de ocupação é devida a partir da consolidação da propriedade, e não da alienação⁷⁷⁶, salvo, excepcionalmente, se constatado que o credor retardou injustificadamente o processo expropriatório, deixando de cumprir o dever, oriundo da boa-fé objetiva, de, podendo, mitigar as perdas que o ilícito lhe ocasionaria⁷⁷⁷.

ao patrimônio do ex-credor e ex-fiduciário (atual proprietário pleno e perfeito)” (*Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico*, cit., p. 170).

⁷⁷⁶ Cita-se, a respeito: “1. O art. 37-A da Lei n. 9.514/1997, nela introduzido por força da Lei n. 10.931/2004, dispõe que: ‘O fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor a que se refere o inciso VI do art. 24, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel’.

2. A *mens legis*, ao determinar e disciplinar a fixação da taxa de ocupação, tem por objetivo compensar o novo proprietário em razão do tempo em que se vê privado da posse do bem adquirido, cabendo ao antigo devedor fiduciante, sob pena de evidente enriquecimento sem causa, desembolsar o valor correspondente ao período no qual, mesmo sem título legítimo, ainda usufrui do imóvel.

3. Nesse quadro, embora o dispositivo subordine o arbitramento da taxa de ocupação à ‘alienação em leilão’, seu texto reclama interpretação extensiva, abarcando também a hipótese em que a propriedade se resolve a bem do credor fiduciário por terem sido frustradas as tentativas de venda extrajudicial. Conquanto, em rigor técnico-jurídico, não se cuide, aqui, de uma verdadeira alienação, importa reconhecer que a consolidação equivale a uma operação de transferência jurídica patrimonial, já que o credor deixa de ter a propriedade meramente resolúvel, incorporando-a em seu sentido pleno, fazendo jus, portanto, a ser compensado pela posse injusta exercida desde a aquisição do novo título até desocupação do imóvel [...]” (STJ, 4ª Turma, REsp n. 1328656/GO, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 16.08.2012).

⁷⁷⁷ Sobre a aplicação do *duty to mitigate the loss* nessa hipótese, *vide*: “Dever da instituição financeira de promover o leilão extrajudicial no prazo de 30 (trinta) dias da consolidação da propriedade (cf. art. 27 da Lei 9.514/97), com o objetivo de evitar o crescimento acentuado da dívida. [...]. Dever de mitigação das perdas do devedor (mutuário), atendendo aos deveres impostos pelo princípio da boa-fé objetiva (‘duty

Ao devedor fiduciante, por sua vez, deve ser garantido o direito de discutir, na contestação à ação de reintegração de posse, todas as matérias que não pôde alegar no curso do processo expropriatório extrajudicial. Também aqui, no que toca ao objeto da contestação à ação possessória, é preciso emprestar interpretação que não leve a enriquecimento sem causa. Afinal, como observam Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe,

é essa garantia de ampla defesa *a posteriori* como réu, na ação de reintegração de posse – sem prejuízo do uso de outras vias de tutela jurisdicional como autor em outros momentos e situações concretas e com outros pressupostos e condicionamentos –, que assegurará a fidelidade à prerrogativa constitucional do amplo acesso à Justiça [...] ⁷⁷⁸.

Assegurando-se de maneira ampla o contraditório diferido, seja na contestação à reintegração de posse ou em ação autônoma, harmoniza-se o desejo de uma rápida recuperação do crédito, em âmbito extrajudicial, com o direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário, além de se evitar o enriquecimento sem causa.

Não é nesse sentido que a jurisprudência caminhou até aqui, quer no Tribunal de Justiça de São Paulo ⁷⁷⁹, quer no Superior Tribunal de Justiça ⁷⁸⁰, mas a questão foi afetada como tema de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda pende de julgamento ⁷⁸¹.

to mitigate the loss'). [...] Incidência da taxa de ocupação somente após a extinção da dívida [...]” (STJ, 3ª Turma, REsp n. 1401233/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 17.11.2015).

⁷⁷⁸ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico*, cit., p. 187.

⁷⁷⁹ *Vide*: “Ação de anulação de leilões extrajudiciais de imóvel cumulada com restituição de valores – instrumento particular de confissão de dívida com garantia de alienação fiduciária – ação julgada improcedente – adjudicação do imóvel pelo valor da dívida após a realização do segundo leilão sem qualquer licitante – cabimento, ante a quitação da dívida outorgada aos devedores – enriquecimento sem causa da credora fiduciária não evidenciado – restituição de valores excedentes ao da dívida com base no valor de avaliação do imóvel – não cabimento – sentença mantida – apelação não provida, com observação (art. 85 § 11, CPC 2015)” (TJSP, 33ª Câm. Dir. Priv., Ap. Cível n. 0010730-70.2013.8.26.0566, Rel. Des. Eros Piceli, j. 06.05.2019).

⁷⁸⁰ *Vide*: “Consoante a jurisprudência desta Corte, ‘na hipótese, frustrado o segundo leilão do imóvel, a dívida é compulsoriamente extinta e as partes contratantes são exoneradas das suas obrigações, ficando o imóvel com o credor fiduciário’ (REsp n. 1.654.112/SP, Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 23/10/2018) [...]” (STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp n. 1357379/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27.05.2019).

⁷⁸¹ *Vide*: “Recurso extraordinário. Civil e constitucional. Sistema financeiro imobiliário. Execução extrajudicial. Alienação fiduciária de bem imóvel. Princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Direitos fundamentais à propriedade e à moradia. Questão relevante do ponto de vista jurídico, econômico e social. Repercussão geral reconhecida” (STF, Pleno, RE n. 860631/RG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.02.2018).

4.2.1.2 Cessão e endosso fiduciários

Com a cessão e o endosso fiduciários, evita-se quase que por completo a intervenção do Poder Judiciário no processo de recuperação do crédito. São garantias absolutamente autoexecutáveis, que fincam raízes nos institutos da cessão de crédito e do endosso.

Os aspectos gerais da cessão de crédito estão tratados no Código Civil. De acordo com o art. 286, o credor pode transmitir seu crédito se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei ou o contrato. Trata a norma apenas da cessão plena, pela qual a titularidade do crédito se transmite do cedente ao cessionário de modo definitivo. Na cessão fiduciária, ao contrário, o crédito é transmitido em mera garantia, e, com o pagamento, ao credor fiduciário, retorna à titularidade do cedente fiduciante.

Enquanto a obrigação não tiver sido cumprida, o cessionário fiduciário pode receber diretamente dos devedores do cedente fiduciante os valores que lhes viriam a ser pagos não houvesse cedido fiduciariamente o crédito. Por exemplo: uma empresa que necessite de capital para girar seu negócio firma contrato de mútuo com instituição financeira e esta lhe fornece recursos (dinheiro “presente”). Como garantia de que terá os valores de volta, com juros e encargos, a credora exige da empresa a cessão fiduciária dos créditos de que é titular (em razão de negócios que houver firmado a prazo, por exemplo) (dinheiro “a receber”). Os devedores da empresa, por sua vez, pagam o que devem não a ela (cedente fiduciante), mas à instituição financeira que recebeu o crédito em garantia fiduciária (cessionária fiduciária). Ao receber os pagamentos, a instituição financeira (titular fiduciária) os utiliza no abatimento da dívida, nos termos em que houver contratado com a empresa. Com isso, consegue de volta os valores emprestados, com juros e encargos, podendo reter os valores que tiver sob sua custódia.

A todo momento, a garantia conferida pela cessão fiduciária se autoexecuta em favor da cessionária fiduciária, sem necessidade de que recorra ao Poder Judiciário para ver adimplida a obrigação do devedor fiduciante. Terá que usar da jurisdição apenas se os devedores do cedente fiduciante não pagarem os respectivos débitos, caso em que ajuizará ação diretamente contra eles. Além disso, fica a salvo de eventual recuperação judicial ou

falência do cedente fiduciante, uma vez que ostenta a qualidade de titular dos recebíveis cedidos pela empresa.

À cessão fiduciária se aplicam as regras comuns à cessão de crédito. Por essa razão, salvo disposição em contrário, a cessão do crédito abrange seus acessórios (art. 287); a validade da cessão não demanda ciência do devedor mas só lhe alcança se tiver sido notificado ou se declarado ciente da cessão (art. 290); enquanto não tiver conhecimento da cessão, o devedor se desobriga pagando ao credor primitivo, não podendo o cessionário demandá-lo pelo pagamento realizado ao cedente (art. 292); independentemente do conhecimento da cessão, o cessionário pode praticar os atos necessários à conservação do crédito cedido (art. 293); o devedor pode opor ao cessionário as exceções pessoais que, no momento da cessão, possuía contra o cedente (art. 294); na cessão a título oneroso, o cedente se responsabiliza pela existência do crédito (art. 295), mas, salvo disposição em contrário, não responde pela solvência do devedor (art. 296).

A cessão de crédito se diferencia do endosso. Como observa Luiz Emygdio F. da Rosa, ao contrário da cessão, o endosso “é ato abstrato, porque não se vincula à sua causa, nem à relação fundamental que gera o título”⁷⁸², operando “transferência de direito novo, autônomo e originário, totalmente desvinculado do direito do endossante”⁷⁸³, razão pela qual “a nulidade de um dos endossos não prejudica a cadeia sucessória no que toca à legitimação do portador do título de crédito”⁷⁸⁴. Em consequência, no endosso, “não podem ser opostas ao terceiro de boa-fé as exceções pessoais que o devedor tenha em relação ao seu credor originário [...] [e] o endossante, salvo cláusula em contrário, garante o pagamento do título de crédito [...]”⁷⁸⁵. Logo, “quanto maior o número de endossos, maior será a proteção do portador do título, pois cada endossante será responsável pelo seu pagamento”⁷⁸⁶.

Em razão dessas características, é vantajoso ao credor fiduciário que a transferência do crédito ocorra não por meio da cessão mas por endosso fiduciário. A cessão é desvantajosa ao cessionário, quando comparada ao endosso, porque, na cessão, ele (cessionário)

⁷⁸² ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. Colaboração Vivien Cabral Sarmiento Leite. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 176.

⁷⁸³ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*, cit., p. 176.

⁷⁸⁴ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*, cit., p. 176.

⁷⁸⁵ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*, cit., p. 176.

⁷⁸⁶ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*, cit., p. 176.

“a) fica vulnerável às exceções extracartulares que possam ser opostas pelo devedor (CCB de 2002, art. 294); b) diminui a sua garantia de pagamento, porque, salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor (CCB de 2002, art. 296), garantindo apenas a existência do crédito ao tempo da transferência (CB de 2002, art. 295)”⁷⁸⁷.

Acrescenta Luiz Emygdio F. da Rosa, além disso, que, na medida em que “a cessão transfere direito derivado, ou seja, o mesmo direito do cedente”⁷⁸⁸, o cessionário recebe o crédito “com todos os vícios e defeitos acumulados nas transferências anteriores, porque o cessionário sub-roga-se na sua posição”⁷⁸⁹. Logo, “uma multiplicidade de cessões diminui a segurança do último cessionário, pois ficará sujeito às exceções que possam ser opostas pelo devedor e por todos os cedentes (CCB, art. 294)”⁷⁹⁰.

O art. 1.361 do Código Civil não contempla a cessão e o endosso fiduciários, porque menciona apenas “coisa móvel infungível”. Como anota Francisco Eduardo Loureiro, o dispositivo “não alude a bens, mas às coisas móveis, apenas aos bens móveis corpóreos”⁷⁹¹, e, além disso, tais coisas devem ser “infungíveis, ou seja, somente as coisas que não podem ser substituídas por outras da mesma espécie, em qualidade e quantidade [...]”⁷⁹².

Por outro lado, há diplomas que possibilitam a cessão e o endosso fiduciários em âmbitos específicos.

4.2.1.2.1 Cessão fiduciária de créditos imobiliários. Lei n. 9.514/97

4.2.1.2.1.1 A questão em si

Para viabilizar um empreendimento imobiliário, o empresário, via de regra, vale-se de financiamentos contratados com instituição financeira. Nesse momento, porém, já terá obtido aprovação de projeto e ofertado o imóvel ao público. Quando essa oferta resulta em venda a prazo, passa a titularizar um crédito, que pode ser utilizado para garantir fiduciariamente o financiamento (art. 17, II, da Lei n. 9.514/97). Para tanto, cede-o

⁷⁸⁷ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*, cit., p. 172.

⁷⁸⁸ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*, cit., p. 174.

⁷⁸⁹ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*, cit., p. 174.

⁷⁹⁰ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*, cit., p. 174.

⁷⁹¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 978 a 1.510. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2007. p. 1241.

⁷⁹² LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 978 a 1.510, cit., p. 1241.

fiduciariamente à instituição financeira (art. 18) e esta o averba no Registro de Imóveis (art. 167, II, item 21, da Lei n. 6.015/73).

Agora cessionária fiduciária, a instituição financeira pode, dentre outras coisas, receber diretamente do adquirente o pagamento do crédito cedido fiduciariamente (art. 19, IV), que fica a salvo de eventual recuperação judicial do cedente fiduciante (art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, c/c arts. 80, I, do Código Civil, e 17, § 1º, da Lei n. 9.514/97). Recebendo-o, credita-o ao cedente fiduciante, até a liquidação da dívida (art. 19, § 1º, primeira parte), e passa a ser responsável, na qualidade de depositária, em relação ao que vier a receber a mais (art. 19, § 1º, segunda parte).

Se, por outro lado, o adquirente não paga, o credor fiduciário pode utilizar de quaisquer ações (art. 19, III) para obter a satisfação do crédito, incluindo a alienação extrajudicial do art. 26, se o crédito cedido fiduciariamente tiver sido garantido por alienação fiduciária do imóvel, em pacto adjeto firmado entre adquirente e cedente fiduciante (credor fiduciário da relação primitiva) (art. 28).

Findo o procedimento, ao cessionário fiduciário é dado ajuizar ação de reintegração de posse do imóvel (art. 30), e, se os valores que recebeu não tiverem sido suficientes para quitação da dívida, incluindo encargos contratuais e despesas de administração e de cobrança dos créditos, continuará credor do cedente fiduciante por esse saldo, nas condições previstas contratualmente (art. 19, § 2º).

4.2.1.2.1.2 Processo de securitização dos créditos cedidos fiduciariamente

Quando decide ofertar imóveis futuros, o empresário deve promover uma incorporação (art. 28 da Lei n. 4.591/64), que pode ser submetida ao regime de afetação. Por esse regime, o terreno e suas acessões são separados das demais obrigações do incorporador, passando a ter destinação específica, consistente na “consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes” (art. 31-A, *caput*, da Lei). Uma vez afetado, o patrimônio “não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador [...] e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva” (art. 31-A, § 1º). Por essa razão, “os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios

de afetação constituídos [...]” (art. 31-F, *caput*). Os adquirentes das unidades imobiliárias têm, pois, a segurança de que, ao adquirir um imóvel “na planta”, pagando a prazo, estarão garantidos pelos bens afetados ao empreendimento.

Ao alienar unidades imobiliárias a prazo, por sua vez, o empreendedor passa a ter créditos normalmente garantidos por alienação fiduciária, e, para se financiar, pode cedê-los a uma S.A. de propósito específico denominada “securitizadora”. Com lastro em tais créditos, a securitizadora emite títulos representativos dos valores que tem a receber pela venda dos imóveis, os quais se denominam certificados de recebíveis imobiliários (art. 3º da Lei n. 9.514/97). Tais títulos, então, são postos à disposição de investidores, que, ao adquiri-los, capitalizam o empreendimento, na medida em que estão a adquirir (com recurso “presente”) os créditos decorrentes das vendas a prazo (recurso “futuro”).

Como anota Manoel Justino Bezerra Filho, a securitização,

forma bastante criativa para desintermediar a transformação do crédito em dinheiro, tomando-se o termo desintermediação como possibilidade de captação imediata de dinheiro por conta de crédito futuro, diretamente do público investidor, sem a intervenção do sistema bancário em geral⁷⁹³.

Trata-se de operação bastante segura, porque, para garantir os certificados de recebíveis imobiliários, a securitizadora institui regime fiduciário (art. 9º), garantindo que os créditos imobiliários passem também a constituir um patrimônio em separado, o qual não se confunde com o dela própria (securitizadora) (art. 11, I). Logo, em caso de insolvência da securitizadora, suas obrigações não atingem os créditos adquiridos pelos investidores (art. 15, parágrafo único), os quais são administrados por um agente fiduciário, a benefício deles (arts. 9º e 15, *caput*).

Como resume Nestor Duarte, “o regime fiduciário na securitização se caracteriza pela separação do patrimônio, com finalidade específica [...], ou seja, a liquidação dos títulos, ficando isento de execução movida por outros credores da companhia securitizadora”⁷⁹⁴. Com ele, os investidores ficam seguros para investir, e, ao fazê-lo, injetam

⁷⁹³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição. Visão crítica da alienação fiduciária de imóveis da Lei n. 9.514/97. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo: EPM, ano 14, n. 2, p. 1-173, 2014. p. 89-90.

⁷⁹⁴ DUARTE, Nestor. Garantia real com crédito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, p. 233-250, 2019. p. 12 da versão digital.

dinheiro nos empreendimentos imobiliários, dos quais recebem retornos financeiros, girando a economia e auferindo ganhos.

A securitização é instrumento poderoso de geração de riquezas, mas só é exitosa porque é segura. Essa segurança, por sua vez, em última análise, não existiria se os títulos emitidos pela securitizadora não estivessem lastreados em garantias autoexecutáveis, as quais permitem uma rápida recuperação dos créditos, em caso de inadimplemento de qualquer dos agentes da cadeia, que se estende da aquisição da unidade imobiliária, a prazo, pelo consumidor, até a compra, pelos investidores, dos títulos emitidos pela securitizadora, sob regime fiduciário confiado a instituições financeiras.

4.2.1.2.2 Cessão e endosso fiduciários no âmbito do sistema bancário

4.2.1.2.2.1 Cédula de crédito bancário. Lei n. 10.931/2004

A cédula de crédito bancário é título de crédito representativo de promessa de pagamento de operação de crédito firmado com instituição financeira ou equiparada (art. 26, *caput*, da Lei n. 10.931/2004), com ou sem garantia, fidejussória ou real (art. 27), que pode recair sobre bem de qualquer espécie, desde que disponível e alienável, seja móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou inconsumível, pertencente ao emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal (art. 31). A critério do credor, tais bens podem permanecer na posse direta do emitente ou do terceiro garantidor, mesmo que hajam sido alienados/cedidos fiduciariamente (art. 35). Não necessita de registro para que tenha validade e eficácia entre as partes (art. 42), e sua liquidez pode ser atestada por mero cálculo do credor, acompanhado de planilha ou extrato (art. 28, § 2º), ainda que o débito decorra de contrato de abertura de crédito em conta corrente (art. 28, § 2º, II). Transfere-se por meio de endosso (art. 29, § 1º) e confere ao credor os direitos previstos no art. 19 da Lei n. 9.514/97, incluindo o de cobrar diretamente o devedor do crédito transmitido fiduciariamente (art. 19, IV), até a liquidação da dívida (art. 19, § 1º, primeira parte).

4.2.1.2.2.1.1 O Registro

Não obstante o art. 42 da Lei n. 10.931/2004 disponha que a cédula de crédito bancário desnecessita de registro, discute-se se não seria necessário o ato registrário para a transmissão fiduciária do título.

De um lado, sustenta-se que “o registro do contrato de cessão fiduciária em garantia é requisito imprescindível para a constituição da propriedade fiduciária e para a produção de todos os seus efeitos [...]”⁷⁹⁵, argumentando-se que “é efeito imanente ao direito real ser oponível *erga omnes*”⁷⁹⁶. De outro, argumenta-se que, “se para ser eficaz (ou, em outras palavras, para se *constituir*) entre as partes a cessão *plena* de créditos não exige anotação no Registro de Títulos e Documentos, o mesmo não se haverá de exigir para a cessão *fiduciária* (e, nesse aspecto, mais limitada que a cessão civil)”⁷⁹⁷. Por essa linha de raciocínio, “a anotação no assento de títulos e documentos *é necessária*, mas para tornar oponível, também em relação a terceiros, essa titularidade fiduciária temporariamente cedida”⁷⁹⁸.

Ao aportar no Superior Tribunal de Justiça, essa foi a orientação que se deu à questão. Por ocasião de apreciar se os créditos cedidos fiduciariamente sem registro se submetem à recuperação judicial, o Ministro Marco Aurélio Bellizze afirmou, em tese vencedora, que “a exigência de registro, para efeito de constituição da propriedade fiduciária, não se faz presente”⁷⁹⁹. Sustentou que “a constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes”. Logo, por esse entendimento, “a consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade [...]”. Daí ter concluído que

⁷⁹⁵ SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. Cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial: requisitos e limites à luz da jurisprudência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, v. LXXVII, p. 133-155, 2016. p. 10 da versão digital.

⁷⁹⁶ SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. Cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial, cit., p. 10 da versão digital.

⁷⁹⁷ SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. Cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial, cit., p. 16 da versão digital.

⁷⁹⁸ SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. Cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial, cit., p. 16 da versão digital.

⁷⁹⁹ STJ, 3ª Turma, AgInt nos EDcl no AREsp n. 1009521/AL, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21.11.2017.

não se submetem aos efeitos da recuperação judicial do devedor os direitos de crédito cedidos fiduciariamente por ele em garantia de obrigação representada por Cédula de Crédito Bancário existentes na data do pedido de recuperação, independentemente de a cessão ter ou não sido inscrita no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor.

4.2.1.2.2.1.2 As Súmulas n. 233 e 247 do Superior Tribunal de Justiça *versus* a natureza executória conferida por lei à cédula de crédito bancário

As Súmulas n. 233 e 247 do Superior Tribunal de Justiça dispõem, respectivamente, que “o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo”, e que “o contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”. Por trás dos enunciados está a premissa de que, como o extrato e a planilha de débitos são documentos elaborados unilateralmente, pela instituição financeira, o contrato de abertura de crédito não contém liquidez, daí não podendo ser objeto de ação executiva, mas apenas de ação monitória.

Na mão contrária, porém, o art. 28, *caput*, da Lei n. 10.931/2004 dispôs que “a cédula de crédito bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente”. Contudo, isso não tem cabimento. O legislador não pode conferir liquidez artificial àquilo que, por entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, não tem liquidez.

No voto que daria origem ao Tema 576 do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luis Felipe Salomão anotou que “a mencionada jurisprudência do STJ [Súmulas n. 233 e 247] – com a qual este relator concorda integralmente – finca raízes no fato de que o contrato de abertura de crédito em conta-corrente, em si, não revela obrigação líquida e certa assumida pelo cliente”⁸⁰⁰, de modo que não poderia, “à revelia do assentimento do devedor, criar título executivo ‘terminado’ unilateralmente, mediante impressão de extratos bancários ou elaboração de planilhas”.

⁸⁰⁰ STJ, 2ª Seção, REsp n. 1291575/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.08.2013.

No fundamento do voto, transcreveu lição doutrinária do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, para quem “certamente não se encontrará nos países ocidentais, no âmbito das instituições financeiras, um diploma que conceda mais poderes ao credor estipulante de contrato de adesão, sem limites para taxas, comissões e multas: para completar, faltaria apenas excluí-lo do controle judicial”. Fez constar, ainda, citando Nelson Nery Junior, que “as críticas alcançam a estatura da inconstitucionalidade”.

Não obstante, o voto caminhou em sentido inverso, sob o argumento de que “o legislador agiu pela via própria e validou as práticas bancárias que antes não encontravam lastro no ordenamento jurídico brasileiro”, resultado na conclusão de que, uma vez tendo a lei dito que é líquido o que era ilíquido, “a Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente”.

E, por esse entendimento, o Tema 576 do Superior Tribunal de Justiça chancelou a postura do legislador, dispondo que

a Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial.

4.2.1.2.2.2 Transmissão fiduciária de créditos a performar

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a transmissão fiduciária pode recair sobre créditos a performar, o que constitui instrumento da mais alta autoexecutoriedade, pois permite que o titular fiduciário se pague com os créditos futuros, “satisfazendo-se com a importância assim obtida (aí a simplicidade de seu funcionamento). Evitada estará a morosa e incerta via judicial [...]”⁸⁰¹.

No caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, o devedor havia emitido cédula de crédito bancário em favor de instituição financeira e, ao mesmo tempo, transmitido fiduciariamente, por meio de pacto adjeto, duplicatas e direitos futuros. Por meio de tais

⁸⁰¹ SILVA, José Anchieta da. A (r)evolução das garantias e o processo de recuperação da empresa (a garantia real clássica e os contratos de garantia financeira). *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo: RT, v. VI, p. 1-21, 2017. p. 13 da versão digital.

negócios, as duplicatas ainda por emitir viriam a constituir garantia das obrigações assumidas pela devedora fiduciante. No instrumento negocial, tais títulos foram mencionados genericamente, acordando-se que só seriam discriminados posteriormente, em borderô eletrônico. E por essa ausência de discriminação dos títulos argumentou-se que o negócio fiduciário não teria se perfectibilizado, razão pela qual se sujeitaria aos efeitos de recuperação judicial.

Em primeira instância, decidiu-se que, não obstante o art. 1.362, IV, do Código Civil disponha que o instrumento de constituição da garantia fiduciária deva conter a descrição dos bens alienados fiduciariamente, não se poderia exigir prévia individualização de “créditos a performar”, sendo suficiente sua especificação em documentos complementares, por exemplo, o borderô⁸⁰².

Em segunda instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão, afirmando que, por disposição legal, a garantia fiduciária só se aperfeiçoaria com a descrição dos direitos cedidos⁸⁰³.

O Superior Tribunal de Justiça reformou o v. acórdão paulista, referendando o entendimento do Juízo de Primeira Instância⁸⁰⁴. O Ministro Marco Aurélio Bellizze afirmou, em resumo, que, em se tratando de garantia sobre créditos futuros, não seria sequer possível,

⁸⁰² Processo n. 0048912-34.2014.8.26.0100. Faz-se ver:

“1 Conforme determina o artigo 1.362, inciso IV do Código Civil, o instrumento de constituição de garantia fiduciária registrado em Cartório de Títulos e Documentos deve conter a descrição dos bens alienados fiduciariamente (duplicatas e/ou demais títulos de crédito).

2 Em se tratando de créditos que ainda não existem na data da constituição da garantia, claro que não se pode exigir previamente a descrição (valor, devedor, vencimento), sendo suficiente que documentos complementares ao contrato, os borderôs, descrevam os créditos, de forma a permitir a especificação da garantia.

3 No caso dos autos, o credor apresentou farta documentação (fls. 37/235), com o borderô eletrônico que contém a descrição das duplicatas cedidas, para garantia da obrigação assumida na cédula de crédito bancário em questão, já que não há qualquer outro instrumento de crédito conhecido.

4 Ora, se a cédula foi registrada e depois os borderôs relacionaram os créditos cedidos fiduciariamente, a exigência legal descrição do bem foi atendida.

5 Pelo exposto, acolho a impugnação para exclusão do crédito do banco, que não está sujeito à recuperação”.

⁸⁰³ “Pretensão do impugnante de excluir o crédito do qual é titular dos efeitos da recuperação judicial. Descabimento. Instrumentos contratuais relativos à garantia que, embora registrados perante cartório extrajudicial, deixaram de discriminar os direitos creditícios que seriam objeto da cessão fiduciária. Violação ao art. 18, IV, da Lei n. 9.514/97, aplicável à espécie por força do disposto no art. 66-B, § 4º, da Lei n. 4.728/65. Garantia fiduciária não constituída em termos formalmente adequados. Decisão de Primeiro Grau, que acolheu a impugnação de crédito, reformada” (TJSP, 2ª Câm. Res. Dir. Emp., Ag. Inst. n. 2050745-28.2015.8.26.0000, Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 18.05.2015).

⁸⁰⁴ STJ, 3ª Turma, REsp n. 1797196/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 09.04.2019.

do ponto de vista prático, que tais créditos (ainda inexistentes) fossem discriminados na cédula de crédito bancário. Sustentou que “a exigência de especificação do título representativo do crédito, como requisito formal à conformação do negócio fiduciário [...] cede a uma questão de ordem prática incontornável, [...] [porque,] por ocasião da realização da cessão fiduciária, afigura-se absolutamente possível que o título representativo do crédito cedido não tenha sido nem sequer emitido, a inviabilizar, desde logo, sua determinação no contrato”. Argumentou ainda que, nos créditos a performar, está-se diante de bem incorpóreo e fungível, e que, por isso, “sua identificação no respectivo contrato, naturalmente, referir-se-á à mensuração do valor constante da conta vinculada ou dos ‘recebíveis’, cedidos em garantia ao débito proveniente do mútuo bancário e representados por títulos de crédito”.

O entendimento está em consonância com o art. 31 da Lei n. 10.931/2004, segundo o qual a cédula de crédito bancário pode ser garantida por bem imaterial futuro e infungível, cuja natureza impede seja discriminado no momento da emissão da cédula de crédito. Por essa razão, admite-se que a transmissão fiduciária recaia sobre *créditos a performar*, sem necessidade de discriminação no pacto de constituição da garantia.

4.2.1.2.2.3 Trava bancária no período de *stay*

O art. 49, § 3º, primeira parte, da Lei n. 11.101/2005 dispõe que os créditos transmitidos fiduciariamente não se submetem aos efeitos da recuperação judicial. Por essa razão, à medida que são satisfeitos, na conta operada pelo titular fiduciário, os valores daí decorrentes podem ser retidos, para a satisfação do crédito, mesmo no caso de recuperação judicial. É o caso, por exemplo, dos pagamentos feitos para uma recuperanda por meio de depósito em conta operada por instituição que também figura como sua credora, na qualidade de titular fiduciária; assim que o dinheiro dá entrada na conta, a instituição retém, por meio da chamada “trava bancária”, os valores a que faz jus, até a liquidação da dívida, não se submetendo à recuperação judicial.

Como anota Luiz Rodrigues Wambier, “as importâncias eventualmente recebidas pelo credor fiduciário *devem ser necessariamente aplicadas na amortização da dívida*

garantida”⁸⁰⁵. Tal é possível, observam Marcelo Barbosa Sacramone e Fernanda Neves Piva, porque,

ao contrário dos negócios fiduciários sobre os demais bens, não há o desdobramento da posse, de modo que ela necessite ser retomada com o inadimplemento do devedor fiduciante. Quanto aos direitos cedidos, a posse é atribuída, tanto a direta, quanto a indireta, ao credor fiduciário, exceto convenção em contrário (art. 66-B, § 3º, da Lei 4.728/1965)⁸⁰⁶.

De acordo com a parte final do art. 49, § 3º, não se pode permitir, durante o período de suspensão referido pelo art. 6º, § 4º, “a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à atividade empresarial”. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que por “bens de capital” devem-se entender os que “estão sendo utilizados na atividade produtiva”, daí se excluindo os que não estejam na posse da empresa⁸⁰⁷. Uma vez, porém, que, na cessão fiduciária (assim como no endosso fiduciário), não só a propriedade (fiduciária) mas também a posse permanecem em mãos do credor, não se poderia tratar o pagamento à conta de crédito cedido fiduciariamente como “bem de capital”. Logo, a amortização, pelo titular fiduciário, é possível inclusive no período de *stay*, “afigurando-se de todo imprópria a intervenção judicial para esse propósito (liberação da trava bancária)”⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Negócio fiduciário e cessão fiduciária de créditos na falência e recuperação judicial de empresas. In: *Pareceres – Wambier*. São Paulo: RT, 2012. v. I. p. 13 da versão digital.

⁸⁰⁶ SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. Cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial, cit., p. 12 da versão digital.

⁸⁰⁷ STJ, 3ª Turma, REsp n. 1758746/GO, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 25.09.2018.

⁸⁰⁸ Esta a conclusão a que chegou o Superior Tribunal de Justiça no v. acórdão citado, cujos fundamentos são os seguintes. Cita-se: “1. A Lei n. 11.101/2005, embora tenha excluído expressamente dos efeitos da recuperação judicial o crédito de titular da posição de proprietário fiduciário de bens imóveis ou móveis, acentuou que os ‘bens de capital’, objeto de garantia fiduciária, essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial, permaneceriam na posse da recuperanda durante o *stay period*. 1.1 A conceituação de ‘bem de capital’, referido na parte final do § 3º do art. 49 da LRF, inclusive como pressuposto lógico ao subsequente juízo de essencialidade, há de ser objetiva. Para esse propósito, deve-se inferir, de modo objetivo, a abrangência do termo ‘bem de capital’, conferindo-se-lhe interpretação sistemática que, a um só tempo, atenda aos ditames da lei de regência e não descaracterize ou esvazie a garantia fiduciária que recai sobre o ‘bem de capital’, que se encontra provisoriamente na posse da recuperanda. 2. De seu teor infere-se que o bem, para se caracterizar como bem de capital, deve utilizado no processo produtivo da empresa, já que necessário ao exercício da atividade econômica exercida pelo empresário. Constata-se, ainda, que o bem, para tal categorização, há de se encontrar na posse da recuperanda, porquanto, como visto, utilizado em seu processo produtivo. Do contrário, aliás, afigurar-se-ia de todo impróprio – e na lei não há dizeres inúteis – falar em ‘retenção’ ou ‘proibição de retirada’. Por fim, ainda para efeito de identificação do ‘bem de capital’ referido no preceito legal, não se pode atribuir tal qualidade a um bem, cuja utilização signifique o próprio esvaziamento da garantia fiduciária. Isso porque, ao final do *stay period*, o bem deverá ser restituído ao proprietário, o credor fiduciário. 3. A partir da própria natureza do direito creditício sobre o qual recai a garantia fiduciária – bem incorpóreo e fungível, por excelência –, não há como compreendê-lo como bem de capital, utilizado materialmente no processo produtivo da empresa.

4.2.1.3 Alienação fiduciária de bem móvel infungível no regime da Lei n. 4.728/65 e do Decreto-lei n. 911/69

4.2.1.3.1 Parênteses

Pode parecer, a uma primeira vista, que a busca do bem móvel infungível, na alienação fiduciária, não ocorre de maneira autoexecutável. Mas se demonstrará que o Poder Judiciário desempenha, neste caso, papel meramente simbólico. Por ora, anote-se que, de 991 ações analisadas por esta tese, apenas 5 tiveram julgamento de mérito contrário a bancos.

4.2.1.3.2 Origem e âmbito de aplicação

Visando a desenvolver o mercado de capitais, o art. 66 da Lei n. 4.728/65 regulou a alienação fiduciária em garantia, dispondo que, em caso de inadimplemento, o proprietário pode vender a coisa e aplicar o produto no pagamento do crédito (§ 5º). No entanto, a lei não tratou do instrumento processual para a tomada da posse, prevendo apenas que “o proprietário fiduciário, ou aquele que comprar a coisa, poderá reivindicá-la do devedor ou de terceiros, no caso do § 5º deste artigo” (§ 8º), vedado que fique com ela em caso de inadimplemento (§ 7º). Coube ao art. 3º, *caput*, do Decreto-lei n. 911/69 estabelecer que “o proprietário fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e

4. Por meio da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito (em que se transfere a propriedade resolúvel do direito creditício, representado, no último caso, pelo título – bem móvel incorpóreo e fungível, por natureza), o devedor fiduciante, a partir da contratação, cede ‘seus recebíveis’ à instituição financeira (credor fiduciário), como garantia ao mútuo bancário, que, inclusive, poderá apoderar-se diretamente do crédito ou receber o correlato pagamento diretamente do terceiro (devedor do devedor fiduciante). Nesse contexto, como se constata, o crédito, cedido fiduciariamente, nem sequer se encontra na posse da recuperanda, afigurando-se de todo imprópria a intervenção judicial para esse propósito (liberação da trava bancária).

5. A exigência legal de restituição do bem ao credor fiduciário, ao final do *stay period*, encontrar-se-ia absolutamente frustrada, caso se pudesse conceber o crédito, cedido fiduciariamente, como sendo ‘bem de capital’. Isso porque a utilização do crédito garantido fiduciariamente, independentemente da finalidade (angariar fundos, pagamento de despesas, pagamento de credores submetidos ou não à recuperação judicial, etc.), além de desvirtuar a própria finalidade dos ‘bens de capital’, fulmina por completo a própria garantia fiduciária, chancelando, em última análise, a burla ao comando legal que, de modo expresso, exclui o credor, titular da propriedade fiduciária, dos efeitos da recuperação judicial.

6. Para efeito de aplicação do § 3º do art. 49, ‘bem de capital’, ali referido, há de ser compreendido como o bem, utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda, cujas características essenciais são: bem corpóreo (móvel ou imóvel), que se encontra na posse direta do devedor, e, sobretudo, que não seja perecível nem consumível, de modo que possa ser entregue ao titular da propriedade fiduciária, caso persista a inadimplência, ao final do *stay period*. 6.1 A partir de tal conceituação, pode-se concluir, *in casu*, não se estar diante de bem de capital, circunstância que, por expressa disposição legal, não autoriza o Juízo da recuperação judicial obstar que o credor fiduciário satisfaça seu crédito diretamente com os devedores da recuperanda, no caso, por meio da denominada trava bancária [...].”

apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor” (redação primitiva). Na redação atual do dispositivo, dada pela Lei n. 13.043/2014, dispõe-se que

o proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.

Tal procedimento nasce vocacionado a estimular a circulação institucionalizada do crédito. Como anotam Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, a disciplina da alienação fiduciária, “inaugurada no âmbito específico da Lei de Mercado de Capitais, dos idos de 1965, visava instrumentalizar um inusitado ônus *dominial*, [...] no modelo desenvolvimentista da época, pelas instituições integrantes do sistema financeiro e do mercado de capitais”⁸⁰⁹. Por isso, é assente na jurisprudência que “o procedimento judicial de busca e apreensão previsto no Decreto-Lei n. 911/1969 [...] é instrumento exclusivo das instituições financeiras *lato sensu* [...]”⁸¹⁰. Para além delas, o Decreto-lei n. 911/69 estende o procedimento somente às pessoas jurídicas de direito público titulares de créditos fiscais ou previdenciários (art. 8º-A).

O Código Civil previu indistintamente que toda pessoa, física ou jurídica, por meio de contrato escrito (art. 1.362), pode receber em garantia fiduciária a propriedade resolúvel de bem móvel infungível (art. 1.361). Vencida a dívida e não paga, o credor fica obrigado a vender judicial ou extrajudicialmente o bem, aplicando o produto no pagamento do crédito e das despesas de cobrança (art. 1.364). Não prevê, porém, por qual meio se dá a retomada do bem. Dada a lacuna, passou-se a cogitar da aplicação do regime do Decreto-lei n. 911/69 à propriedade fiduciária do Código Civil. No entanto, para além da superveniência do art. 8º-A, firmou-se, na jurisprudência, o entendimento de que o decreto-lei tem escopo muito específico, não podendo ser estendido para relações entre particulares. É restrito, pois, o âmbito de aplicação do Decreto-lei n. 911/69⁸¹¹.

⁸⁰⁹ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*. São Paulo: RT, 2007. p. 41.

⁸¹⁰ STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n. 1478452/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.10.2019.

⁸¹¹ *Vide*, por exemplo: “O Decreto-Lei n. 911/1969 [...] instituiu a tutela jurisdicional atinente às relações intersubjetivas decorrentes da criação do novel negócio jurídico, mormente ante o objetivo constante da exposição de motivos, qual seja: ‘dar maiores garantias às operações feitas pelas financeiras, assegurando o andamento rápido dos processos, sem prejuízo da defesa, em ação própria, dos legítimos interesses dos devedores’.

4.2.1.3.3 Registro

O art. 1º do Decreto-lei n. 911/69, alterado pela Lei n. 10.931/2004, conferiu ao art. 66, *caput*, da Lei n. 4.728/65 redação segundo a qual a alienação fiduciária em garantia “transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse direta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto [...]”. O pacto para constituição da garantia deve ser firmado por escrito público ou particular no qual se descreva a dívida, o objeto da alienação, o local e a data do pagamento e os encargos incidentes sobre o débito. A garantia, porém, independe do registro, que se presta apenas a conferir efeitos contra terceiros (art. 66, § 1º, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”).

Com o advento do art. 1.365 do Código Civil, sustentou-se que a garantia fiduciária só se constituiria com o registro do contrato, tendo em vista que, no dispositivo, mencionava-se que a propriedade fiduciária nasce “com o registro do contrato”. A questão, entretanto, foi superada com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 611639/RJ, do qual se extraiu o Tema 349 do Supremo Tribunal Federal⁸¹². Em voto-vista, observou o Ministro Teori Zavascki que, se a transferência da propriedade plena de móveis não exige registro, não teria cabimento impor esse requisito à constituição da propriedade resolúvel⁸¹³.

Na alienação fiduciária de bem móvel, observam Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, o registro se reveste “do caráter informativo”⁸¹⁴. Presta-se apenas a fazer prova contra terceiros. No caso dos bens móveis em geral, tal registro pode ser realizado no

[...]

A medida de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei n. 911/1969 não se confunde com a cautelar contemplada no Código de Processo Civil, não apenas por ter o escopo exclusivo de apreender o bem objeto do contrato, como também por não prescindir de justificação prévia, carecendo tão somente da comprovação da mora do devedor para obtenção da liminar” (STJ, 4ª Turma, REsp n. 1101375/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.06.2013).

⁸¹² “É constitucional o § 1º do artigo 1.361 do Código Civil no que revela a possibilidade de ter-se como constituída a propriedade fiduciária de veículos com o registro do contrato na repartição competente para o licenciamento do bem. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão.”

⁸¹³ “Realmente, se a alienação fiduciária, que importa propriedade resolúvel, dependesse de registro, com igual ou maior razão deveria ser registrada a propriedade definitiva. E mais: não só os veículos automotores, mas, também, outras espécies de veículos deveriam ser objeto de registro para constituir ou transmitir tanto a resolúvel quanto a definitiva, e aí vamos falar em bicicleta, em veículos de tração animal. E mais: de bens domésticos, de geladeiras, de televisores. Se os direitos reais sobre bens móveis dependessem de registro, também a alienação desses bens todos deveria ser registrada para haver alienação, quando, sabemos todos, pelo Código Civil, a propriedade deles se transfere pela tradição”.

⁸¹⁴ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico*, cit., p. 72.

Registro de Títulos e Documentos, e, no caso específico de veículos, no órgão competente para seu licenciamento.

4.2.1.3.4 Processo de consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário

Comprovada a mora, o credor fiduciário pode vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública ou qualquer medida judicial ou extrajudicial, aplicando o produto no pagamento do crédito e das despesas de cobrança e entregando ao devedor fiduciante o saldo apurado (arts. 66, § 4º, da Lei n. 4.728/65 e 2º, *caput*, do Decreto-lei n.911/69). Tal crédito compreende não apenas as parcelas vencidas mas também as vincendas (art. 2º, § 3º, do Decreto-lei n. 911/69), além de juros e comissões, taxas, cláusula penal e correção monetária (art. 2º, *caput*, do Decreto-lei n. 911/69).

Ainda que a mora decorra do simples vencimento (art. 2º, § 2º, primeira parte, do Decreto-lei n. 911/69), o credor fiduciário deve comprová-la por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura do AR seja feita pelo próprio destinatário (art. 2º, § 2º, segunda parte, do Decreto-lei n. 911/69). A carta pode ser enviada ao endereço constante do contrato, mesmo que não seja o do domicílio do devedor fiduciante, tendo em vista que, por dever de boa-fé objetiva, cabe-lhe manter seu endereço atualizado⁸¹⁵.

Comprovada a mora, por sua vez, o credor fiduciário requer, contra o devedor ou terceiro, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, que é deferida, inclusive em plantão judiciário, sem necessidade de outros requisitos (art. 3º, *caput*, do Decreto-lei n. 911/69) ou de ajuizamento de procedimento posterior (art. 3º, § 8º, do Decreto-lei n. 911/69). Ao devedor fiduciante, a princípio, cabe apenas render-se à execução da liminar.

Transcorridos cinco dias da execução da liminar, consolidam-se a propriedade e a posse do bem no patrimônio do devedor fiduciante (art. 3º, § 1º, do Decreto-lei n. 911/69).

⁸¹⁵ Nesse sentido, cita-se: “A moderna doutrina, ao adotar a concepção do vínculo obrigacional como relação dinâmica, revela o reconhecimento de deveres secundários, ou anexos, que incidem de forma direta nas relações obrigacionais, prescindindo da manifestação de vontade dos participantes e impondo ao devedor, até que ocorra a extinção da obrigação do contrato garantido por alienação fiduciária, o dever de manter seu endereço atualizado [...]” (STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n. 1771864/SE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 30.05.2019).

Esses cinco dias são contados em dias corridos, tendo em vista que se trata de prazo de direito material⁸¹⁶.

4.2.1.3.5 Impossibilidade de pagamento da dívida em aberto para se evitar a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário. Desacerto da interpretação

Pelo entendimento jurisprudencial atual, o devedor fiduciante não pode evitar a perda da posse pagando apenas a dívida *em aberto*. Para o Superior Tribunal de Justiça, o art. 3º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/69, na redação dada pela Lei n. 10.931/2004, impõe que, nos cinco dias posteriores à execução da liminar, o devedor fiduciante pague o montante *integral*, quitando antecipadamente a obrigação – que, a princípio, viria a cumprir a prazo.

No Tema 722 do Superior Tribunal de Justiça, cuja origem remete ao Recurso Especial n. 1418593/MS⁸¹⁷, firmou-se entendimento de que “compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida [...]”. No entanto, tal conclusão não resiste a interpretações histórica e teleológica do art. 3º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/69⁸¹⁸.

Durante as discussões do Projeto de Lei n. 3.065/2004, apensado ao Projeto de Lei n. 2.109/99, concluiu-se deva ser dada oportunidade de purga da mora ao devedor fiduciante. O Relator, Deputado Ricardo Izar, observou que o processo de venda precisa ser ágil, a fim de evitar a existência de “uma numerosa frota de automóveis ociosos e em processo de deterioração”. Cuidou de ressaltar, porém, que a alteração deveria ocorrer “sem prejuízo ao

⁸¹⁶ Nesse sentido, cita-se: “Como o pedido da ação de busca e apreensão é (i) reipersecutório e (ii) declaratório da consolidação da propriedade (seja pela procedência, seja pela perda de objeto), o pagamento da integralidade da dívida, previsto no art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei 911/69 é ato jurídico não processual, pois não se relaciona a ato que deve ser praticado no, em razão do ou para o processo, haja vista não interferir na relação processual ou mesmo na sucessão de fases do procedimento da ação de busca e apreensão. O prazo para pagamento art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei 911/69 deve ser considerado de direito material, não se sujeitando, assim, à contagem em dias úteis, prevista no art. 219, *caput*, do CPC/15. [...] O pedido reipersecutório da ação de busca e apreensão deve ser, pois, julgado procedente, em razão da consolidação da propriedade no nome da credora recorrente, ocorrida na citada data em que o prazo para pagamento veio a termo, sem a prática do ato de direito material correspondente” (STJ, 3ª Turma, REsp n. 1770863/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi. 09.06.2020).

⁸¹⁷ STJ, 2ª Seção, REsp n. 1418593/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.05.2014.

⁸¹⁸ Embora tenha aderido à tese vencedora para fins de uniformização de jurisprudência, o Ministro Marcos Buzzi fez consignar que a solução fere os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, “porquanto tal interpretação não se coaduna com o ânimo do ordenamento jurídico pátrio, o qual acolheu o estatuto consumerista, que é voltado ao amparo da parte mais vulnerável da relação material [...]”. Ponderou que, ao não possibilitar o pagamento da dívida em aberto, a jurisprudência acaba impedindo que o devedor prossiga com o contrato, em ofensa ao princípio da conservação dos negócios jurídicos.

mutuário, inclusive propiciando-lhe forma mais célere de quitação de sua dívida”⁸¹⁹. No avançar do processo legislativo, o Relator ainda se manifestou sobre as emendas de n. 30 e 52, que tratavam justamente da purga da mora.

Na emenda n. 30, o então Líder do PTB, Deputado José Múcio Monteiro, afirmara que a necessidade de comprovação da mora deveria vir “em benefício do devedor”, constituindo “a última oportunidade deste resgatar a dívida e evitar a venda do bem alienado diretamente pelo credor fiduciário”. A emenda n. 52 teve o mesmo objetivo. Por sua vez, o Relator as acatou no relatório final, à vista dos “legítimos argumentos de seus autores na defesa dos direitos do consumidor, evitando que o devedor possa ser sumariamente expropriado de seus bens”.

Ou seja, o legislador enfrentou diretamente a questão e concluiu que é possível a purga da mora, a fim de que o devedor não seja “sumariamente expropriado de seus bens”.

A intenção do legislador pode não ter ficado clara porque, na mesma oportunidade, da aprovação das emendas de n. 30 e 52, o Relator fez consignar que “alteramos o disciplinado no art. 3º desse dispositivo [...] [e] excluímos, no § 2º, a expressão ‘que já tiver pago quarenta por cento do valor financiado’”. Essa limitação não é mais necessária, pois *se*

⁸¹⁹ Entende-se pertinente citar o trecho do voto em que o Relator do Projeto de Lei n. 2.109/99 trata do procedimento de consolidação da propriedade fiduciária, a fim de que a análise histórica fique devidamente documentada. Faz-se ver, pois: “Quanto à alienação fiduciária de bens móveis, notadamente de veículos automotores, o projeto sob comento [Projeto de Lei n. 3.065/2004] propõe alterações ao Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969. Essas modificações são justificadas pela constatação da dificuldade de se concretizar a venda após a retomada do bem em posse do mutuário inadimplente. No regime de alienação fiduciária, enquanto o credor é o proprietário do bem desde a concessão do crédito até seu pagamento integral, o mutuário, no período de vigência do crédito, mantém a posse direta do bem, assim como seu usufruto, sendo que a transferência em definitivo da propriedade ao mutuário só ocorre com o pagamento integral do crédito concedido.

Na hipótese de inadimplência do mutuário, a legislação em vigor já permite ao credor ou proprietário fiduciário a retomada do bem e sua venda. Porém, a despeito desse dispositivo vir sendo cumprido para os bens móveis em geral, o mesmo não acontece para os veículos automotores. Estes, embora retomados, não estão podendo ser revendidos pelos respectivos credores fiduciários, pois a transferência do registro nas repartições de trânsito competentes vem sendo negada. Entre outras conseqüências, existe hoje uma numerosa frota de automóveis ociosos e em processo de deterioração, situação economicamente indesejável e ineficiente, configurando total desperdício de recursos.

Em função disso, conforme o autor, são propostas alterações ao Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, objetivando agilizar a venda do bem retomado, sem prejuízo ao mutuário, inclusive propiciando-lhe forma mais célere de quitação de sua dívida. Ademais, prevenindo a possibilidade de abusos por parte do credor fiduciário, a proposição estabelece pesada multa para irregularidades praticadas pela instituição credora na venda do bem alienado fiduciariamente, sem prejuízo de ação de perdas e danos futura. Em resumo, ao mutuário fica garantido o direito de receber o equivalente monetário do bem indevidamente alienado, e, também, a compensação por qualquer dano que uma irregular venda, pelo credor fiduciário, do bem possa lhe ter provocado”.

trata de pagamento e não mais de purgação de mora” (destaque não constante do original). Contudo, o “pagamento” a que se referiu havia sido mencionado no voto primitivo em contexto muito específico. Na ocasião, o Relator argumentava que “a transferência em definitivo da propriedade ao mutuário só ocorre com o pagamento integral do crédito concedido”. Tratava do direito do devedor fiduciante de adquirir a propriedade, e não da expectativa do credor fiduciário de ver quitada antecipadamente a dívida, como alternativa à consolidação da propriedade.

Vale ressaltar, além disso, que a ponderação foi lançada na mesma oportunidade em que afirmara que o novo dispositivo viria para “agilizar a venda do bem retomado, sem prejuízo ao mutuário”, a fim de evitar que a demora do procedimento acabasse por criar “uma frota de automóveis ociosos e em processo de deterioração”. Por sua vez, em se permitindo que o bem permaneça na posse do mutuário, pelo pagamento da dívida “em aberto”, evita-se que o veículo fique “ocioso e em processo de deterioração”.

Sob essa perspectiva é que deve ser interpretada a frase “pagar a integralidade da dívida pendente”. O contexto em que se desenrolou o Projeto de Lei n. 2.109/99 indica que a palavra “pagamento” (na frase segundo a qual a norma teria passado a tratar “de pagamento” e não mais de “purgação de mora”) referiu-se não à necessidade de pagar “o total da dívida financiada” mas de possibilitar que, depois de notificado, o devedor fiduciante pague a dívida pendente “em aberto”.

A menção a “pagamento” teve pertinência, pois, como anotam Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, “não é a *mora* de dívida vencida e não paga que eclode a alternativa de consolidação, mas sim o *inadimplemento*, que é a *mora* em que tenha sido constituído o devedor [...]”⁸²⁰. Uma vez existente não só “mora” mas “a comprovação da mora”, não se haveria de falar, então, “da mora já não purgada”. Por isso ter-se afirmado, no novo texto, que o devedor fiduciante deveria “pagar” e não “purgar”. Não se pretendeu, porém, impedir que pague a dívida “em aberto”.

Não está correta, portanto, a afirmação, constante do voto do Relator do Recurso Especial n. 1418593/MS, de que “o texto atual do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei

⁸²⁰ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico*, cit., p. 161.

n. 911/1969 é de clareza solar no tocante à necessidade de quitação de todo o débito, inclusive as prestações vincendas”⁸²¹. Em primeiro lugar, o texto não é claro. Em segundo, interpretações histórica e teleológica demonstram que o que há no art. 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei n. 911/69 deve ser lido de outra forma.

4.2.1.3.6 Meios de defesa do devedor fiduciante

De acordo com o art. 3º, § 3º, do Decreto-lei n. 911/69, o devedor fiduciante apresentará resposta 15 dias depois da execução da liminar – e pode, na defesa, requerer a declaração de nulidade de cláusulas contratuais⁸²². A essa altura, no entanto, a propriedade já terá se consolidado em mãos do credor fiduciário, tendo em vista que, por disposição do art. 3º, § 1º, tal efeito se verifica em apenas cinco dias da execução da liminar – antes, portanto, do prazo de 15 dias⁸²³.

⁸²¹ Tal conclusão se respaldou em uma presumida intenção que o legislador não teve. Está demonstrado que não teve. Contudo, afirmou o Relator: “Realizando o cotejo entre a redação originária e a atual, fica límpido que a Lei não faculta mais ao devedor a purgação de mora, expressão inclusive suprimida das disposições atuais, não se extraindo do texto legal a interpretação de que é possível o pagamento apenas da dívida vencida.

Dessarte, a redação vigente do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, segundo entendo, não apenas estabelece que o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, como dispõe que, nessa hipótese, o bem será restituído livre do ônus – não havendo, pois, margem à dúvida acerca de se tratar de pagamento de toda a dívida, isto é, de extinção da obrigação, relativa à relação jurídica de direito material (contratual).

[...]

Dessarte, não se pode presumir a imprevidência do legislador que, democraticamente eleito, em matéria de competência do Poder Legislativo, presumivelmente sopesando as implicações sociais, jurídicas e econômicas da modificação do ordenamento jurídico, vedou, para alienação fiduciária de bem móvel, a purga da mora, sendo, pois, matéria insuscetível ao controle jurisdicional (infraconstitucional).

[...]

Com efeito, embora respeitando o entendimento contrário, penso que, sob pena de se criar insegurança jurídica e violação ao princípio da tripartição dos poderes, não cabe ao Judiciário, a pretexto de interpretar a norma, terminar por, mediante engenhosa construção, criar hipótese de purgação da mora não contemplada pela Lei.

[...]

Dessarte, é inegável que, com a vigência da Lei n. 10.931/2004, o art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei 911/1969, para os casos de alienação fiduciária envolvendo bem móvel, é mitigado o princípio da conservação dos contratos consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pelo afastamento, para esta relação contratual, do art. 401 do CC”.

⁸²² Nesse sentido, confira-se: “Diante do caráter dúplice, admite-se a arguição de ilegalidade dos encargos contratuais como matéria de defesa na ação de busca e apreensão, com o objetivo de investigar a existência da mora, que é requisito essencial da possessória. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento [...]” (STJ, 4ª Turma, AgRg no AgRg no Ag n. 1209799/GO, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 12.11.2013).

⁸²³ Exercida nos termos e prazos do Decreto-lei n. 911/69, a defesa acaba tendo por finalidade apenas buscar a condenação do credor fiduciário ao pagamento da multa prevista no § 6º, de 50% do valor originalmente financiado, mais as perdas e danos referidas no § 7º, para o caso de improcedência da ação de busca e apreensão.

Contudo, as consequências do inadimplemento são tão duras, para o devedor fiduciante, que este, na prática, ao invés de apenas se defender, procura se antecipar ao ajuizamento da ação de busca e apreensão. E isso se justifica porque, de acordo com o que se assentou no Tema 28 do Superior Tribunal de Justiça, “o reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora”⁸²⁴. Como o deferimento de liminar de busca e apreensão demanda a comprovação da mora, o reconhecimento tempestivo da abusividade de encargos referentes ao pedido de normalidade impede o deferimento da medida. Daí ter se tornado corrente o ajuizamento de ações revisionais, por parte dos devedores fiduciantes. Tais ações, porém, por si sós, não inibem a caracterização da mora⁸²⁵.

Por outro lado, como a abusividade de cláusulas contratuais constitui hipótese de nulidade, também o juiz deveria poder reconhecê-las, de ofício, independentemente do ajuizamento de ação revisional. De acordo com o Tema 36 do Superior Tribunal de Justiça, porém, “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. O enunciado nega eficácia ao art. 168, parágrafo único, do Código Civil e fere o princípio da isonomia, na medida em que confere tratamento diferenciado a instituições financeiras, impedindo que a nulidade dos contratos bancários (e apenas dos contratos bancários) seja conhecida de ofício.

4.2.1.3.7 Comparação entre sistemas estrangeiros e a alienação fiduciária de bem móvel infungível no regime da Lei n. 4.728/65 e do Decreto-lei n. 911/69

Da maneira como acabou operacionalizada, a alienação fiduciária de bem móvel infungível, no regime da Lei n. 4.728/65 e do Decreto-lei n. 911/69, acabou mais severa, ao devedor, que os sistemas da *common law*.

⁸²⁴ STJ, 2ª Seção, REsp n. 1061530/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2008.

⁸²⁵ A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça fixou o Tema 29, segundo o qual “a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor”. E não foi sem razão, tendo em vista que, de acordo com o art. 3º, § 8º, do Decreto-lei n. 911/69 “a busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior”. Tampouco acolhe, o Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de que a busca e apreensão seja obstada pela alegação de “adimplemento substancial”. Conforme divulgado no Informativo de Jurisprudência 599/STJ, “não se aplica a teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo Decreto-Lei 911/69” (STJ, 2ª Seção, REsp n. 1622555/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 22.02.2017).

Ao decidir que o art. 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei n. 911/69 não permitiria o “pagamento da dívida em aberto”, o Superior Tribunal de Justiça emprestou à garantia fiduciária de bem móvel infungível rigor que não lhe confere sequer o sistema estadunidense, cujos precedentes reconhecem, a princípio, o direito de o devedor evitar a retomada pelo pagamento do valor em atraso.

No que poderia parecer uma vantagem do sistema brasileiro (proibição do pacto comissório), a teoria cede à prática. Não obstante o art. 66, § 6º, da Lei n. 4.728/65 proíba que o credor fiduciário tome o bem em satisfação do crédito, as partes dificilmente saem no zero a zero. Os juros escorchantes praticados pelas instituições financeiras quase sempre lhes garantem a retomada do bem mais o direito de cobrar pelo remanescente da dívida, pelo qual o devedor fiduciante permanece pessoalmente obrigado, nos termos do art. 66, § 5º, da Lei n. 4.728/65. O consumidor brasileiro é submetido, na prática, a algo muito mais gravoso que o pacto comissório.

4.2.1.3.8 Vejam-se os números

É possível demonstrar em números que o ajuizamento da ação de busca e apreensão, no regime da Lei n. 4.728/65 e do Decreto-lei n. 911/69, é algo meramente protocolar.

A título ilustrativo, analisaram-se todas as ações de busca e apreensão distribuídas à Comarca de Jundiaí/SP no ano de 2017. A pesquisa foi realizada em meados de junho de 2020. Essa foi a Comarca escolhida porque, embora interiorana, é próxima de São Paulo, e por isso reúne características tanto da capital como do interior do Estado. O ano escolhido foi o de 2017 porque, de 2018 em diante, a maioria das ações estava ainda em curso ao tempo da pesquisa.

Optou-se por analisar todas as ações distribuídas a referida Comarca, no referido ano, e não apenas parte delas, para evitar distorções que poderiam ocorrer com amostragem menor que 100%. Exceção foi feita a 73 ações que correram em segredo de justiça, 1 cuja distribuição foi cancelada e 4 que foram redistribuídas a outras localidades. Serviram de base à pesquisa, assim, 991 ações.

As 991 ações foram dispostas na planilha constante do Anexo 1. Elaborada a planilha, foram analisados os dados obtidos com a pesquisa. Essa análise teve como objetivo verificar se, na prática, a jurisdição era realmente necessária à efetividade da garantia conferida pela alienação fiduciária de bens móveis ou se o Poder Judiciário não poderia ter tido atuação subsidiária, intervindo apenas *a posteriori*. E a conclusão foi a de que, na imensa maioria dos casos, se a retomada tivesse ocorrido sem o auxílio do Poder Judiciário, o devedor não teria oposto resistência.

Os números demonstraram que, nessas ações, o Poder Judiciário serve apenas para instrumentalizar o interesse dos credores. No entanto, o Poder Judiciário não tem essa finalidade nem possui estrutura para tal demanda. É necessário, portanto, que se proceda a alterações legislativas que operem uma inversão da lógica de tais ações, resguardando o Poder Judiciário apenas para intervenções *a posteriori*.

Das 991 ações analisadas, apenas 121 (12,2%) foram contestadas, 147 (14,8%) acabaram em acordo, 580 (58,52%) terminaram por desistência e apenas 126 (12,7%) receberam sentença de procedência (96%) ou improcedência (4%). Destas, o número de procedências (121) foi 24,2 vezes maior que o de improcedências (5). Ou seja, não houve resistência à pretensão em 87,8% dos casos (121 de 991) e, nos que houve, o devedor foi efetivamente beneficiado, com sentença de mérito favorável, em apenas 4,13% deles (5 em 121), o que corresponde a 0,55% do total de ações (5 em 991).

4.2.1.4 Alienação fiduciária de bem fungível

Tradicionalmente, a alienação de bem fungível é tomada como algo incompatível com o instituto. Melhim Namem Chalhub, por exemplo, mesmo na edição mais recente de sua obra, posterior à Lei n. 10.931/2004, anota que os bens fungíveis não poderiam ser alienados fiduciariamente em garantia, pois é “considerada da essência desse negócio a obrigação de restituir a própria coisa, que só pode ser satisfeita se ela for conservada e não substituída”⁸²⁶. Não obstante, o negócio acabou consagrado como uma ficção jurídica pela

⁸²⁶ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2019. Item 204 da versão *e-book*, consultada na biblioteca digital da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Lei n. 4.728/65, em cujo art. 66-B, § 3º, dispõe-se que “é admitida a alienação fiduciária de coisa fungível”.

Durante a tramitação do Projeto de Lei n. 2.109/1999, que resultou na atual redação do art. 66-B, § 3º, da Lei n. 4.728/65, dada pela Lei n. 10.931/2004, o Deputado Moreira Franco apresentou emenda contrária ao dispositivo⁸²⁷, argumentando que “a fungibilidade é absolutamente incompatível com a natureza da alienação fiduciária”, porque, “se a coisa é fungível, como será devolvida ao devedor, uma vez resolvida a propriedade fiduciária que existia sobre ela?”. Concluiu, assim, que, “sendo essa a natureza da alienação fiduciária, não se pode admitir que a propriedade fiduciária possa recair sobre coisas fungíveis [nem] sobre coisas cuja existência termina com o primeiro uso ou cuja destinação é serem comercializadas”.

Contudo, a viabilidade de negócios do gênero é reconhecida há tempos pelo Direito brasileiro, ainda que com finalidade diferente daquela da propriedade fiduciária. Por exemplo, o art. 645 do Código Civil permite que o depósito recaia sobre bens fungíveis, obrigando o depositário a restituir “objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade”. Mesma disposição constava do art. 1.280 do Código Civil de 1916. Também aqui, como na alienação fiduciária em garantia, seria essencial ao negócio a devolução da própria coisa, o que não poderia ocorrer com os bens fungíveis. Não obstante, o depósito sobre bens fungíveis é tradicionalmente admitido pelo direito brasileiro, que lhe confere o regime jurídico do mútuo.

Mais remotamente, o Decreto n. 1.102/1903 já dispunha que “nos armazéns gerais podem ser recebidas mercadorias da mesma natureza e qualidade, pertencentes a diversos donos, guardando-se misturadas” (art. 12, *caput*), observando-se que, nesse depósito, “o armazém geral não é obrigado a restituir a própria mercadoria recebida, mas pode entregar mercadorias da mesma qualidade” (art. 12, § 1º, item 1º). A partir desse depósito, a pedido do depositante, o armazém geral emite “dois títulos unidos, mas separáveis à vontade, denominados – ‘conhecimento de depósito’ e ‘warrant’” (art. 15), conferindo “ao cessionário [dos títulos unidos] o direito de livre disposição da mercadoria depositada”, ao do “‘warrant’ separado do conhecimento de depósito o direito de penhor sobre a mesma

⁸²⁷ Emenda n. 21.

mercadoria, e [ao] do conhecimento de depósito [não unido ao ‘warrant’] a faculdade de dispor da mercadoria, salvo os direitos do credor, portador do ‘warrant’” (art. 18, § 2º).

Ainda que não denominado como “credor fiduciário”, o portador do *warrant* é contemplado pelo Decreto n. 1.102/1903 com direitos análogos. Quando não pago no dia do vencimento, protesta o devedor e depois faz vender em leilão, “por intermédio do corretor ou leiloeiro, que escolher, as mercadorias especificadas no título, independentes de formalidades judiciais” (art. 23, *caput* e § 1º). O armazém geral, por sua vez, tem “direito de retenção para garantia do pagamento das armazenagens e despesas com a conservação e com as operações [etc.]”, o qual “pode ser oposto à massa falida do devedor” (art. 14). O sistema se aplica, ainda atualmente, para as hipóteses em que o armazenamento não recaia sobre os produtos discriminados no art. 1º, § 1º, da Lei n. 11.076/2004 (art. 46 da Lei n. 11.076/2004).

Encontra-se jurisprudência isolada permitindo que a alienação fiduciária de bem fungível possa ser entabulada por pessoa não especificada na Lei n. 4.728/65. No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, decidiu-se que seria irrelevante, para legitimação do negócio, ser a credora instituição financeira. Em agravo de instrumento no qual se tratava do armazenamento de produtos alimentícios, afirmou-se que “a jurisprudência, de há muito já está consolidada no sentido de permitir que pessoa que não as instituições financeiras tenham crédito resguardado por ônus real composto de alienação fiduciária em garantia”, e, ainda, que seria “irrelevante que se trate de bens fungíveis, porque a mesma Lei 10.931 é hoje também explícita sobre essa faculdade”. Por isso haveria uma tendência de generalização da garantia fiduciária sobre bens fungíveis, “à vista da não disposição expressa em sentido contrário pelo novo Código Civil, ao que se deve no mínimo emprestar interpretação extensiva”⁸²⁸.

O Superior Tribunal de Justiça, porém, tem caminhado firmemente em sentido oposto, de que “o regime jurídico especial [...] que trata da propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis [...] [é] restrito [...] à pessoa jurídica instituição financeira”⁸²⁹. Também a doutrina, de que é exemplo Melhim Namem Chalhub, para quem

⁸²⁸ TJSP, 25ª Câ. Dir. Priv., Ag; Inst. n. 1254301-0/8, Rel. Des. Sebastião Flávio, j. 12.05.2009.

⁸²⁹ STJ, 3ª Turma, REsp n. 1833824/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.05.2020.

“a constituição de propriedade fiduciária sobre coisa fungível é admitida em caráter excepcional, apenas em garantia de créditos constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais”⁸³⁰.

Não obstante a restrição legal, consagrada por doutrina e jurisprudência majoritárias, a entrega de bens fungíveis em garantia é habitual, como se dá, por exemplo, com a caução em dinheiro, de que se tratará adiante, ao se abordar o “penhor irregular”. No entanto, tais negócios não são regulamentados como fiduciários, o que desguarnece o credor e lhe retira a benesse da extraconcursalidade, submetendo-o a regime informal e pior que o das instituições financeiras, em caso de recuperação judicial do devedor. É disparidade que não se justifica.

4.2.1.5 Alienação fiduciária de bem móvel infungível no regime do Código Civil

Com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.931/2004, a propriedade fiduciária do Código Civil foi relegada a regime subsidiário e supletivo, “somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial” (art. 1.368-A). Como anotam Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, o Código Civil, em matéria fiduciária, “é apenas norma subsidiária das respectivas leis especiais, porque submetida a uma regra auto-restritiva [...]”⁸³¹. Em outra mão, o regime das leis especiais fica adstrito aos respectivos atores, constituindo um “microsistema disciplinador das relações jurídicas de direito material e dos procedimentos judiciais concernentes às operações de financiamento de bens duráveis, de consumo e produção”⁸³².

O regime do Código Civil constitui um “sistema civil paritário padronizado de garantia dominial resolúvel adotada[,] em caráter geral, como propriedade fiduciária”⁸³³, e contém “normas aparentemente até mais rígidas (por exemplos, arts. 1.361, § 1.º, 1.363 e 1.368 – registro constitutivo, responsabilidade do fiduciante como depositário legal e sub-

⁸³⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, cit., 6. ed., item 204 da versão *e-book*, consultada na biblioteca digital da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

⁸³¹ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*, cit., p. 27.

⁸³² RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*, cit., p. 33.

⁸³³ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*, cit., p. 40.

rogação em pagamento) [...]”⁸³⁴, o que “é instigante, mas coerente e compreensível, como contrapeso [...]”, uma vez que, nas relações paritárias, o devedor não está protegido pelas normas de caráter protetivo naturais das “relações consumeristas próprias do âmbito mercadológico-financeiro [...]”⁸³⁵.

Pelo regime do Código Civil, a propriedade fiduciária é constituída pelo registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, no caso de veículos, na repartição competente para o registro (art. 1.361, § 1º), com o que o credor passa a ser proprietário resolúvel e possuidor indireto, ao passo que o devedor passa a ter a posse direta (art. 1.361, § 2º) e o direito real de aquisição da propriedade (art. 1.368-B), cabendo-lhe usar a coisa segundo sua destinação (art. 1.363, *caput*) e conservá-la com diligência, entregando-a ao credor se a dívida não for paga no vencimento (art. 1.363, incisos I e II). Neste caso, o credor deverá vender judicial ou extrajudicialmente a coisa a terceiros, embora não podendo se valer, para tanto, dos instrumentos previstos no Decreto-lei n. 911/69 (art. 8º-A do Decreto-lei n. 911/69). Após a venda, deve aplicar o preço no pagamento do crédito e das despesas de cobrança (art. 1.364, primeira parte), sendo vedado fique com a coisa dada em garantia (art. 1.365, *caput*), salvo dação efetuada depois do vencimento da dívida, com anuência do credor (art. 1.365, parágrafo único). Verificado que o produto da venda sobeja o valor da dívida, deverá entregar ao devedor o saldo (art. 1.364, parte final), mas, se não for suficiente, este continuará obrigado pelo restante (art. 1.366). Por sua vez, se um terceiro, interessado ou não, pagar a dívida, sub-rogar-se-á não só no crédito mas também na propriedade fiduciária (art. 1.368), adquirindo, pois, todos os direitos, ações, privilégios e garantias do credor primitivo (art. 349).

Registra-se a crítica, ao legislador, por ter restringido o objeto da garantia, nas relações reguladas pelo Código Civil, a coisas infungíveis, além de não haver dotado os credores em geral dos mesmos direitos conferidos aos atores agraciados por legislação especial, tais como as instituições financeiras, a quem são dados os instrumentos da Lei n. 4.728/65. Esse estado de coisas leva a uma situação anti-isonômica.

⁸³⁴ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*, cit., p. 39-40.

⁸³⁵ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*, cit., p. 40.

Evidente que, com o regime mais benéfico, o legislador teve em vista fortalecer o sistema bancário, estimulando a circulação do crédito. Estimulou, contudo, na verdade, não a circulação do crédito mas a *intermediação* do crédito, impossibilitando que indústria e serviços contratem com particulares os mesmos instrumentos de garantia das instituições financeiras. Questão de política legislativa, sobre a qual não se faz juízo de valor, mas que criou um monopólio de meios que não se coaduna com o espírito do art. 170 da Constituição Federal nem com o princípio da isonomia.

4.2.2 *Leasing* financeiro à brasileira

Na conformação que lhe conferiu a jurisprudência brasileira, o *leasing* financeiro merece o adjetivo emprestado por Fernando Noronha, de que se trata de uma “supergarantia”⁸³⁶.

Em sua destinação clássica, o *leasing* financeiro se desenrola como uma operação em que empresa arrendadora adquire um determinado bem sob as especificações e em favor de arrendatário a quem se confere a posse direta, mediante pagamento de locativos, e uma opção de adquirir-lhe a propriedade, ao final do arrendamento, pelo pagamento de um valor residual estipulado contratualmente.

A ideia contida no negócio remonta à Segunda Guerra Mundial, como anota Fábio Konder Comparato. Relata o autor que o pano de fundo do *leasing* se desenhou quando o Congresso norte-americano autorizou o Presidente Roosevelt “a ‘emprestar’ material de guerra a todos os países cuja defesa parecesse essencial à segurança da América, devendo êsse material ser devolvido ou pago ao final das hostilidades”⁸³⁷.

O contrato se consolidou empresarialmente pouco tempo depois, no pós-guerra, como observa Arnaldo Wald. Narra o autor que, na década de 1950, um empresário, vendo-se descapitalizado mas necessitando adquirir máquinas para produzir e fornecer insumos ao

⁸³⁶ NORONHA, Fernando. A alienação fiduciária e o *leasing* financeiro como supergarantias das obrigações. *Revista do Tribunais*, São Paulo: RT, v. 845, p. 37-49, 2006. À menção futura a “supergarantia”, está dado o devido crédito ao autor.

⁸³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Contrato de *leasing*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 389, p. 555-566, 1968. p. 557.

exército, “decidiu, então, obter as máquinas em locação e, posteriormente, aproveitou a sua experiência individual para criar uma empresa destinada a alugar equipamento [...]”⁸³⁸.

No Brasil, a legislação tratou o *leasing* financeiro como “negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta” (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 6.099/74, na redação dada pela Lei n. 7.132/83), que pode, ao final, prorrogar o contrato, devolver o bem ou adquiri-lo (art. 5º, alínea “c”) por preço determinado ou determinável em disposição contratual (alínea “d”), denominado “valor residual garantido” (“VRG”) (Portaria MF n. 564/78, item “2”).

Com o tempo, essa locação com opção de compra ganhou o espaço de compras e vendas a prazo, porque, além de possibilitar a reintegração de posse em caso de inadimplemento, garante vantagens tributárias⁸³⁹, na medida em que, ao pagar por “arrendamento”, o empresário incide em “despesas”, e, com isso, o pagamento “não aparece como um crédito de investimento, [...] [constituindo] uma espécie de crédito oculto”⁸⁴⁰. Por sua vez, a arrendadora “pode apropriar como despesa dedutível relacionada com o bem arrendado as depreciações calculadas segundo o seu prazo de vida útil”⁸⁴¹.

Essa vantagem tributária possibilitou que, no *leasing* financeiro, o custo da transação seja menor que o de outros negócios, resultando em maiores lucros. Mas a

⁸³⁸ WALD, Arnaldo. A introdução do *leasing* no Brasil. In: WALD, Arnaldo. *Doutrinas essenciais de direito empresarial*. São Paulo: RT, 2010. v. IV. p. 507-515. p. 3 da versão digital.

⁸³⁹ Sobre os aspectos contábeis que resultam nessa vantagem tributária, pertinente o comentário de Waldirio Bulgarelli: “A legislação básica, inicial, a Lei 6.099, de 12.9.74 [...] [determinou] que os bens destinados ao *leasing* nas sociedades arrendadoras deveriam ser incluídos no ativo imobilizado, e que o valor das contraprestações pagas pelo arrendatário seriam consideradas como despesas operacionais (custos) e em havendo opção de compra, o valor de opção, o saldo a bem dizer, incluído no ativo fixo” (BULGARELLI, Waldirio. A problemática dos saldos devedores nas operações de *leasing*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. VIII, p. 222-225, 1994. p. 3 da versão digital). *Vide*, ainda, item 9 da Portaria MF n. 564/78: “9. O resultado apurado na alienação do bem arrendado terá o seguinte tratamento: I. no caso de exercício da opção contratual de compra, ou na venda a terceiros com apropriação pela arrendadora do valor residual garantido, a diferença entre o valor de venda e o valor residual atribuído será computada: a) como resultado do exercício, se positiva; b) como ativo diferido, para amortização no restante de 70% (setenta por cento) do prazo de vida útil normal do bem, se negativa; II. no caso de venda à pessoa física ou jurídica não ligada à arrendadora nem à arrendatária por interesse econômico comum, com apropriação pela arrendadora da totalidade do preço de venda, a perda ou o ganho será levado a resultado do exercício”.

⁸⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Contrato de leasing*, cit., p. 563-564.

⁸⁴¹ CARDOSO, Jorge R. G. Aspectos controvertidos do arrendamento mercantil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: RT, v. 5, p. 73-81, 1993. p. 7 da versão digital.

operação trazia o risco à arrendadora de, em caso de não exercício da opção de compra pelo arrendatário, ver-se com um bem depreciado e sem receber o VRG. Para não se submeterem a esse risco, as arrendadoras passaram a cobrar o VRG diluído nos locativos, como se compusessem o preço de bem alienado por mera compra e venda a prazo⁸⁴². Por sua vez, a princípio, o consumidor mal sentiria diferença, dado que, desde o início, tinha intenção de se tornar proprietário, ao final do pagamento das prestações.

Essa distorção não ocorreria sem consequências. De um lado, o artifício acarretou prejuízos fiscais, na medida em que compras e vendas a prazo não gozam das vantagens tributárias asseguradas ao *leasing* financeiro. Na perspectiva do arrendatário, por sua vez, a prática se mostraria danosa no caso de inadimplemento, pois, nessa hipótese, experimentava não só a perda da posse do bem mas também do valor pago por opção de compra que não viria a exercer – em razão do inadimplemento. Foi nesse contexto que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 263, segundo a qual “a cobrança antecipada do valor residual (VRG) *descaracteriza* o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação”.

Em voto que daria origem ao verbete, anotou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar que, com a cobrança antecipada do VRG, “se elimina a opção de compra, pois é a única alternativa que resta a quem já pagou antecipadamente o preço”⁸⁴³, o que acarreta “graves reflexos na economia do contrato, com possibilidade de perda da posse do bem, embora uma parte do valor não pago constitua cobrança antecipada do que somente seria exigível a final”.

Não muito depois, no entanto, a Súmula n. 263 foi cancelada pela de n. 293, segundo a qual “a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) *não descaracteriza* o contrato de arrendamento mercantil”.

Nos debates que resultaram na consolidação do novo verbete, sustentou o Ministro Edson Vidigal que “a Lei 6.099/74, em seu art. 23, confere ao Conselho Monetário Nacional

⁸⁴² A propósito, recorda Arnaldo Rizzardo que “era comum a inclusão do valor estabelecido para a opção de compra juntamente com as prestações. Os contratos, não raramente, dividiam as prestações em dois itens: um correspondente à amortização do preço, acrescido dos encargos ou remunerações, e das despesas; outro envolvendo o valor contratado para a opção de compra” (RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. p. 76).

⁸⁴³ STJ, 4ª Turma, REsp n. 181.095/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.03.1999. Vencido apenas o Ministro Cesar Asfor Rocha.

a competência para regulamentar a matéria [...]”⁸⁴⁴. O Conselho Monetário Nacional, por sua vez, possibilitou que o VRG fosse cobrado a qualquer momento, dispondo, no art. 7º, inciso VII, alínea “a”, da Resolução n. 2309/96, “a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual garantido o exercício da opção de compra”. Com base nesse autorizamento, concluiu “deva prevalecer o princípio da livre convenção entre as partes, vez que tal acerto nada interfere [...] na natureza do contrato”⁸⁴⁵.

⁸⁴⁴ STJ, Corte Especial, EREsp n. 213.828/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Vidigal, j. 07.05.2003.

⁸⁴⁵ Transcrevem-se os fundamentos que o levaram a esta conclusão: “Tal entendimento [contido na Súmula n. 263 do STJ, de que ‘a cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação’] tem como base os seguintes argumentos: 1) A lei 6.099/74, em seu art. 11, § 1º, estabelece que ‘a aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei será considerada operação de compra e venda a prestação’; 2) Como o art. 5º do mesmo diploma legal, em sua letra ‘c’, exige que ‘os contratos de arrendamento mercantil conterà a opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário’; em face da antecipação do pagamento do Valor Residual Garantido, não restaria outra opção que não a compra do bem, já que esse valor pago antecipadamente nas parcelas corresponde à quantia estipulada para o exercício da opção de compra.

Ou seja, da tríplice opção que esse tipo de contrato necessariamente tem que oferecer ao arrendatário (do que se depreende do artigo 5º, adquirir o bem arrendado, renovar o contrato ou devolver o bem arrendado), com a antecipação do pagamento da VRG, caberia a ele tão-somente a compra do bem.

Não obstante esse posicionamento já se encontrar firmado na Segunda Seção, tanto que deu margem à Súmula n. 263, com todas as vênias, entendo de modo diferente.

A Lei 6.099/74, em seu art. 23, confere ao Conselho Monetário Nacional a competência para regulamentar a matéria [...].

A Portaria n. 564/78, inciso 2, define o valor residual como ‘preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra, ou valor contratualmente garantido pela arrendatária como mínimo que será recebida pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não se exercida a opção de compra’.

[...]

Após o término do pagamento das parcelas, tem o arrendatário a opção de comprar o bem, tendo que pagar o Valor Residual previamente estabelecido. Se ele não quiser optar pela compra, nem renovar o contrato, deve devolver o bem ao arrendador, que terá como uma garantia mínima por parte do arrendatário o Valor Residual Garantido, na venda do bem a um terceiro.

Assim, se o bem for vendido por um preço equivalente ao VRG, nada se tem a acertar; caso vendido por um valor inferior, deverá o arrendatário pagar a diferença à arrendadora.

A antecipação do pagamento do valor residual não implica necessariamente na opção de compra, haja vista que, se no término do contrato, o arrendatário não se interessar pela compra, por se encontrar o bem com tecnologia superada ou por qualquer outro motivo, terá a quantia devolvida ou não, de acordo com o preço que o bem for vendido a um terceiro. Caso vendido pelo mesmo valor do VRG ou por preço superior, será totalmente devolvido ao arrendatário o valor do VRG por ele antecipado; caso vendido por valor inferior, receberá o arrendatário apenas a diferença [...].

Por certo que essa forma de pagamento do VRG beneficia o arrendador, que recebe antecipadamente um valor que só teria direito ao término do contrato. Entretanto, também é possível que essa negociação seja de efetivo interesse do arrendatário, que poderá diluir em diversas parcelas a quantia ou aproveitar-se de um determinado momento econômico mais favorável para antecipar o pagamento.

Portanto, por entender que a antecipação do VRG não implica em antecipação do exercício de opção de compra, posto subsistirem as opções tanto pela compra, quanto pela devolução do bem ou prorrogação do contrato, não vislumbro ofensa à Lei 6.099/74, art. 5º, a viabilizar a descaracterização do contrato de *leasing* para contrato de compra e venda a prestação, a teor do art. 11 da mesma Lei.

Tendo em vista que as normas pertinentes permitem essa forma de negociação, destacando expressamente a Resolução n. 2.309/96 que o valor residual garantido pode ser pago a qualquer momento durante a vigência do contrato, sem caracterizar exercício de opção de compra, bem como que antecipação desse

Interessante notar, porém, que, na época em que a Súmula n. 263 foi editada, a Lei n. 6.099/74 já conferia poderes de regulamentação ao Conselho Monetário Nacional e a Resolução n. 2309/96 já existia havia anos. Mas foi nessas normas que o Ministro Edson Vidigal se ancorou para propor a alteração do entendimento consolidado na Súmula n. 263.

Em contraponto, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar ponderou que “o fato de existirem regulamentos administrativos expedidos para consagrar esse desvirtuamento não pode servir para que o Tribunal, deixando de lado o figurino legal do *leasing*, passe a reconhecer como tal um contrato que na verdade nada mais é do que compra e venda financiada, mas executado de modo gravoso ao arrendatário e ao próprio Fisco”⁸⁴⁶. Mas o Ministro Ruy Rosado de Aguiar restou vencido, sendo editada a Súmula n. 293⁸⁴⁷.

pagamento em parcelas pode vir a ser de efetivo interesse também para o arrendatário, consigno que deva prevalecer o princípio da livre convenção entre as partes, vez que tal acerto nada interfere, a meu ver, na natureza do contrato”.

⁸⁴⁶ Registram-se os fundamentos com que, embora vencido, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar desconstruiu a tese vencedora do Ministro Edson Vidigal: “Se o pagamento antecipado corresponde ao que poderia ser pago a final, a falta dessa prestação mensal jamais seria causa de resolução do contrato e perda da posse do bem, porquanto se trata de uma quantia só exigível depois, na data em que o arrendatário exerceria a opção de compra.

Se o pagamento antecipado é parte do pagamento do preço, então é de se reconhecer que o arrendatário já pagou parte do valor da coisa com a antecipação feita. No entanto, resolvido o contrato pela falta de pagamento de uma prestação, ele perde tudo o que despendeu, a título de aluguel e também a título de compra. No caso de já ter pago 80% das prestações, a inadimplência de uma parcela implica a extinção do contrato com perda total. Se fosse locação, a solução estaria correta; mas, como uma parte do preço foi antecipada, sobre isso ele tem direito, não como arrendatário, mas como comprador. Logo, não caberia a ação de reintegração de posse.

Na alienação fiduciária, o devedor tem o direito sobre o valor da coisa, e também a que se leve em conta tudo o que despendeu para a sua aquisição. Vendido o bem, poderá até receber o saldo eventualmente apurado. No *leasing*, com o desvirtuamento que lhe está sendo emprestado, o devedor, que na verdade é um comprador, tudo perde, o bem, a posse do bem e as importâncias despendidas.

Pergunta-se: qual o interesse do arrendatário em ver reconhecido o contrato de compra e venda? Veja-se o caso de quem pagou 80% do bem. É legítimo seu interesse em afirmar que se trata de compra e venda, que 80% daquele bem está pago e lhe pertence, o que deverá ser considerado no momento da rescisão. Se for *leasing*, perderá tudo o que pagou e sofre a ação de reintegração de posse. Logo, poderá preferir ter de pagar o imposto a perder muito mais. Além disso, com o vencimento antecipado, fica sem a possibilidade de purgar a mora.

De sua vez, a arrendadora antecipa a sua receita, recebendo antes aquilo a que só no final teria direito, mas tais parcelas não são computadas na determinação do lucro real, conforme consta na Portaria 140/84, MF, a que se referiu o Sr. Min. Cesar Rocha.

Também foi dito que o recolhimento do VRG não obriga o arrendatário a adquirir o bem. Mas se ele já pagou, que alternativa lhe resta? E se ele não quiser optar, o pagamento antecipado fica sem causa.

Recebi algumas manifestações contrárias a esse entendimento, com a preocupação de que o negócio de *leasing* ficaria abalado no país. Basta que ele seja feito de acordo com a lei e mantidas as suas características, como ocorre nos outros países, e não transformado em contrato de financiamento de compra e venda a prazo [...]”.

⁸⁴⁷ Votaram vencidos os Ministros Relator, Ruy Rosado de Aguiar, José Arnaldo da Fonseca, Antônio de Pádua Ribeiro, Fontes de Alencar, Barros Monteiro e Humberto Gomes de Barros. Os Ministros Cesar Asfor Rocha, Vicente Leal, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Francisco Peçanha Martins votaram com o Ministro Edson Vidigal.

Do novo verbete em diante, passou-se a decidir que o VRG pode ser cobrado antecipadamente, nas parcelas. Além disso, ali se assentou, também, que, se o consumidor não exercer a opção de compra, “terá a quantia devolvida *ou não*, de acordo com o preço que o bem for vendido a um terceiro” (destaque não constante do original)⁸⁴⁸. Tal ressalva estava respaldada na ideia de que, ao antecipar o pagamento do VRG, o arrendatário estaria não somente exercendo opção de compra mas também adiantando à arrendadora indenização pela depreciação do bem. Ou seja, a arrendadora passou a gozar de uma garantia autoexecutável (e antecipada) contra a depreciação do bem. Mas apenas contra a depreciação do bem, até então.

Anos depois, o Superior Tribunal de Justiça editou o Tema 500, segundo o qual, “quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais”. Por esse entendimento, a arrendadora passou a estar garantida *não somente em relação à depreciação* do bem mas também quanto ao ressarcimento de “outras despesas ou encargos contratuais”.

Ao mencionar “outras despesas ou encargos contratuais”, porém, *não se teve em vista apenas os custos da operação*, incluindo os de captação, porque tais valores já estão diluídos no preço das parcelas e garantidos pelo direito de retomada e venda do bem. A inovação trazida pelo Tema 500 garantiu que *o lucro esperado* com a operação esteja também assegurado, sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário. Trata-se, assim, de *leasing* financeiro, na feição que lhe conferiu a jurisprudência brasileira, não somente de uma garantia *autoexecutável* mas de uma *supergarantia autoexecutável*, protegendo as arrendadoras *não apenas contra a possibilidade de perdas mas também, e antecipadamente, contra o risco de não ter ganhos*.

No julgamento do recurso que daria origem ao Tema 500, afirmou o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva que “é ínsita à racionalidade econômica do *leasing* financeiro a preservação de um valor mínimo em favor do arrendador pelo produto financiado, a servir-lhe de garantia (daí o nome: valor residual garantido)”, o que deveria compreender o

⁸⁴⁸ Excerto do voto do Ministro Edson Vidigal no julgamento do EREsp n. 213.828/RS.

necessário “para que o arrendador possa recuperar o valor do bem arrendado e possa obter, além disso, um retorno do investimento, interesse que é seu de forma plenamente legítima, observada a função econômica da contratação”⁸⁴⁹. Com isso, o *leasing financeiro* teria assegurado

seu equilíbrio econômico-financeiro [...] [com a consequente] redução dos custos financeiros, do *spread* bancário, da minoração das taxas de juros e, sobretudo, ao incremento da atividade econômica em geral, tudo a bem da construção de uma sociedade em que vigore a livre iniciativa, mas com justiça social⁸⁵⁰.

Em voto-vogal, o Ministro Raul Araújo reforçou que o VRG passou a ser visto “em prol do arrendador e não do arrendatário”, afirmando que, “naturalmente, para o arrendador, [o *leasing financeiro*] visa lucro. E o VRG é essa parcela de garantia mínima que o arrendador tem para viabilizar a realização do negócio [...]”. Em voto-vista, a Ministra Nancy Andrighi teceu consideração sutilmente diversa, afirmando que “o valor residual não

⁸⁴⁹ Estas e as próximas transcrições estão contidas no recurso ora referenciado como: STJ, 2ª Seção, REsp n. 1.099.212/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27.02.2013.

⁸⁵⁰ Dissertando sobre o *leasing financeiro*, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva teceu as seguintes considerações: “o VRG pago antecipadamente não constitui propriamente pagamento prévio, antecipado ou diluído com as prestações, do bem arrendado, a servir na opção de compra manifestada pelo arrendatário ao final do contrato, mas, sim, de um valor mínimo garantido ao arrendador no caso de não exercida dita opção.

[...]

É importante destacar que a hipótese em análise cuida do chamado *leasing financeiro*, no qual o arrendador adquire o bem indicado pelo contratante, sem nenhum interesse em mantê-lo em seu patrimônio para novos arrendamentos no caso de devolução, situação que levará o produto à venda.

[...]

Como se observa, é ínsita à racionalidade econômica do *leasing financeiro* a preservação de um valor mínimo em favor do arrendador pelo produto financiado, a servir-lhe de garantia (daí o nome: valor residual garantido), a depender, no caso de não exercida a opção de compra pelo arrendatário, do valor recebido com a venda do produto.

Nesses termos, o VRG somado com as contraprestações pelo aluguel e demais despesas eventuais, deve equivaler ao montante necessário para que o arrendador possa recuperar o valor do bem arrendado e possa obter, além disso, um retorno do investimento, interesse que é seu de forma plenamente legítima, observada a função econômica da contratação, resguardando-se ao máximo o desejável equilíbrio econômico-financeiro do pacto.

No caso de devolução do produto, o bem será retomado à posse do arrendador, que o venderá no mercado conforme o preço praticado, buscando, com isso, liquidar o saldo devedor da operação, pois não é seu interesse ficar com o bem.

Se o resultado da venda somado ao VRG já eventualmente pago for inferior ao VRG previsto no contrato, nenhuma devolução será devida ao arrendatário, cabendo-lhe ainda eventuais diferenças nos termos pactuados. Se, contudo, o produto da venda somado ao que já estiver quitado como VRG diluído ou antecipado suplantarem ao VRG total estabelecido no contrato, o restante poderá ser restituído ao arrendatário conforme dispuserem as cláusulas contratuais, para o caso de haver débitos de outras naturezas na contratação.

Entende-se que assim, observando-se fielmente a finalidade do VRG, possa o arrendamento mercantil ter seu equilíbrio econômico-financeiro [...], preservando sua função social como pactuação propícia à proteção da confiança, da boa-fé, pelo estímulo à adimplência e ao cumprimento dos contratos e, consequentemente, à redução dos custos financeiros, do *spread* bancário, da minoração das taxas de juros e, sobretudo, ao incremento da atividade econômica em geral, tudo a bem da construção de uma sociedade em que vigore a livre iniciativa, mas com justiça social”.

pode ser entendido, única e exclusivamente, como adiantamento do preço final de aquisição da propriedade do objeto arrendado”, conferindo ao VRG “uma dúplice finalidade: para a hipótese de o arrendatário decidir, ao final do prazo, comprar o bem, o montante respectivo funciona como *preço contratual estipulado* para o exercício dessa opção”, e, noutros casos, “como *valor contratualmente garantido pela arrendatária como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado*. Esta última situação é a que vislumbra, especificamente, o chamado valor residual garantido ou em garantia (VRG)”⁸⁵¹.

⁸⁵¹ O excerto está contido no seguinte contexto: “A Lei n. 6.099/1974 define o arrendamento mercantil como o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, que tem por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta (art. 1º, parágrafo único, com a redação dada pela Lei n. 7.132/1983).

Em seus traços essenciais, o contrato de arrendamento mercantil – ou *leasing* – apresenta características tanto de financiamento quanto de locação e compra e venda. Financiamento e locação porque, mediante o pagamento das sucessivas prestações, o arrendatário, de um lado, amortiza parcelas correspondentes ao valor de um bem; de outro lado, indeniza a arrendadora pelo uso que fará da coisa. Compra e venda porque, ao cabo do prazo contratual, pode o arrendatário exercer seu direito potestativo de optar por sua aquisição definitiva.

Constitui-se o *leasing*, assim, em uma espécie típica e complexa de contrato, que confere a uma das partes, após o decurso de um prazo estipulado, o direito de optar por sua renovação, pela devolução do objeto arrendado ou pela aquisição de sua propriedade.

Caso a opção, a final, seja pela compra, impõe-se ao arrendatário o pagamento de um valor residual, o qual deve corresponder ao valor do bem ao término do contrato, excluída a depreciação que experimentou e que foi por ele suportada.

Isso porque, conforme dispõe a Resolução BACEN n. 2.309/1996 – editada em virtude da competência conferida ao Conselho Monetário Nacional para regulamentação da matéria pela Lei n. 6.099/1974 –, é direito que assiste à arrendadora, além de obter o natural e legítimo retorno financeiro do negócio, recuperar o capital investido na operação [...].

A respeito do valor residual mencionado, vale lembrar, mais uma vez, que este Tribunal, depois de superada longa controvérsia acerca do tema, consolidou o entendimento de que sua cobrança antecipada não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil (Súmula 293), na medida em que seu depósito, antes do prazo final estipulado, não significa antecipação do exercício da opção de compra. As opções de devolução do bem ou de renovação contratual subsistem como alternativas ao alcance do arrendatário, ínsitas que são a essa espécie de negócio jurídico.

Nesse mesmo sentido, esclarece a Resolução BACEN n. 2.309/1996, em seu art. 7º, VII, ‘a’, que o *pagamento antecipado do valor residual garantido não caracteriza o exercício da opção de compra*.

A partir dessas premissas, é possível concluir-se que o valor residual não pode ser entendido, única e exclusivamente, como adiantamento do preço final de aquisição da propriedade do objeto arrendado.

A própria definição de *valor residual garantido* disposta na Portaria MF n. 564/1978, item 2, revela que ele apresenta uma dúplice finalidade: para a hipótese de o arrendatário decidir, ao final do prazo, comprar o bem, o montante respectivo funciona como *preço contratual estipulado* para o exercício dessa opção; para as outras hipóteses – rescisão do contrato ou devolução do bem –, *o valor residual funciona como valor contratualmente garantido pela arrendatária como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado*. Esta última situação é a que vislumbra, especificamente, o chamado valor residual garantido ou em garantia (VRG).

Nessa medida, se o valor residual antecipado possui dupla finalidade – preço ou garantia, a depender do exercício ou não da opção de compra –, o fato de se ter extinguido a possibilidade de consolidação da propriedade na pessoa do arrendatário não é suficiente para ensejar sua restituição.

Isso porque a resolução prematura do contrato por culpa do arrendatário e a conseqüente retomada da coisa não geram como efeito automático a perda da garantia prestada à arrendadora de recebimento de um valor mínimo referente à venda do bem. Ao contrário, hipóteses como a presente constituem-se em fundamentos de existência dessa garantia pactuada entre as partes.

Assegura-se, desse modo, o legítimo direito que assiste à arrendadora de receber o reembolso de seus custos e despesas, assim como de obter seu retorno financeiro – finalidades a que serve o valor residual

Como se vê, a jurisprudência passou definitivamente a tratar o VRG como garantia da arrendadora. A partir de então, haveria, no ordenamento brasileiro, garantia executável não só contra perdas mas também contra o risco de não ter ganhos. *Leasing* financeiro à brasileira. Uma *supergarantia autoexecutável*.

4.2.3 Penhor irregular

O art. 645 do Código Civil regula o depósito de bem fungível, atribuindo-lhe o regime do mútuo. Por esse negócio, “poderá o depositário dispor da coisa fungível, sendo exonerado da obrigação de restituir a mesma coisa que recebeu”⁸⁵². Como anota Orlando Gomes, “a esse *depósito* chama-se *irregular*. Caso típico é o *depósito bancário*”⁸⁵³.

O negócio, no entanto, não constitui uma *garantia*, pois, “ao termo do contrato, ou quando lhe for solicitada a devolução (nos contratos sem termo), [o depositário] simplesmente entregará coisa equivalente”. A dizer, o depositário não pode ficar com o bem fungível em satisfação de um crédito. Instado a devolvê-lo, deve devolvê-lo, ainda que o substituindo por outro de mesma espécie, qualidade e quantidade (art. 85 do Código Civil).

Por outro lado, quando a entrega de bem fungível é realizada não com o mero propósito de guarda e conservação, mas com o de garantia, o devedor autoriza que o credor se aproprie do numerário, em caso de inadimplemento, devolvendo-lhe apenas o que sobejar. Essa garantia, em dinheiro, constitui hipótese de alienação fiduciária de bem móvel fungível. Foi regulada a esse título, porém, apenas em âmbitos específicos, *e.g.*, do mercado financeiro e de capitais e dos créditos fiscais e previdenciários (art. 66-B, § 3º, da Lei n. 10.931/2004). À falta de regulamentação, o negócio acabou se operando, na prática, como uma *antecipação*

em garantia –, nos termos do que expressamente estabelecem as disposições que regem o negócio jurídico sob exame.

[...]

O valor residual antecipado pelo arrendatário, portanto, somente pode ser a ele restituído caso a arrendadora recupere, depois de levada a efeito a venda do bem a terceiro, a quantia garantida a esse título – considerados o montante alcançado com a alienação da coisa e o VRG já depositado. Em síntese, deve ser verificada, previamente ao reembolso, a existência ou não de saldo credor em favor do arrendatário”.

⁸⁵² ROSENVALD, Nelson. Arts. 420 a 652. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2007. p. 507.

⁸⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Coordenador Edvaldo Brito. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 415.

de pagamento, ainda que sem respaldo da jurisprudência⁸⁵⁴. Deveria, porém, ter o mesmo tratamento da alienação fiduciária de bem móvel fungível, com os direitos daí decorrentes.

Referindo-se ao penhor de dinheiro, Affonso Fraga já fazia ver que “a parte que recebe a moeda torna-se, pela natureza fungível desta, verdadeiro proprietário dela”⁸⁵⁵, e, por essa razão, “é devedora da somma recebida e nunca possuidora da coisa alheia a título pignoratício”⁸⁵⁶. Refere-se a esse negócio, por isso, como um “penhor irregular”, assim como o fazem a Itália, no art. 1.851 do Código Civil, ao tratar do “*pegno irregolare a garanzia di anticipazione*”, e Portugal, nos arts. 9º e 10º do Decreto-lei n. 105/2004, com a mesma nomenclatura, “penhor irregular”. Porém, os dois países abordam a figura não como penhor mas como negócio fiduciário em garantia, pelo qual o banco se apropria do dinheiro a fim de satisfazer seu crédito⁸⁵⁷. Dinheiro em garantia.

Relata Leyre Elizari Urtasun que tal modalidade de garantia tem origem em decisão da Corte de Cassação, de 15 de janeiro de 1937⁸⁵⁸. O caso teve como pano de fundo compra e venda de imóvel em que, em vez de o comprador pagar o preço diretamente ao vendedor, as partes confiaram-no a um terceiro, que deveria entregá-lo a uma das duas, vendedor ou comprador, conforme se verificasse, ou não, condição suspensiva prevista contratualmente, consistente na obtenção de autorização judicial para realização do negócio.

Verificada a condição, o terceiro deixou de realizar a entrega, apropriando-se do valor. Passou-se a discutir, então, quem deveria suportar a perda, se o vendedor ou o

⁸⁵⁴ Vide, por exemplo, o seguinte julgado: “Salienta-se que a caução não se presta para a compensação com eventual débito decorrente do contrato de locação, pois não se trata de pagamento antecipado de aluguéis, mas serve para garantir a efetividade da execução, mediante penhora” (TJSP, 31ª Câmara. Dir. Priv., Ap. c/ revisão n. 0005054-43.2007.8.26.0020, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 29.10.2013). A caução em dinheiro é autorizada apenas excepcionalmente, *e.g.*, na lei de locações, quando realizado “em caderneta de poupança, autorizada, pelo Poder Público e por ele regulamentada, revertendo em benefício do locatário todas as vantagens dela decorrentes por ocasião do levantamento da soma respectiva” (art. 38, § 2º, da Lei n. 8.245/91).

⁸⁵⁵ FRAGA, Affonso. *Direitos reais de garantia*: penhor, anticrese e hypotheca. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 227.

⁸⁵⁶ FRAGA, Affonso. *Direitos reais de garantia*, cit., p. 227.

⁸⁵⁷ Para não ser repetitivo, faz-se remissão ao item 4.1.

⁸⁵⁸ URTASUN, Leyre Elizari. *Contrato de depósito y nuevas formas de garantía*: depósitos a favor de tercero y en interés de tercero. Pamplona: Aranzadi, 2017. p. 23-24. Afirma a autora que “el Código Civil italiano de 1865 no contenía ninguna previsión sobre el contrato de depósito y su eventual función de garantía. Sin embargo, una Sentencia de la Corte de Casación inició una ya larga discusión doctrinal, en la que se han defendido posturas muy diferentes en torno a la naturaleza del depósito en garantía, más frecuentemente denominado depósito con finalidad de garantía (depósito a scopo di garanzia)”.

comprador⁸⁵⁹, acabando-se por decidir que, uma vez que o preço não foi pago, porém sem culpa das partes, a compra teria sido ineficaz⁸⁶⁰, e, por essa razão, o comprador não teria adquirido a propriedade do bem nem poderia ser obrigado a um segundo pagamento⁸⁶¹. E o julgado daria azo a teses distintas acerca da natureza da obrigação desse terceiro.

Para uma primeira corrente, o depósito em favor do terceiro constituiria apenas uma modalidade de pagamento, cuja impossibilidade não alteraria a obrigação, cabente ao comprador, de realizá-lo por outro meio. Por essa linha de argumentação, o depositário funcionaria como um intermediário do pagamento, realizando-o, ou não, conforme verificado, ou não, o evento previsto na condição. O direito de ver cumprida indiretamente a obrigação, pelo depositário, não afastaria o direito a seu cumprimento direto, pelo comprador. Desse modo, em caso de apropriação do dinheiro pelo depositário, o vendedor poderia reclamá-lo também contra o comprador/depositante. Correria à conta do comprador/depositante o risco de perecimento da coisa nas mãos do terceiro⁸⁶².

⁸⁵⁹ URTASUN, Leyre Elizari. *Contrato de depósito y nuevas formas de garantía*, cit., p. 24. De acordo com a autora, “La sentencia en cuestión fue dictada por la Corte de Casación el 15 de enero de 1937, caso *Cavallini c. Galassi*, siendo los hechos que la motivaron básicamente los siguientes: en una compraventa de un inmueble, las partes acordaron que el comprador depositara el precio en manos de un tercero, el notario otorgante del contrato. Este debía entregar el dinero al comprador o al vendedor, en función de la verificación de la condición impuesta en el contrato de compraventa, consistente en la obtención de autorización judicial para la venta, pues el vendedor era menor de edad. La autorización fue concedida y, lógicamente, el vendedor se dirigió al notario para que le fuera entregado el precio, aunque inútilmente porque el notario se había apropiado la suma y no podía hacer frente a su pago. La doctrina inmediatamente su cuestionó quién debía soportar la pérdida, si el comprador o el vendedor”.

⁸⁶⁰ URTASUN, Leyre Elizari. *Contrato de depósito y nuevas formas de garantía*, cit., p. 24. De acordo com a autora, “La sentencia de la Corte de Casación, tratándose de una obligación con condición suspensiva, aplicó el artículo 1163 del Código Civil y asimiló la imposibilidad de entrega del notario a la pérdida total de la cosa sin culpa del deudor. Evidentemente la Corte de Casación atribuyó relevancia determinante a la inexistencia de la suma de dinero entregada por el comprador (objeto de apropiación por el notario) en el momento de cumplirse la condición suspensiva, juzgando ‘absurdo sostener que este precio, que el vendedor no podía materialmente alcanzar hasta el cumplimiento de la condición, debía considerarse ya en su patrimonio desde el día de la *estipulación*’”.

⁸⁶¹ URTASUN, Leyre Elizari. *Contrato de depósito y nuevas formas de garantía*, cit., p. 24-25. De acordo com a autora, “Consecuentemente, en el caso concreto, la compraventa se consideró no contraída y el comprador no conservaba ningún derecho sobre el inmueble, pero no podía ser obligado a un segundo pago por parte del vendedor [...]”.

⁸⁶² URTASUN, Leyre Elizari. *Contrato de depósito y nuevas formas de garantía*, cit., p. 25-26. No original: “la obligación del depositario se construye entonces como una obligación con un sujeto activo alternativamente determinado, puesto que deberá entregar la cosa bien al vendedor, en caso de que se verifique la condición suspensiva, bien al propio comprador, si la condición no llega a cumplirse. En caso de verificarse la condición, sí el depositario cumple su obligación de entregar el dinero al vendedor, este realiza directamente su pretensión frente al depositario, e indirectamente realiza su pretensión primaria o fundamental frente al comprador. El comprador, de esta forma, queda liberado de su obligación frente al vendedor ex compraventa a través de la entrega del dinero por el depositario. Si el depositario, por el contrario, incumple su obligación de entregar el dinero al vendedor, según esta teoría, este puede dirigirse tanto contra el depositario, su deudor ex depósito, como frente al comprador, su deudor ex compraventa, pudiendo reclamar un nuevo pago del precio al comprador, quien soporta, por tanto, el riesgo del incumplimiento del depositario”.

Para uma segunda corrente, o negócio constituiria um depósito com credor indeterminado, embora determinável. Por essa linha de argumentação, o credor do depósito surgiria ao longo da relação fundamental, conforme verificado, ou não, o evento previsto na condição. Não implementada, o comprador/depositante poderia reclamar a devolução do dinheiro. Com o implemento, o vendedor é que passaria a ser credor do depositário, liberando o comprador/depositante⁸⁶³.

Para uma terceira corrente, o negócio constituiria não um depósito mas pagamento direto, feito a pessoa indicada pelo vendedor, com a imediata extinção da obrigação. Por essa linha de argumentação, correria à conta do vendedor o risco de perecimento da coisa nas mãos do terceiro⁸⁶⁴.

Segundo uma quarta corrente, o depósito não poderia funcionar como pagamento nem garantia, o que o desnaturaria. Desse modo, a entrega do dinheiro ao depositário teria a mera finalidade de guarda, não liberando o comprador de entregá-lo ao vendedor. Correria à conta do comprador/depositante o risco de perecimento da coisa nas mãos do terceiro⁸⁶⁵.

Uma quinta corrente, por fim, apercebeu-se de que, neste caso, o depósito constitui um negócio fiduciário, servindo para garantir uma compra e venda por meio da transferência da propriedade de bem fungível⁸⁶⁶. Essa é a natureza da caução em dinheiro e assim deve ser tratada.

⁸⁶³ URTASUN, Leyre Elizari. *Contrato de depósito y nuevas formas de garantía*, cit., p. 26-27. De acordo com a autora, “si existe un depósito em el cual el titular del crédito a la restitución es indeterminado pero determinable, cumplida la condición, el titular del crédito a la restitución es el vendedor, lo que, por sí solo, basta para liberar al comprador. Es más, en su opinión, desde que el comprador entrega el dinero al notario, este ha cumplido su obligación y el vendedor pierde irremediabilmente la posibilidad de ir contra el comprador. Si el vendedor no consigue cobrar del notario el dinero depositado deberá soportar el daño y a pesar de esto, entregar el inmueble al comprador”.

⁸⁶⁴ URTASUN, Leyre Elizari. *Contrato de depósito y nuevas formas de garantía*, cit., p. 27. Segundo a autora, “a figura no constituye un depósito sino un secuestro convencional. [...] el riesgo de infidelidad o abuso [es] asumido necesariamente por aquel que espera la suma. Con la entrega del precio al secuestratario se realiza, en definitiva, un pago a persona autorizada por el acreedor y se produce la extinción de la obligación del comprador con base en la compraventa [...]”.

⁸⁶⁵ URTASUN, Leyre Elizari. *Contrato de depósito y nuevas formas de garantía*, cit., p. 28. Nas palavras da autora, “es la voluntad de las partes que el depositario entregue la suma al vendedor cuando este lo requiera como sucedería en un depósito ordinario, sino que pretenden que el depositario conserve el dinero y lo entregue al vendedor o al comprador según se cumpla o no la condición [...]. [N]o puede considerarse que la entrega del dinero por el comprador al depositario constituya cumplimiento de la obligación de este frente al vendedor, como lo demuestra el propio expediente del depósito, sino que esta figura supone otro modo de liberación [...]”.

⁸⁶⁶ URTASUN, Leyre Elizari. *Contrato de depósito y nuevas formas de garantía*, cit., p. 30. De acordo com a autora, “la figura del depósito con finalidad de garantía encierra un negocio fiduciario. Sostiene el autor que existen dos negocios coligados: una compraventa bajo condición suspensiva y una transferencia de la propiedad fiduciaria [...]”.

A utilização da caução em dinheiro como um “penhor irregular” ou “pagamento antecipado” não só desconsidera a intenção das partes como quebra a isonomia entre os credores em geral e as instituições financeiras, garantindo-se apenas a estas a benesse da extraconcursalidade em caso de recuperação judicial. Novamente, é disparidade que não se justifica.

4.2.4 Apropriação de valores nos contratos tipicamente bancários

4.2.4.1 Mútuo bancário com cláusula de autorização de descontos em conta corrente

Pelo mútuo bancário com cláusula de autorização de descontos em conta corrente, o banco concede um empréstimo a juros e lança à conta corrente, por ele operada, valores a ele mesmo devidos, que vão sendo amortizados com recursos que ingressam em tal conta corrente. Na medida em que se vencem as parcelas do empréstimo, o banco lança um crédito em seu favor e o compensa com os valores existentes na conta corrente. Com tais compensações, o banco se autopaga, recebendo do correntista, queira este ou não, e mesmo que seu numerário decorra de salário, crédito decorrente do empréstimo que lhe concedeu, sem ter de se valer de nenhum procedimento judicial ou administrativo.

Tal operação foi objeto de contestação perante o Superior Tribunal de Justiça, que, em um primeiro momento, externou entendimento, consolidado na Súmula n. 603, de que seria “vedado ao banco mutuante reter em qualquer extensão o salário, os vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo comum contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa [...]”. Não muito tempo depois, porém, tal súmula foi cancelada durante julgamento do Recurso Especial n. 1.555.722, no qual se afirmou que o verbete teria alcance restrito a valores obtidos unilateralmente pela instituição financeira, não compreendendo montantes devidos em razão do mútuo. Assentou-se, neste segundo momento, que “é lícito o desconto em conta-corrente bancária comum, ainda que usada para recebimento de salário, das prestações de contrato de empréstimo bancário livremente pactuado, sem que o correntista, posteriormente, tenha revogado a ordem”⁸⁶⁷.

⁸⁶⁷ STJ, 2ª Seção, REsp n. 1555722/SP, Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. 22.08.2018.

Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça assentou que tal direito não pode ser objeto de limitação, ainda que os descontos recaiam sobre o salário do correntista. Por maioria, prevaleceu entendimento de que apenas os empréstimos consignados estariam sujeitos a essa limitação, de modo que não haveria “supedâneo legal e razoabilidade na adoção da mesma limitação, referente a empréstimo para desconto em folha, para a prestação do mútuo firmado com a instituição financeira administradora da conta-corrente”⁸⁶⁸.

Em voto divergente e vencido, o Ministro Marco Buzzi fez ver que a limitação “afigura-se razoável como também isonômica, ante a existência de efetivo supedâneo legal afirmando a impenhorabilidade de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria[...]”, e que as cláusulas que permitem a apropriação do salário do mutuário, para satisfação do crédito do banco,

além de serem consideradas iníquas e abusivas (artigo 51, IV, do CDC), revela[m] também vício, consubstanciado em fraude, como tentativa de burlar a determinação constante do artigo 649, inciso IV, do CPC/73, atual artigo 833, inciso IV, do NCPC (impenhorabilidade dos salários).

Ponderou, ainda, que, mesmo na execução de verba alimentar, vem-se limitando o valor da penhora, pois não se pode admitir “expropriação integral dos proventos ou, ainda, em montante que leve o executado a uma vida indigna”. Logo, não haveria fundamento para, em negócios sem essa especial natureza, alimentar, “apenas a inadimplência com a condenação à penúria financeira, à completa ausência do mínimo existencial para a vida, pois essa seria uma sanção absolutamente desumana”. Tal solução, ressaltou, seria “própria de Estados onde vigora a barbárie, e mais aplicada por quem não tem além de legitimidade, autoridade para tanto (instituições financeiras e a elas equiparadas)”.

Como anota José Renato Nalini,

o lucro é legítimo e o capitalismo é o mal menor, diante das frustradas experiências políticas socialistas. O negócio do banco é dar segurança ao cliente e obter ganhos com isso. Mas existe algo já decantado e trivializado, com risco de fragilidade semântica, chamado “responsabilidade social”⁸⁶⁹.

⁸⁶⁸ STJ, 4ª Turma, REsp n. 1586910/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 29.08.2017.

⁸⁶⁹ NALINI, José Renato. A Constituição e a economia. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, v. 64, p. 109-123, 2014. p. 4 da versão digital.

4.2.4.2 Abertura de crédito rotativo

Com características diferentes, mas encerrando também uma garantia autoexecutável, na abertura de crédito rotativo “é possível a compensação das retiradas com as entradas”⁸⁷⁰. Por esse contrato, “o banco se obriga a manter à disposição da outra parte certa quantia em dinheiro, por tempo determinado ou não”⁸⁷¹. Conforme o crédito é utilizado, porém, sua disponibilidade vai se reduzindo, a menos que o creditado pague pelo crédito que já utilizou. Tal pagamento, por sua vez, é feito por meio de compensação com valores lançados em favor do creditado, dos quais o banco se apropria para restabelecer o limite. Compensam-se as retiradas com as entradas, para que “a disponibilidade não fique reduzida a limite inconveniente no interesse do creditado, intercorrendo, em sentido inverso, as relações de crédito e débito”⁸⁷². Daí admitir-se, também nesse negócio, que o banco retenha valores do correntista para satisfação de seu direito de crédito.

Em julgado no qual se discutia a utilização de salário para cobrir o crédito rotativo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria, que também nesse negócio o banco pode se apropriar valores do correntista para se autopagar. Não haveria, aí, propriamente, para o Superior Tribunal de Justiça, uma “apropriação”. No voto vencedor, a Ministra Isabel Gallotti argumentou em termos jurídico-contábeis, afirmando que, no caso do crédito rotativo, apenas se opera “o encontro de contas entre créditos e débitos em conta-corrente”, o que não poderia ser tratado nem como “contrato de empréstimo consignado e nem de contrato mútuo em que pactuado o pagamento por meio de desconto em conta-corrente de prestações periódicas”.

Por essa linha de fundamentação, “as remessas para a conta-corrente, seja crédito de salário, sejam quaisquer outros depósitos, perdem sua individualidade, passando a ‘simples fatores ou elementos integrantes e inseparáveis desta’ [...]”, razão pela qual “não há óbice para que todas as remessas feitas pelo correntista sejam imputadas ao débito

⁸⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 62.

⁸⁷¹ ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 10. ed. rev., ampl. e atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 152.

⁸⁷² GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 402.

verificado na conta, tendo em vista que, igualmente, todo o crédito pode ser por ele utilizado”⁸⁷³.

4.2.4.3 Empréstimo consignado

Nos empréstimos consignados, o pagamento do empréstimo é feito por meio de desconto em folha de pagamento.

Apesar de repousar sobre a mesma lógica dos demais negócios, de possibilitar que o banco se autopague, retendo os valores lançados em favor do mutuário, apenas aqui existe lei prevendo limitação para os descontos. Dispõe o art. 3º, § 5º, da Lei n. 10.820/2003 que os descontos em folha “não poderão ultrapassar o limite de 35% (trinta e cinco por cento) do valor dos benefícios [...]”.

Para o Superior Tribunal de Justiça, nessa hipótese “a limitação do desconto em folha é salutar, possibilitando ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos”⁸⁷⁴. Neste caso, “o legislador ordinário concretiza, na relação privada, o respeito à dignidade humana, pois, com razoabilidade, limitam-se os descontos compulsórios que incidirão sobre verba alimentar, sem menosprezar a autonomia privada”.

Apesar de pouco se diferenciar das demais modalidades de empréstimo, somente nesse caso, dos consignados, o Superior Tribunal de Justiça aceita sejam limitados os descontos para pagamento do débito decorrente do mútuo.

4.2.5 Compra e venda com reserva de domínio

Na compra e venda com reserva de domínio, o vendedor transfere a posse direta e conserva consigo a propriedade resolúvel, até que o preço seja integralmente pago (art. 521 do Código Civil). Trata-se de um “pacto adjeto à compra e venda, em que o vendedor mantém consigo a propriedade da coisa móvel sob a condição suspensiva do pagamento

⁸⁷³ STJ, 4ª Turma, AgRg nos EDcl no Ag n. 1312507/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. 12.05.2015, DJe 01.07.2015.

⁸⁷⁴ STJ, 4ª Turma, REsp n. 1586910/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 29.08.2017, DJe 03.10.2017.

integral das prestações pelo comprador”⁸⁷⁵. Tal negócio “se aproxima do modelo da propriedade fiduciária [...], [pois] o desdobramento da posse e a propriedade condicional são comuns a ambas, bem como o desiderato de propiciar a circulação massiva de propriedade mobiliária”⁸⁷⁶. Difere da alienação fiduciária em garantia porque, “na venda com reserva de domínio, o vendedor, sendo proprietário de determinado bem, contrata sua venda ao adquirente-devedor, mas a transmissão da propriedade fica suspensa, dependendo do pagamento do preço [...]”⁸⁷⁷, ao passo que, “na alienação fiduciária, é o devedor que, sendo proprietário da coisa, nessa condição contrata sua transmissão ao credor”⁸⁷⁸. “Na primeira hipótese [compra e venda com reserva de domínio] a garantia decorre da reserva, enquanto que na segunda [alienação fiduciária] a garantia está na venda que o devedor faz ao credor”⁸⁷⁹.

Valendo-se de tal garantia, o vendedor pode cobrar as parcelas vencidas e vincendas (art. 526, primeira parte) ou recuperar a posse direta, mediante prévia comprovação da mora, por meio de protesto do título ou de interpelação judicial (arts. 525 e 526, segunda parte)⁸⁸⁰.

Recuperada a coisa, o vendedor pode, sem necessidade de autorização judicial prévia, reter, das prestações pagas, o necessário para cobrir a depreciação da coisa, as despesas feitas e o mais que lhe for devido (art. 527, primeira parte).

⁸⁷⁵ ROSENVALD, Nelson. Arts. 420 a 652, cit., p. 410.

⁸⁷⁶ ROSENVALD, Nelson. Arts. 420 a 652, cit., p. 410.

⁸⁷⁷ CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, v. XXI, p. 305-335, 2003. p. 10 da versão digital.

⁸⁷⁸ CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia, cit., p. 10 da versão digital.

⁸⁷⁹ CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia, cit., p. 10 da versão digital.

⁸⁸⁰ Deve fazê-lo, porém, apenas quando a medida guardar proporcionalidade com o débito em aberto, pois, diferentemente do que se dá com a alienação fiduciária em garantia, reconhece-se a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial na compra e venda com reserva de domínio. *Vide*, por exemplo: “Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial – Possibilidade, quando se trate de contrato de compra e venda com reserva de domínio – Entendimento proferido pelo C. Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp 1.622.555/MG que apenas veda a aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos regidos pelo Decreto-lei 911/69, diante do rito específico previsto para retomada do bem nos contratos que contém alienação fiduciária em garantia, o que não é o caso dos autos, já que se trata de compra e venda com reserva de domínio regulada pelo Código Civil – Pagamento de, no mínimo, 86,6% do valor financiado, que impossibilita a rescisão do ajuste – R. sentença monocrática mantida – Parcialmente provido o recurso da autora, nos termos mencionados, e não conhecido o da ré” (TJSP, 31ª Câ. Dir. Priv., Ap. Cível n. 0004969-61.2014.8.26.0586, Rel. Des. Carlos Nunes, j. 31.07.2018).

4.2.6 Retrovenda com finalidade de garantia do mútuo feneratício

Pela retrovenda, o vendedor de coisa imóvel se reserva no direito de recobrá-la no prazo decadencial máximo de três anos, restituindo ao comprador o preço recebido mais as despesas e benfeitorias que houverem sido autorizadas por escrito (art. 505 do Código Civil). Trata-se, segundo Moreira Alves, da “cláusula adjeta ao contrato de compra e venda, na qual o vendedor se reserva o direito de, dentro de certo prazo, recuperar a coisa vendida mediante a restituição do preço e o reembolso de certas despesas ao comprador”⁸⁸¹. Caso o comprador se recuse a receber a quantia, o vendedor pode depositá-la em juízo, a fim de se valer do direito de resgate (art. 506), que pode ser exercido, inclusive contra terceiro adquirente, não só pelo vendedor mas também pelos eventuais cessionários, herdeiros ou legatários (art. 507).

O negócio era bastante utilizado, no passado, pelos proprietários que, em situação de dificuldades financeiras, socorriam-se da compra e venda para “obter recursos para fazer face a necessidades [...] sem perder, no entanto, a esperança de reaver a coisa vendida [...]”⁸⁸². Como anota Paulo Carneiro Maia, a cláusula de retrovenda “traduz uma condição resolutiva, operando os seus efeitos *ex tunc*”⁸⁸³.

Na prática hodierna, a retrovenda é utilizada quase sempre como garantia de contrato de mútuo feneratício, com vistas a que o mutuante (comprador) fique com a coisa em caso de inadimplemento do mutuário (vendedor). Para garantir o pagamento não só do principal, mas também dos juros, estipula-se valor de empréstimo inferior ao do imóvel, a fim de que nessa diferença fiquem compreendidos os acessórios. Se tais quantias (principal mais acessórios) não forem pagas pelo mutuário (vendedor), as partes simulam que o direito de resgate não foi exercido no tempo e modo convencionados, consolidando-se a propriedade, de modo irrevogável, em mãos do mutuante (comprador).

Observa Moreira Alves que, por essa operação, “está o credor mais protegido do que se recebesse uma garantia real, cuja eficácia, em nosso sistema jurídico, se acha bastante enfraquecida [...]”⁸⁸⁴, contornando-se a proibição de que a parte fique com a coisa dada em

⁸⁸¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A retrovenda*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: RT, 1987. p. 1.

⁸⁸² MOREIRA ALVES, José Carlos. *A retrovenda*, cit., p. 3.

⁸⁸³ MAIA, Paulo Carneiro. *Da retrovenda*. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 11.

⁸⁸⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A retrovenda*, cit., p. 5.

garantia se a dívida não é paga no vencimento (arts. 1.365, *caput*, e 1.428, *caput*, do Código Civil).

A prática acabou de tal forma disseminada que a jurisprudência presume a ilegalidade da retrovenda, exigindo prova, do comprador, de que não utilizou o negócio para encobrir o mútuo com cláusula de perdimento. Conforme se extrai de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, “a experiência comum mostra que, pelo desuso em condições normais, o pacto de retrovenda contém presunção relativa de mera garantia de mútuo com juros além dos permitidos [...]”⁸⁸⁵. A ilegalidade ocorre porque, quando utilizada como instrumento de garantia, o valor entregue pelo comprador não constitui preço, mas objeto de mútuo, e a vontade das partes corresponde não à de comprar e vender, mas à de receber em empréstimo e recuperar o que foi emprestado. A declaração nela contida não corresponde à verdade, encerrando pois uma simulação (art. 167, § 1º, II), que é causa de nulidade (art. 167, *caput*).

Como anota Luiz Carlos de Andrade Júnior, o negócio se qualifica como *simulado* quando opera uma “*ilusão negocial*”⁸⁸⁶. Não se confunde com o negócio fiduciário, pois este não acoberta a verdade. Nas palavras de Francisco Ferrara, o negócio fiduciário é “*um jogo com as cartas a descoberto* – já que os contratantes concluem um negócio real e visível para alcançar uma finalidade lícita [...]”⁸⁸⁷. Na simulação, ao contrário, há “obrigações com causa falsa, [por exemplo] a simulação dum contrato de mútuo, sob a forma duma venda”⁸⁸⁸.

Além da invalidade pela simulação, a retrovenda com escopo de garantia é nula também por fraudar lei imperativa (art. 166, inciso VI), uma vez que os arts. 1.365, *caput*, e 1.428, *caput*, proíbem a tomada da coisa em satisfação de um crédito. Na retrovenda com escopo de garantia, essa apropriação ocorre antes mesmo do inadimplemento.

Anotam Enrico Tullio Liebman e J. Canuto Mendes de Almeida que “a lei brasileira não admite a compra e venda com cláusula de retrovenda para os bens móveis (cf. art. 1.140

⁸⁸⁵ TJSP, 4ª Câm. Dir. Priv., Ap. c/ rev. n. 0066639-64.2004.8.26.0000, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 27.04.2006.

⁸⁸⁶ ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A simulação no direito civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 172.

⁸⁸⁷ FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Tradução A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939. p. 80.

⁸⁸⁸ FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*, cit., p. 272.

do Código Civil), justamente para impedir esta espécie de fraude à proibição do pacto comissório”⁸⁸⁹. Por essa razão, sustentam os autores, “o intérprete, atendendo a estes intuitos do legislador, não pode deixar de destruir as tortuosas manobras imaginadas para iludir aqueles intuitos e conseguir finalidade que a lei considerou manifestamente imoral e ilícita”⁸⁹⁰.

O devedor, na retrovenda com escopo de garantia, submete-se a uma situação muito gravosa, pior que a do devedor fiduciante na alienação fiduciária de imóveis, não gozando, por exemplo, do direito de purga da mora, além de não poder evitar que o credor fique com a coisa, geralmente precificada em valor inferior ao de mercado. É negócio que, além de tudo, prejudica o interesse da parte vulnerável.

Por outro lado, como observa Miguel Reale, “a proibição de pacto de resgate [...] não implica na inexistência do negócio jurídico que se quis ocultar [...]”⁸⁹¹. Portanto, a princípio subsiste o negócio dissimulado (o mútuo feneratício). A conclusão, porém, deve enfrentar análise cuidadosa, pois a retrovenda com finalidade de garantia, via de regra, encobre o mútuo feneratício usurário, que é também nulo, por ofensa ao art. 166, II, do Código Civil.

4.2.7 Penhor de crédito

Dispõe o Código Civil que, desde que suscetíveis de cessão, os direitos, *e.g.*, de crédito, podem ser objeto de penhor (art. 1.451). A garantia é constituída mediante instrumento público ou particular registrado no Cartório de Títulos e Documentos (art. 1.425, *caput*) e, no caso dos créditos, passa a ter eficácia quando notificado o devedor (art. 1.452, primeira parte), impondo ao credor o dever de conservá-los e de defendê-los (art. 1.454), além de cobrá-los (art. 1.455, primeira parte). Depois, o credor deposita o montante do que

⁸⁸⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio; ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. Penhor: retrovenda. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. São Paulo: RT, 2011. v. 5. p. 77-81. p. 3 da versão digital.

⁸⁹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio; ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. Penhor, cit., p. 3 da versão digital.

⁸⁹¹ REALE, Miguel. Nulidade de ato jurídico. Venda com resgate para encobrir pacto comissório – se subsiste o penhor, não obstante a nulidade do contrato – colocação do problema em face do nosso direito positivo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. São Paulo: RT, 2010. v. 4. p. 101-108. p. 5 da versão digital.

recebeu (art. 1.455, *caput*) e, se o débito já tiver vencido, pode reter a quantia, restituindo ao devedor pignoratício apenas o restante (art. 1.455, parágrafo único).

Não se trata de mera retenção, porém. Em retendo o valor, o credor pignoratício se paga, tal como ocorre na cessão e no endosso fiduciários. No entanto, o penhor de créditos se distingue da transmissão fiduciária porque, enquanto no penhor de crédito “o direito de crédito remanesce no patrimônio do devedor (e nessa condição, por exemplo, é considerado em eventual concurso falimentar de credores, por exemplo), na cessão fiduciária [assim como no endosso fiduciário] tal titularidade é, efetivamente, transmitida para as mãos do credor”⁸⁹².

Assim como ocorre com a cessão e o endosso fiduciários, o penhor de crédito pode recair não somente sobre créditos presentes mas também sobre créditos futuros. Dessa forma, exemplifica Gustavo Tepedino, o penhor de crédito “pode atingir o direito que a empresa devedora tem em face de operadora de cartão de crédito pelas vendas parceladas que seus estabelecimentos realizam”⁸⁹³. Por esse negócio, os valores decorrentes dos créditos empenhados são depositados em uma conta de recebíveis à medida que vão sendo pagos, e, com o vencimento do crédito originário, o credor pignoratício retém o montante e vê satisfeito, por autopagamento, o crédito a que faz jus. Essas contas, nas quais são depositados os pagamentos dos créditos empenhados, recebe o nome, em inglês, de “*accounts receivable*”. Trata-se de garantia real constituída sobre certos direitos de crédito, ou, em outras palavras, pagamentos a receber – recebíveis – oriundos de outras relações obrigacionais, já formalmente constituídas ou não”⁸⁹⁴.

A garantia acaba por estender a outros credores, que não apenas os enumerados na Lei n. 10.931/2004, a possibilidade de utilizar o crédito, inclusive futuro, como garantia das obrigações. A solução não é de todo perfeita, porém, pois, em caso de recuperação judicial, o credor pignoratício concorre com outros credores reais, enquanto o titular fiduciário goza da extraconcursalidade. Não obstante, é garantia que, afora o caso de recuperação judicial,

⁸⁹² WAMBIER, Luiz Rodrigues. Negócio fiduciário e cessão fiduciária de créditos na falência e recuperação judicial de empresas, cit., p. 527-566. p. 8 da versão digital.

⁸⁹³ TEPEDINO, Gustavo. Caução de créditos no direito brasileiro: possibilidades do penhor sobre direitos creditórios. In: *Soluções práticas – Tepedino*. São Paulo: RT, 2011. v. I. p. 445-464. p. 5 da versão digital.

⁸⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Caução de créditos no direito brasileiro, cit., p. 6-7 da versão digital.

goza de grande efetividade, autoexecutável, tendo em vista que, por ela, o credor pignoratício se autopaga, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

4.2.8 Penhor de título de crédito

O título de crédito pode ser objeto de penhor, tendo em vista que “corresponde a documento que consubstancia declaração de vontade com conteúdo econômico e que tem natureza de coisa móvel, podendo, portanto, ser objeto de direitos reais de garantia”⁸⁹⁵.

Dispõe o art. 1.459, II e IV, do Código Civil que ao credor, em penhor de título de crédito, compete o direito de “usar dos meios judiciais convenientes para assegurar os seus direitos, e os do credor do título empenhado” (inciso II), e, uma vez realizada a cobrança, “receber a importância consubstanciada no título e os respectivos juros, se exigíveis, restituindo o título ao devedor, quando este solver a obrigação” (inciso IV).

O penhor de título de crédito pode assumir feição autoexecutável. Como observa Nestor Duarte, “embora o penhor constitua mera garantia, e não forma de pagamento da dívida, o penhor de título de crédito permite a sua cobrança, retendo o credor pignoratício o equivalente de seu crédito e entregando o restante ao devedor pignoratício”⁸⁹⁶. Ou seja, “o credor, garantido por penhor de título de crédito, pode cobrá-lo dos obrigados no título e, assim, ele se paga [...]”⁸⁹⁷. Pode o credor pignoratício proceder dessa forma, autoexecutável, inclusive contra o próprio credor do título, devedor pignoratício, tendo em vista que, “estando o título vencido, não há empecilho para que o endossante também seja demandado, já que este é um dos coobrigados no título [...]”⁸⁹⁸.

4.2.9 Autotutela passiva

Há circunstâncias em que o comportamento passivo de uma parte conduz a outra a estado de sujeição, forçando-a ao cumprimento da obrigação.

⁸⁹⁵ ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*, cit., p. 216.

⁸⁹⁶ DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 184.

⁸⁹⁷ DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*, cit., p. 186.

⁸⁹⁸ DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*, cit., p. 184.

No direito de retenção, por exemplo, o devedor mantém consigo coisa alheia até que o credor satisfaça obrigação ligada a essa mesma coisa. Tal se dá também com a exceção do contrato não cumprido, pela qual uma parte, quedando-se passiva, compele outra a cumprir sua obrigação, sob pena de não ver satisfeita a dela. Em ambos os casos, a parte inerte coage a outra a satisfazer uma prestação, colocando-se em posição passiva privilegiada, fundada no exercício da autotutela privada.

Diversos autores veem na autotutela privada passiva um meio de garantia. Referindo-se ao sistema alemão, Angelo Saturno sugere, por exemplo, que o § 320 do BGB⁸⁹⁹ trata a exceção do contrato não cumprido como um meio de autotutela⁹⁰⁰. Afirma que “a doutrina germânica prevalente [...] prefere concluir [...] que a *exceptio non* (ou *non rite adimpleti contractus*) representa um verdadeiro e próprio contradireito obrigacional, que leva à ineficácia da pretensão do credor”⁹⁰¹. Esse instituto desempenha, na prática, um papel de “coação psicológica ao adimplemento”, na medida em que, “negando o próprio

⁸⁹⁹ Na versão em inglês do BGB: “Section 320 Defence of unperformed contract.

(1) A person who is a party to a reciprocal contract may refuse his part of the performance until the other party renders consideration, unless he is obliged to perform in advance. If performance is to be made to more than one person, an individual person may be refused the part performance due to him until the complete consideration has been rendered. The provision of section 273 (3) does not apply.

(2) If one party has performed in part, consideration may not be refused to the extent that refusal, in the circumstances, in particular because the part in arrears is relatively trivial, would be bad faith”.

⁹⁰⁰ Tratada, no direito alemão, pelo BGB, como instrumento de aplicação excepcional, nos §§ 229/331. Na versão em inglês: “Section 229 Self-help. A person who, for the purpose of self-help, removes, destroys or damages a thing, or a person who, for the purpose of self-help, arrests an obliged person who is suspected of flight, or overcomes the resistance to an act of an obliged person who has a duty to tolerate that act, does not act unlawfully if help cannot be obtained from the authorities in good time and there is a danger, without immediate intervention, that the realisation of the claim will be prevented or be considerably more difficult.

Section 230 Limits of self-help

(1) Self-help may not extend further than is necessary to ward off the danger.

(2) In the case where things are removed, then, unless execution of judgment is being effected, a writ of attachment is to be sought.

(3) In the case of the arrest of the person obliged, unless he is set free again, an application for his preventive custody is to be filed with the local court [Amtsgericht] in whose district the arrest took place; the person obliged is to be presented to the court without undue delay.

(4) If the application for arrest is delayed or rejected, the things seized must be returned and the person arrested released without undue delay.

Section 231 Self-help by mistake

If a person does any of the acts described in section 229 in the mistaken assumption that the requirements necessary to exclude unlawfulness are satisfied, he is obliged to pay damages to the other party, even if the mistake does not result from negligence”.

⁹⁰¹ SATURNO, Angelo. *L'autotutela privata: I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995. p. 73.

adimplemento, uma parte sujeita a outra a pressões psicológicas para cumprir a prestação a que está obrigada”⁹⁰².

Sob essa ótica, de meio de coerção indireta ao pagamento, tais categorias podem ser consideradas garantias autoexecutáveis, uma vez que atingem sua finalidade prática – de obter a satisfação da obrigação – sem o concurso do Poder Judiciário.

4.2.9.1 Direito de retenção

Arnoldo Medeiros da Fonseca conceitua o direito de retenção como “a faculdade assegurada ao credor, independentemente de qualquer convenção, de *continuar a deter a coisa a outrem devida* até ser satisfeita, ou ficar extinta, uma obrigação existente para com ele”⁹⁰³. Funciona, na prática, como anota Carvalho de Mendonça, como “um meio de obrigar o devedor a executar a obrigação contraída, é um remédio defensivo, um meio de vincular a coisa alheia ao cumprimento da obrigação relativa a essa mesma coisa”⁹⁰⁴. Constitui, pois, “*um meio de garantia; não extingue, mas apenas suspende, a obrigação do retentor, assegurando-lhe a faculdade de recusar a entrega da coisa retida, até satisfação do crédito correlativo, de que êle é titular*”⁹⁰⁵. Para além disso, é uma garantia autoexecutável, na medida em que constitui “um favor ao crédito, uma proteção à boa-fé e um expediente econômico, poupando as despesas e evitando as lentidões de um duplo processo”⁹⁰⁶.

Luís Miguel Pestana de Vasconcelos observa que, em sentido amplo, a garantia “consiste exatamente nisto: o reforço ou posição de privilégio do seu crédito face aos credores comuns”⁹⁰⁷, donde concluir que o direito de retenção “desempenha pois uma função

⁹⁰² SATURNO, Angelo. *L'autotutela privata*, cit., p. 74. Tradução livre de: “coazione psicologica all'adempimento. Negando il proprio adempimento, una parte può infatti sottoporre a pressione psicologica l'altra parte, al fine di indurla a fornire la prestazione cui è obbligata”.

⁹⁰³ FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944. p. 100-101.

⁹⁰⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Livro Quinto: da falência e da concordata preventiva. 4. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. v. VII. p. 176.

⁹⁰⁵ FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 118.

⁹⁰⁶ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Livro Quinto, cit., p. 176.

⁹⁰⁷ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*, cit., p. 48.

de garantia e uma função coercitiva”⁹⁰⁸. Da mesma forma, Mário Júlio de Almeida Costa, ao afirmar que “o direito de retenção [é caracterizado] como uma verdadeira garantia [...]”⁹⁰⁹.

O direito de retenção tem origem remota na *exceptio doli*, repousando na ideia de “impedir que o autor da reivindicação pudesse recuperar a coisa reivindicada antes de haver satisfeito as despesas necessárias, com ela feitas pelo possuidor de boa-fé [...]”⁹¹⁰. No Código Civil, encontra lugar, dentre outros, no direito do depositário de reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, mais despesas e prejuízos (art. 644); no direito do credor pignoratício de reter a garantia até que indenizadas as despesas em que tiver incorrido justificadamente e sem culpa (art. 1.433, II); no direito do locatário de reter o bem para se ver indenizado pelas benfeitorias úteis e necessárias que houver realizado com o consentimento expresso do credor (art. 578); no direito do possuidor de boa-fé de reter o bem para garantir a indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219); no direito do mandatário, até o reembolso dos encargos que despendeu no desempenho do encargo; no direito do transportador de, findo o transporte, reter as bagagens do passageiro para garantir-se do pagamento da passagem que não houver sido paga no início do percurso (art. 742).

Para Carvalho de Mendonça, além das hipóteses legais, existe também “direito tácito de retenção” sempre que concorrerem os seguintes requisitos:

a) que os bens móveis e títulos se achem à disposição do credor por consentimento do devedor [...]; b) que o devedor seja proprietário da coisa retida [...]; c) que entre a dívida e a coisa haja conexão [...], [e.] como condição essencial do exercício do direito de retenção, que a dívida se ache vencida e exigível [...]”⁹¹¹.

Há entendimento jurisprudencial de que o retentor deva ter a qualidade de *possuidor* da coisa, pois o art. 1.219 do Código Civil confere direito de retenção “ao possuidor de boa-fé”. *Vide*, por exemplo, caso no qual se discutia se oficina mecânica poderia exercer direito de retenção sobre veículo para forçar o pagamento dos reparos. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que não, sustentando que, como o veículo foi deixado na concessionária apenas para a realização de reparos, “a concessionária teve somente a detenção do bem, que

⁹⁰⁸ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*, cit., p. 359.

⁹⁰⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 3. ed. refundida. Coimbra: Almedina, 1979. p. 702-703.

⁹¹⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 38.

⁹¹¹ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial Brasileiro*. Livro Quinto, cit., p. 189-192.

ficou sob sua custódia por determinação e liberalidade da proprietária, em uma espécie de vínculo de subordinação”⁹¹². O direito de retenção não teria então cabimento, pois “não pode ser invocado por aquele que possui tão somente a detenção do bem”.

Desde Roma, porém, “para a concessão da retenção não era essencial a existência da posse civil, capaz de dar lugar ao usucapião, bastando, por vezes, a simples detenção da coisa”⁹¹³. Não é necessário “que se trate de *posse* pròpriamente dita, *animo domini*, ou mesmo direta. Basta a mera *detenção* da coisa pelo credor [...]”⁹¹⁴. O retentor detém para devolver, depois de cumprida a contraprestação, e não para conservar a coisa como sua, muito menos com ânimo *usucapiendi*. Basta, para a retenção, trate-se de uma *detenção legítima*, ou seja, “não pode ser *injusta*, isto é, adquirida e conservada por meio de um ato ilícito [...]”⁹¹⁵.

Sustenta-se também que os bens públicos não poderiam ser objeto de retenção, novamente sob a premissa de que apenas a posse, e não a detenção, é que autorizaria a retenção. Em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, afirmou-se que “o particular jamais exerce poderes de propriedade (art. 1.196 do CC) sobre imóvel público, impassível de usucapião (art. 183, § 3º, da CF). Não poderá, portanto, ser considerado possuidor dessas áreas, senão mero detentor”⁹¹⁶. Logo, seria “inadmissível que um particular retenha imóvel público, sob qualquer fundamento, pois seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que está em desarmonia com o Princípio da Indisponibilidade do Patrimônio Público”. Esse direito de retenção, do particular contra o Estado, acabaria por constituir um estímulo a “invasões e construções ilegais e ilegítimas, com a garantia de indenização”.

Sequer é verdade, em primeiro lugar, que o particular não possa exercer a posse de bem público. Tal posse pode estar calcada, aliás, em vontade do próprio poder público, a quem é dado transferi-la por meio de contrato ou ato unilateral, com o que “o particular passa a ter um direito subjetivo público ao seu exercício, oponível a terceiros e à própria Administração [...]”, no dizer de Hely Lopes Meirelles⁹¹⁷. Além disso, lança-se novamente

⁹¹² STJ, 3ª Turma, REsp n. 1628385/ES, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 22.08.2017.

⁹¹³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 41.

⁹¹⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 195.

⁹¹⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 195.

⁹¹⁶ STJ, 2ª Turma, REsp n. 945.055/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.06.2009.

⁹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 526.

a objeção de que a retenção está calcada não no ânimo de conservar a coisa como própria, ou para usucapi-la, mas no de detê-la em garantia de obrigação conexa, para posterior devolução, após o cumprimento da contraprestação. Como anota Arnaldo Medeiros da Fonseca, especificamente quanto a esse ponto, deve ser admitida a retenção do bem público porque esta, “na verdade, [...] não [passa] de uma garantia, baseada na lei e inspirada na equidade”⁹¹⁸. Em arremate, é incorreto dizer que o direito de retenção do particular contra o Estado estimula invasões e construções “ilegais ou ilegítimas”, pois, neste específico caso, a detenção do bem não se afigura legítima, não fazendo exsurgir, pois, o direito de retenção.

Também se afirma, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que não gozaria do direito de retenção o terceiro de boa-fé que realiza benfeitoria em bem hipotecado, porque “admitir que terceiros possam exercer direito de retenção sobre benfeitorias erguidas em imóveis dados em hipoteca equivaleria a retirar a eficácia do próprio direito real de garantia”⁹¹⁹. Tal argumento encerra uma tautologia, pois a retenção tem como efeito justamente retirar a eficácia do direito real.

O direito de retenção é assegurado até mesmo no caso em que o devedor entrega como própria coisa alheia. “Há neste caso um conflito entre o direito que assiste ao credor de boa-fé e do legítimo proprietário. Se este deve ter todo o auxílio e proteção, aquela [...] deve merecer também igual proteção”⁹²⁰. Fazendo alusão ao art. 93, § 3º, da Lei n. 2.024/1908⁹²¹, Carvalho de Mendonça afirma que esse direito só não prevalece em caso de furto ou roubo, concluindo que “a lei seguiu um caminho de equidade: se a coisa foi roubada, ou achada por ter sido perdida, prevalece o direito do legítimo dono; nos demais casos, triunfa a boa-fé do credor”⁹²².

Reconhecido o direito de retenção, o retentor pode deter a coisa “com um fim de garantia, sendo [...] autorizado a não entrega-la até a extinção de um crédito [...]”⁹²³, e, como consequência, utilizar atos de desforço para resguardar a detenção da coisa, usar das ações

⁹¹⁸ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 194.

⁹¹⁹ STJ, 3ª Turma, REsp n. 1361214/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27.11.2018.

⁹²⁰ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Livro Quinto, cit., p. 191.

⁹²¹ “Art. 93. E' garantido, no caso do art. 198 do Código Commercial, o direito de retenção, salvo a resolução do contracto. [...] § 3º Si o devedor entregou como propria ao credor coisa pertencente a terceiro, o direito de retenção pôde ser opposto ao terceiro, provada a boa fé do credor, salvo a reivindicação no caso de perda ou furto”.

⁹²² CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Livro Quinto, cit., p. 191.

⁹²³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 268.

possessórias para proteger sua posse, reter os frutos da coisa, para posterior devolução, com o principal, e exigir ressarcimento pelas despesas que houver feito com a conservação da coisa, “até inteiro reembolso do crédito garantido”⁹²⁴. Trata-se de direito indivisível, não se extinguindo com o pagamento parcial, o qual “não envolve renúncia do direito de retenção relativamente a uma parte correspondente da coisa retida, ainda que esta seja divisível”⁹²⁵. É, também um direito transmissível *inter vivos* ou *causa mortis*, mas, como tem natureza acessória, “sua transferência não se pode verificar senão conjuntamente com o crédito garantido”⁹²⁶.

Por outro lado, não pode o retentor, salvo convenção em contrário, usar a coisa retida nem apropriar-se dos frutos, o que é “contrário à índole da garantia *indireta* de pagamento, que o direito de retenção representa [...]”⁹²⁷.

O direito de retenção constitui garantia não do ponto de vista clássico, mas na medida em que consiste em forma de coerção indireta ao pagamento. Além disso, atinge sua finalidade prática, de obter a satisfação da obrigação, sem o concurso do Poder Judiciário. Trata-se de uma *garantia autoexecutável*.

4.2.9.2 Exceção do contrato não cumprido

Assim como ocorre com o direito de retenção, a exceção do contrato não cumprido, tomada em sentido amplo, encerra uma garantia autoexecutável. O instituto, assinala Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, atua como “elemento de pressão sobre a outra parte, levando-a a cumprir. Para além disto, porém, ele constitui um reforço da posição do credor e, nessa medida, uma garantia, embora indireta [...]”⁹²⁸. Surgiu, aponta Arnaldo Medeiros da Fonseca, “como um meio provisório de pressão eficaz contra o devedor, cabível nos contratos sinalagmáticos, de modo a assegurar a reciprocidade que lhes é inerente [...] [com] a vantagem de não exigir a intervenção da justiça”⁹²⁹.

⁹²⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 269.

⁹²⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 265.

⁹²⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 266.

⁹²⁷ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 271.

⁹²⁸ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*, cit., 633.

⁹²⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 122.

W. W. Buckland e Arnold. D. Macnair observam que a teoria é modelada, no período clássico do direito romano, sob a ideia de “interdependência das promessas”, e teve como pano de fundo, anota Orlando Gomes, o fato de que, “nos contratos bilaterais [...] a obrigação de uma parte é a causa jurídica da outra [...]”⁹³⁰. Essa causa, por sua vez, segundo Messineo, exerce uma “função teleológica [...], consistente em que [...] a parte consiga efetivamente o fim (reconhecido como importante) que o contrato, por sua natureza, permite que se atinja”⁹³¹. Nos contratos bilaterais, está consubstanciada no adimplemento *recíproco* das prestações, que, no dizer de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “estão entre si entrelaçadas de um lado e do outro, e unidas por esta noção de sinalagma”⁹³².

Concluem Ralpho de Barros Monteiro e Maria Stella de Barros Monteiro que, “como somente se há falar em realização dos fins das partes se ambas ficarem satisfeitas, pode-se também dizer que uma prestação é causa da outra, e vice-versa”⁹³³. É por isso que, segundo anota Pontes de Miranda, pode o devedor, “invocando o princípio da co-pontualidade, [...] nega[r]-se a pagar o preço, ou entregar a coisa, enquanto não se lhe presta o que lhe é devido [...]”⁹³⁴.

A exceção do contrato não cumprido constitui, pois, *garantia de atingimento da causa do contrato*, atuando em prol de ambas as partes como forma de coerção indireta ao adimplemento, independentemente de intervenção do Poder Judiciário. Trata-se, em sentido amplo, de uma *garantia autoexecutável*.

⁹³⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 111.

⁹³¹ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tradução R. O. Fontarrosa, S. Sentís Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986. t. I. p. 113. Tradução livre de: “la causa del contrato tiene una función teleológica (es el ‘porqué’ del contrato), en el sentido de que el ordenamiento jurídico [...] la parte consiga efectivamente el fin (reconocido como importante) que el contrato, por su misma naturaleza, es idóneo para hacer conseguir [...]”.

⁹³² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 93, p. 209-229, 2014. p. 210.

⁹³³ MONTEIRO, Ralpho Waldo de Barros; MONTEIRO, Maria Stella de Barros. A causa do contrato e a *exceptio non adimpleti contractus*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 958, p. 99-117, 2015. p. 4 da versão digital.

⁹³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. VI: Parte geral. Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões ações e exceções. Prescrição. p. 411.

4.2.9.3 Compensação

Também como ocorre com a exceção do contrato não cumprido, a compensação constitui garantia, em sentido amplo, pois, por ela, anota Bruno Miragem, “há satisfação dos interesses de ambos os credores, [...] [que] deixam, por igual, de desfalcar o patrimônio com o desembolso da prestação devida. Preserva-se, desse modo, o patrimônio, sem exigir ou ser exigido das prestações respectivas”⁹³⁵.

Observa Roberto De Ruggiero que a compensação está assentada em “exigência da equidade, [consistente em] autorizar cada uma das partes a reter para satisfação do crédito próprio a prestação devida à outra”⁹³⁶. Por isso poder-se dizer, também aqui, como o faz Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, que a compensação tem

[...] uma função de garantia das obrigações, na medida em que, para além de facilitar a extinção dos créditos, evitando a realização dos pagamentos, assegura ao credor um meio suplementar de realização do seu crédito [...] com o contra-crédito que sobre ele tem o devedor [...]⁹³⁷.

4.2.10 Autotutela ativa

Como já visto quando da análise dos contratos bancários, confere-se a alguns credores a possibilidade de autotutelar ativamente o crédito, praticando atos por meio dos quais se autopagam. Essa autotutela ativa, que via de regra é restrita a relações especiais, como as do mercado financeiro e de capitais, pode ser verificada, também, de maneira mais sutil, com as arras confirmatórias. Pode ser verificada, ainda, em *certas formas de execução* dos contratos, que, uma vez utilizadas, colocam o credor em perigo de morte, exercendo coerção ao pagamento. É o caso, *e.g.*, do corte de água do devedor inadimplente. Esta, que a uma primeira vista poderia não se identificar com nenhuma forma de garantia, é, na verdade, a *garantia perfeita*.

⁹³⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 462.

⁹³⁶ DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil: direito das obrigações*. Direito hereditário. Tradução da 6. ed. italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis brasileiro e português, de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934. v. III. p. 85.

⁹³⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*, cit., p. 309.

4.2.10.1 Arras confirmatórias

As arras constituem, em sentido amplo, uma inequívoca garantia, pois, como anota Clovis Bevilacqua, constituem “*penhor da firmeza da obrigação contraída [...]*”⁹³⁸. Observa Bruno Miragem que, ao entregá-las, a parte demonstra “seu compromisso no cumprimento da obrigação assumida, ou ainda como antecipação de indenização, no caso de arrependimento em relação ao negócio”⁹³⁹.

Quando penitenciais, as arras, observa Gustavo Tepedino, “consistem no preço da retratação ou prefixação das perdas e danos que decorreriam do direito potestativo ao arrependimento convencionalmente assegurado”⁹⁴⁰. Quando confirmatórias, porém, “têm por função o reforço do vínculo obrigacional”⁹⁴¹, na medida em que, de acordo com o art. 418 do Código Civil,

se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.

Daí frisar que “a função das arras, neste caso, é de garantia, porque incentiva o cumprimento [...]”⁹⁴².

Quando a inexecução do contrato é de quem entregou as arras, está-se diante não somente de uma garantia, mas de uma garantia autoexecutável, na medida em que a parte inocente pode reter o valor para satisfazer-se, sem necessidade de se socorrer ao Poder Judiciário.

⁹³⁸ BEVILACQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 8. ed. rev. e atual. por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954. p. 147.

⁹³⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*, cit., p. 609.

⁹⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. Estipulação de arras confirmatórias e direito de arrependimento no contrato preliminar de compra e venda de ações. In: *Soluções práticas – Tepedino*. São Paulo: RT. v. 2. p. 107-131. p. 4 da versão digital.

⁹⁴¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*, cit., p. 612.

⁹⁴² MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*, cit., p. 613.

4.2.10.2 Interrupção de serviço essencial como meio de coerção indireta ao pagamento

Sob o véu da *exceptio non adimpleti contractus* e a pretexto de tutelar coletivamente os serviços essenciais, as concessionárias utilizam da interrupção do fornecimento como forma de coerção ao pagamento. Têm, com isso, a certeza de que verão a contraprestação adimplida, sem concurso do Poder Judiciário, pois o usuário não possui alternativa: precisa pagar para ter um bem necessário à sobrevivência. Por isso, as concessionárias detêm, nesse proceder, *a garantia autoexecutável perfeita*.

A outra faceta dessa garantia, porém, é a indignidade do devedor, no que se dá um evidente ilícito. O credor não pode, para satisfazer a pretensão, impor ao devedor consequências desproporcionais ao direito de crédito. Nisso, é adimplida a prestação decorrente do vínculo de prestar mas, por outro lado, descumpre-se o vínculo de lealdade que também reside no vínculo obrigacional. Como anota Menezes Cordeiro, “o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma prestação creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”⁹⁴³. Rosa Maria de Andrade Nery assinala que, ao lado do dever de prestar, “há, na relação obrigacional, [...] um vínculo de lealdade que desperta uma na outra [parte] confiança legitimamente expectada de que agem com propósitos comuns em busca da realização de seus interesses quando da celebração e execução da avença”⁹⁴⁴.

Para que o vínculo se justifique, a prestação deve ser *útil*. Tal utilidade, por sua vez, só é obtida, de fato, se a parte honra todos os deveres que circundam a prestação, considerando o contexto em que se formou o vínculo obrigacional. *O descumprimento de tais deveres configura inadimplemento da obrigação e acarreta consequências de mesma natureza das que decorrem do descumprimento do dever principal*.

Conforme assinala Claudio Luiz Bueno de Godoy, “em matéria de inadimplemento [...] não se pode mais enfocá-lo tão somente do ponto de vista do cumprimento da prestação

⁹⁴³ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 586.

⁹⁴⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 73, 2017. p. 3 da versão digital.

principal [...]”⁹⁴⁵, de modo que, “em renovado o modelo obrigacional, não mais importa apenas o cumprimento da obrigação principal, mas, também, a verificação de *como* ele se dá. Cumprir bem não significa só atender à exata prestação devida, como, igualmente, aos deveres de lealdade que permeiam a relação [...]”⁹⁴⁶. Conclui: “cumpre bem a obrigação quem satisfaz a prestação principal, mas comportando-se no espectro mais amplo da relação, de modo solidário, cooperativo, leal [...]”⁹⁴⁷.

Ao contratarem, as partes devem poder confiar que a outra cooperará a todo momento para a satisfação da obrigação. Trata-se de “necessidade social, pois [as partes devem] poder contratar com outrem, sem que haja a permanente preocupação de que este apenas atuará em benefício próprio, ainda que isto venha a lhe prejudicar”⁹⁴⁸. Quando da contratação, as partes têm “expectativas econômico-financeiras decorrentes de verdadeira parceria [...]”⁹⁴⁹, da qual se espera a “disposição de manter salutar convívio estrutural de atos e de atividades, que lhes permitam tranquilo exercício de seus misteres, que – conjugados – tornam-se fatores do lucro de todos”⁹⁵⁰.

Tal fato constitui imperativo de um sistema econômico que se pretende saudável, instrumentalizado, como afirma Judith Martins-Costa, em

certos deveres de consideração, proteção e cooperação, deveres positivos e negativos, tais como os deveres de informação e esclarecimento; de lealdade em sentido amplo (vedando, por exemplo, a contraditoriedade desleal, ou da criação de gravame desnecessário ao co-contratante); deveres de sigilo; deveres de segurança etc.⁹⁵¹.

As partes devem agir, a todo momento, de maneira objetivamente proba, possuindo dever de *boa-fé objetiva*. A *boa-fé objetiva* limita o *exercício do direito*. Como observa a

⁹⁴⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Adimplemento e extinção das obrigações. Pagamento. Noção. Aspectos subjetivos. De quem deve pagar. Daqueles a quem se deve pagar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 301-302.

⁹⁴⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Adimplemento e extinção das obrigações, cit., p. 301-302.

⁹⁴⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Adimplemento e extinção das obrigações, cit., p. 301-302.

⁹⁴⁸ MENDES, Diego Ferreira. A vedação ao comportamento contraditório. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (coord.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 1. p. 120.

⁹⁴⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva?, cit., p. 3 da versão digital.

⁹⁵⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva?, cit., p. 3 da versão digital.

⁹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva as três perspectivas do direito privado brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 382, 2005. p. 130.

citada autora, o princípio “reintroduz, normativamente, as pautas de uma racionalidade tipicamente coligada à pauta da *justiça corretiva*, que, desde Aristóteles, está na base mesma da formação ocidental”⁹⁵².

Tal dever (de boa-fé) está traduzido em princípio insculpido no art. 422 do Código Civil, no qual se impõe que as partes cooperem para atingir utilidade recíproca da obrigação. Como anota Álvaro Villaça Azevedo, “a boa-fé é um estado de espírito que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança”⁹⁵³. Para Menezes Cordeiro, “os deveres de informação e lealdade visam [...] [a] proteger a confiança e introduzir, nas situações singulares, vectores gerais do sistema [...]”⁹⁵⁴.

Mesmo que de maneira implícita, o ordenamento sempre impôs deveres anexos de conduta. Tal imposição arraigou-se ao ordenamento de maneira tal que se traduziu em princípio explícito, que comina com a pecha da ilicitude o ato que “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187 do Código Civil). Daí dizer Miguel Reale que “a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas conseqüências”⁹⁵⁵.

O princípio da boa-fé objetiva interessa não somente às partes, mas também à coletividade, mantendo, por isso, ligação estreita com o princípio da função social do contrato, regulado pelo art. 421 do Código Civil. Observa Rogério Donnini que “a noção de *bona fides* (boa-fé) está relacionada a *honeste vivere*, pois *honestus* tem relação com *virtus* (de vir) e com *honor*”, qualidades de quem “age de acordo com a honra civil, com a total

⁹⁵² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense. 2003. v. V. t. II. p. 33.

⁹⁵³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31-47.

⁹⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 1291.

⁹⁵⁵ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, 2003. p. 12.

reputação que tem perante a lei, que tem por escopo o bem da comunidade”⁹⁵⁶. Por essa razão, o princípio da boa-fé objetiva deve ser apreciado para além das partes, pois “corresponde à situação cultural, sendo permeável às grandes orientações sociais”⁹⁵⁷.

Isso deve ser posto em termos consentâneos com o regime capitalista, porém. Atender à função social do contrato não significa fazer do contrato instrumento de aspirações sociais, pois “o direito subjetivo, embora limitado, no seu exercício, pela boa-fé, pelos bons costumes e pela sua função econômica e social (art. 187), continua a privilegiar e atender, de forma imediata, ao interesse (privado) do respectivo titular”⁹⁵⁸.

Adverte Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que,

“ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade”⁹⁵⁹.

Também nesse sentido, Ives Gandra Martins anota que o princípio da função social do contrato não pode ser utilizado “como instrumento para o indesejável direito alternativo, defendido por alguns ideólogos do Direito”⁹⁶⁰.

Para que, a um só passo, a sociedade seja livre e justa, a propriedade deve se fazer limitada por sua função social. Não se pode, por outro lado, adotar conceito de propriedade que esvazie a si mesmo.

⁹⁵⁶ DONNINI, Rogério. Boa-fé, mentira e o litigante ímprobo. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (coord.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 1. p. 129.

⁹⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. III. p. 183.

⁹⁵⁸ BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 127.

⁹⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, 1988. p. 144.

⁹⁶⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A função social do contrato. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 337 e 340.

Questionando os valores da civilização atual, Fábio Konder Comparato afirma que o capitalismo “sempre se apresentou na História como defensor de nobres valores e ideais”⁹⁶¹ que serviram de base para “justificar, jurídica e moralmente, sem o reconhecer em público, o exercício do poder econômico nos mercados”⁹⁶², o que acabou por “transformar a propriedade sobre coisas em poder sobre os homens”⁹⁶³.

Por trás dos ideais de liberdade e isonomia, o capitalismo teria operado um controle “sobre a pessoa dos trabalhadores e sobre o próprio destino da empresa”⁹⁶⁴, além de resultar em um “poder indireto sobre os consumidores ou o mercado em geral”⁹⁶⁵. A propriedade, sob essa ótica, constituiria meio de dominação de trabalhadores e consumidores, e sua acumulação seria um “evidente abuso, em prejuízo de uma justa distribuição da riqueza nacional; ou seja [...] um roubo”⁹⁶⁶.

Não obstante – prossegue –, a propriedade idealizada pela burguesia (ao olhar do autor, abusiva) foi consagrada como direito fundamental pelo § 1º da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776⁹⁶⁷, pelo art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa, em 1789⁹⁶⁸, e, em maior medida, pela Declaração francesa dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão, de 1795, que estendeu a proteção da propriedade à atividade econômica⁹⁶⁹. Após, a quase totalidade das constituições erigiu a propriedade a direito fundamental, tal como ocorre com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 5º, inciso XXII.

Mas haveria aí grave erro de perspectiva, segundo Comparato, pois a propriedade tida como *fundamental*, pelas Constituições, diria respeito apenas “a uma das espécies de

⁹⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo e poder econômico. *Revista da Faculdade de Direito – Número Especial*: em memória do Professor Washington Peluso Albino de Souza, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 167-195, 2013. p. 172.

⁹⁶² COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo e poder econômico, cit., p. 176.

⁹⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo e poder econômico, cit., p. 182.

⁹⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo e poder econômico, cit., p. 182.

⁹⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo e poder econômico, cit., p. 182.

⁹⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo e poder econômico, cit., p. 183.

⁹⁶⁷ “Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.”

⁹⁶⁸ “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

⁹⁶⁹ “A propriedade é o direito de gozar e dispor de seus bens, de suas rendas, do fruto de seu trabalho e de sua indústria.”

propriedade, a que tem por objeto bens indispensáveis à manutenção de uma vida digna, por cada ser humano [...]”⁹⁷⁰. A propriedade de excedentes não passaria de “um direito ordinário, pois tem por objeto bens não essenciais a uma vida digna [...]”⁹⁷¹.

Tal conclusão, se aceita, traria impacto radical ao direito civil, pois a propriedade do pouco (*vital*) sempre prevaleceria sobre a do excedente (*do capitalista*). A propriedade teria de ser exercida *em razão* da função social e não apenas *respeitando os limites* da função social. E, transpondo a máxima aos contratos – de que é instrumento –, a liberdade negocial estaria *não apenas limitada* mas *condicionada* à função social, como se afirmou no art. 421 do Código Civil, em sua redação original – hoje devidamente corrigida.

Não se pode dizer, portanto, que a função social condicione os contratos – tal como já se defendeu, por exemplo, durante o regime nacional-socialista, em benefício de um suposto interesse da comunidade alemã. Como assinala Stefano Rodotà, “a função social não pode ser entendida como uma qualidade imediata do direito de propriedade, sendo-lhe atribuído esse título como consequência do reconhecimento de uma natureza social geral [do Direito]”⁹⁷².

A Constituição Federal não restringe a proteção da propriedade apenas ao que é vital; ao contrário, elege a livre-iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), além de estabelecer que a propriedade constitui um dos princípios da ordem econômica (art. 170, II), ainda que limitada constitucional (*e.g.*, pelo art. 225) e infraconstitucionalmente (de maneira explícita, pelo art. 1.288, § 1º, do Código Civil).

Como ressaltam Ricardo Dip e José Renato Nalini,

não obstante a propriedade deva [...] submeter-se a limitações [...] a lei positiva não pode, a pretexto de restringir o exercício dominial, negar, *neque directe, neque indirecte*, o direito de propriedade privada, mais além, incumbe à lei a missão de garantir e defender, efetivamente, a propriedade privada, seja contra ataques particulares, seja contra hostilidades públicas: sem essa garantia legal – e efetiva – não pode existir a ordem social⁹⁷³.

⁹⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo e poder econômico, cit., p. 183.

⁹⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo e poder econômico, cit., p. 183.

⁹⁷² RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto*: studi sulla proprietà privata. 2. ed. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1990. p. 220.

⁹⁷³ DIP, Ricardo; NALINI, José Renato. Hipoteca: natureza e registro. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (coord.). *Doutrinas essenciais*: direito registral. São Paulo: RT, 2012. v. 5. p. 595-624. p. 6 da versão digital.

A ideia de função social da propriedade não reside, pois, em uma propriedade *fundamental* (do que é vital) que se oporia a uma propriedade *ordinária* (do excedente). *Não há propriedade constitucional contra propriedade infraconstitucional.*

Não obstante, interpretação sistemática denota que, a depender dos demais direitos em jogo, a propriedade assume uma proteção materialmente qualificada. Por exemplo, caso extremo em que a defesa da propriedade (*excedente*) aniquila outros direitos fundamentais (tais como vida, integridade física etc.). É isso o que se dá quando a concessionária de serviço essencial utiliza da interrupção para satisfazer o interesse de crédito.

A jurisprudência vem admitindo essa prática. *Vide*, por exemplo, julgado do Superior Tribunal de Justiça: “o entendimento adotado pela Corte de origem espelha a jurisprudência do STJ no sentido de ser admissível a suspensão do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento do usuário decorrente de débitos recentes”⁹⁷⁴. Em tal julgado, concluiu-se pela legalidade do corte de energia elétrica consumida por pessoa com mobilidade reduzida, e que, embora não pudesse pagar o débito à vista, dispunha-se a quitá-lo parceladamente.

Julgados como esse respaldam entendimento de Tribunais de Justiça, por exemplo, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que já externou entendimento de que a concessionária não tem obrigação de “fornecer gratuitamente os serviços públicos, ainda que essenciais”⁹⁷⁵. Como afirma Cláudio Luiz Bueno de Godoy, porém, “a função social do contrato, nessa matéria, imporia não um serviço gratuito, para alguns, e a dano dos demais, de forma injustificada e indefinida, mas sim a verificação, no caso, sobre se há causa razoável à inadimplência [...]”⁹⁷⁶.

Se é verdade que a concessionária não tem o dever de fornecer energia elétrica gratuitamente, não pode, sob esse argumento, utilizar a interrupção do serviço como meio de coação irresistível ao pagamento. Tal prática assume a feição de *garantia autoexecutável perfeita* (de satisfação dos interesses do credor) em detrimento de *garantia genérica*

⁹⁷⁴ STJ, AgRg no AREsp n. 146.988/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 18.09.2012.

⁹⁷⁵ TJ/SP, 32ª Câ. Dir. Priv., Ap. n. 1001742-63.2017.8.26.0514, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 23.01.2019.

⁹⁷⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo, Saraiva, 2004. p. 177.

pressuposta em qualquer ordenamento (de auxílio mútuo para atingimento dos fins a que visa a obrigação).

Há, nesse proceder, da concessionária, prevalência da propriedade sobre o direito à vida (art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), desafiando a proibição a tratamento degradante (art. 5º, III, da Constituição)⁹⁷⁷. Trata-se, por isso, de prática inconstitucional, que fere direito da personalidade, assaltando o principal objetivo da República (art. 1º, III, da Constituição Federal). Postura inadmissível. Como ressalta Alcides Tomasetti Junior, a propriedade “*está funcionalizada à meta de ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’* (art. 170, *caput*), e não, meramente, à acumulação da riqueza, e à apropriação individual do lucro, pelo empresário”⁹⁷⁸.

Além de inconstitucional, o tratamento disfuncional da propriedade é medida autofágica.

O Estado, por si ou por suas concessionárias, tem dever de fornecer serviços essenciais à existência de seus cidadãos – o que, em regra, ocorre a troco de contraprestação, possibilitando-se o fornecimento de tais serviços de maneira global, sem que se inviabilizem as finanças como um todo. Há, no entanto, no Brasil, pessoas que não podem pagar pelo serviço, o mínimo que seja, e é nesses casos, via de regra, que as concessionárias interrompem o fornecimento – do qual depende o usuário para sobreviver.

Há nisso, em primeiro lugar, problema de ordem lógica, pois, ao deixar de fornecer serviço a quem não pode pagar, vinculando seu restabelecimento ao pagamento de contraprestação, a concessionária estabelece condição impossível, impondo que pague quem jamais pagaria. Por sua vez, não se pode, neste caso, buscar socorro no dogma da vontade, tendo em vista que a água ou energia elétrica é serviço essencial e de adesão obrigatória,

⁹⁷⁷ Valendo ressaltar que “o Constituinte se preocupou em conferir ampla efetividade a essas normas, para que não se tornassem letra morta no ordenamento”, como anota Ana Paula Guarisi Mendes Levada (LEVADA, Ana Paula Guarisi Mendes. *O direito à saúde e o acesso a medicamentos: um estudo comparativo entre as jurisprudências brasileira, internacional e estrangeira*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 18).

⁹⁷⁸ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Abuso de poder econômico e abuso de poder contratual. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, v. 126, p. 123-127, 1995. p. 126.

cuja “contratação” se dá a despeito da vontade. É caso em que não se admite, por isso, argumentar com a exceção do contrato não cumprido.

A adesão ao serviço é de tal maneira inescapável que não se poderia, sequer, afirmar tratar-se propriamente de um contrato. Está-se diante de algo pelo menos análogo, ainda que às avessas, ao que Clóvis do Couto e Silva tratou como “ato de direito público formativo de direito privado”, ou “contrato ditado”, caracterizado como “ato administrativo formador de direitos subjetivos privados”⁹⁷⁹ (requisição de serviços, por exemplo). Embora, aqui, a perspectiva seja oposta, falta, igualmente, “elemento volitivo, sem o qual, no direito moderno, não se pode qualificar um fato jurídico como contrato [...]”⁹⁸⁰. Algo como uma “requisição de contratação, ditada pela necessidade”. Ainda que a denominação soe inadequada, ilustra.

Dê-se-lhe um qualquer *nomen juris*, importa é notar que, na adesão a serviço essencial por quem não tem condições de fazê-lo, mas que o faz por necessidade imperativa, inexistente declaração que se possa dizer *volitiva*. Clóvis do Couto e Silva já chamava atenção para o fato, demonstrando que

algumas atividades, consideradas imprescindíveis, tais como correios, transportes, água, luz, etc., ou são executadas pelo Estado, diretamente, ou mediamente, no regime de concessão. Opera-se, nestes casos, verdadeira coação para contratar, imposta pela necessidade, não tendo os particulares qualquer possibilidade de escolha⁹⁸¹.

Como observa Fernando Campos Scaff, em contratos que tais há uma liberdade “mais formal do que material”, ocorrendo, neles, “a imposição da vontade de um àquela do outro contratante, diminuindo ou, por vezes, simplesmente anulando a pretensa intenção deste em estabelecer os termos do contrato firmado ou até de optar pela não contratação”⁹⁸².

Se a necessidade impede a vontade, o fornecedor do serviço (essencial e de responsabilidade estatal) não pode impor-se sobre o devedor. A conclusão de Clóvis do Couto e Silva é a de que “a subordinação dos negócios jurídicos dos particulares às diretrizes

⁹⁷⁹ SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*. 11. reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p. 79.

⁹⁸⁰ SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 79.

⁹⁸¹ SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 26.

⁹⁸² SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 91, p. 141-159, 1996. p. 143.

de uma planificação econômica altera, profundamente, a liberdade de contratar [...]”⁹⁸³, colocando o prestador “sob o risco de ter de responder por todos os danos causados, se não quiser obrigar com determinada pessoa, sem fundamento relevante. Importa isso em dizer que ele não pode deixar de contratar, sob pena de ser chamado a satisfazer os prejuízos originados por omissão”⁹⁸⁴.

A declaração do usuário não está alicerçada em um *querer*, mas na *necessidade de quem não pode querer*. Se o serviço é necessário para a sobrevivência, não há, quando de sua “contratação”, declaração calcada em vontade negocial. Sobreviver não é um querer, é uma obrigação.

Ao se valer do corte do fornecimento como meio de coerção ao adimplemento, a concessionária utiliza, desproporcionalmente, de instrumento irresistível de autotutela em detrimento de direitos da personalidade. Não há nisso diferença essencial em relação ao que se passava na fase inicial do processo romano, em que aos credores “se concedia, após ter restado frustrado o recebimento do crédito, a faculdade de esquartejar o corpo do devedor [...]”⁹⁸⁵.

A questão não reside, portanto, na existência do crédito, mas na forma como se dá o exercício da pretensão de cobrança do crédito. A dizer, a concessionária, ainda que prestando serviço essencial, não deixa de ter direito de cobrar pelo serviço, judicial ou extrajudicialmente – inclusive se valendo dos órgãos de proteção ao crédito –, mas não pode levar o devedor à ruína, deixando de lhe fornecer um bem necessário à sobrevivência.

Por tais razões, não vinga o argumento de que, ao impedir a interrupção de serviços essenciais, o Poder Judiciário estaria impondo, à concessionária o dever de prestar o serviço gratuitamente. Uma vez prestado, poderá haver cobrança, mas apenas por meios *normais*. Neste caso, deve-se intervir para o restabelecimento do vínculo de lealdade entre os

⁹⁸³ SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 27.

⁹⁸⁴ SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 26. Transcreve-se, a propósito, nota de rodapé que o autor lançou depois de fazer a afirmação: “O mesmo ocorre em certas profissões, como na de médico, além de censuras penais, por omissão de socorro”.

⁹⁸⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 61.

contratantes, “com proeminência da proteção à parte mais fraca, em consonância com a ordem pública de proteção [...]”⁹⁸⁶.

Como se afirmou no início deste trabalho, uma ordem não pode ordenar algo que leve à inexistência da ordem. Tal afirmação constitui fundamento lógico da ordem. A ordem não pode dispor que a ordem não seja. Do contrário, existirá *ordem tendente à não ordem*.

Os seres constituem pressuposto das ordens éticas; destruí-los parcialmente levaria a um *parcial não ser*, ou a uma *tendência de inexistência de ordem* – o que configura um paradoxo incompatível com um sistema lógico. *Não é possível, de um ponto de vista lógico, ordenar que um ser não seja ou que seja tendente a não ser*.

O Direito regula o que os homens fazem de si, desde que sejam. Ou seja, regula as liberdades, não as não liberdades. O Direito não pode tratar das não liberdades. Disso decorre, em consequência, que o Direito não pode permitir que o devedor abra mão da própria vida ou de sua integridade para o adimplemento de uma obrigação.

A concessionária deve cobrar o que é lhe devido, mas não pode, por outro lado, satisfazer-se por meio de interrupção ou ameaça de interrupção de serviço essencial. A interrupção ou a ameaça de interrupção deve ser obstada pelo Poder Judiciário, que, ao assim fazê-lo, age não de maneira socializante mas operando *correção pontual no capitalismo*. Por isso dizer Eros Grau, não sem ironia, que esse tipo de correção pontual, muita vez utilizada sob um pano de fundo social, constitui um dos “mais bem acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista”⁹⁸⁷, pois, à falta dela, o sistema econômico colapsaria. Como anota Mairan Gonçalves Maia Júnior, a função social do contrato tem “relevante atuação como critério de aferição do adequado exercício da autonomia privada”⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ MORSELLO, Marco Fábio. O sistema de defesa do consumidor e sua interface com o contrato de transporte aéreo. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; MALFATTI, Alexandre (coord.). *Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. p. 111-138. p. 112.

⁹⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed., refundida do *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 138.

⁹⁸⁸ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A função social como instrumento de equilíbrio contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 72, p. 14-47, 2016. p. 21.

O sucesso do capitalismo impõe que, paralelamente à adoção de práticas liberais, o Estado forneça condições mínimas para que a liberdade se efetive. Não experimentará sucesso capitalista uma economia que alije a maioria do capital; *ao resguardar a função social do contrato, o Estado não só não tende a um comunismo judiciário como garante verdadeiramente o sucesso do sistema capitalista.*

Assim como o princípio da boa-fé objetiva, mas em maior amplitude, o princípio da função social do contrato constitui uma garantia genérica, atuando para resguardar teologicamente a relação obrigacional – e, com isso, o próprio sistema capitalista, no qual se assenta. Por esse motivo *não se há de admitir a garantia autoexecutável perfeita.*

Para que as garantias autoexecutáveis sejam incorporadas ao ordenamento, não pode o Direito se voltar contra os direitos.

4.3 NO DIREITO INTERNACIONAL

A Convenção de Cape Town buscou uniformizar as garantias sobre bens móveis que circulam por vários territórios. O Brasil a promulgou por meio do Decreto n. 8.008/2013, cujo art. 8º adota um sistema de execução inspirado no Artigo 9 do UCC, possibilitando inclusive a apropriação extrajudicial do bem⁹⁸⁹. Por meio dessa mesma norma, contudo, o Brasil declarou que “todas as medidas disponíveis ao credor em decorrência de qualquer disposição da Convenção ou do Protocolo, somente poderão ser tomadas mediante autorização do Poder Judiciário, exceto o remédio previsto no Art. XIII do Protocolo, o qual será exercido sem autorização judicial”. Com tal declaração, o Brasil houve por bem não importar a solução norte-americana.

⁹⁸⁹ “Art. 8º Medidas à disposição do credor garantido por uma garantia real. 1. No caso de inadimplemento conforme previsto no Artigo 11, o credor garantido por uma garantia real pode, na medida em que a pessoa que prestou a garantia tiver a qualquer tempo assim convindo e sujeito a qualquer declaração que tenha feito um Estado Contratante conforme o Artigo 54, utilizar-se de uma ou mais das seguintes medidas: (a) tomar posse ou controle de qualquer bem gravado como garantia real; (b) vender ou arrendar esse bem; (c) recolher ou receber qualquer renda ou lucro derivado da gestão ou da utilização desse bem [...]”

5. A INESCAPÁVEL QUESTÃO DE ORDEM PROCESSUAL-CONSTITUCIONAL

A jurisdição é inerte, via de regra, porque serve não ao poder, que externa, mas ao objetivo de se ver atuando, por meio do direito de ação, com o fim de possibilitar a satisfação de uma prestação resistida. Como anotam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo e Cândido Rangel Dinamarco, “quando a pessoa pede a condenação do seu alegado devedor, ela está buscando a satisfação de seu próprio interesse e não altruisticamente, a atuação da vontade da lei ou mesmo a paz social”⁹⁹⁰. A jurisdição não constitui, pois, um fim em si mesma, mas instrumento de atingimento do interesse das partes.

Na mão inversa, mas pelo mesmo fundamento, “normalmente, ninguém é obrigado a defender seus direitos, em juízo”⁹⁹¹. Afinal, “se o processo é relação jurídica, e a esta relação se estendem as mesmas regras das relações em geral, conclui-se – também por isto – que a autonomia privada permite estabelecer esta relação ou não, donde o início do processo se afigurar um direito, em regra, disponível. Daí o princípio dispositivo”⁹⁹². Trata-se o processo, como anota Oskar von Bülow, de relação jurídica em que se “determina[m] as faculdades e os deveres que colocam em mútuo vínculo as partes e o tribunal [...]”⁹⁹³.

Como constitui relação jurídica, dar início a ela, por provocação da jurisdição, constitui direito subjetivo, que pode ser exercitado ou não. Esta (a jurisdição) atua primordialmente em prol das partes e apenas remotamente para fins de Estado – que visa, nela, a evitar a autotutela. Conforme se insistiu no início da tese, a relação jurídica se estabelece entre as partes e não com o Estado, submetendo-se, primordialmente, ao objetivo *das partes*. O Estado fornece apenas instrumentos para que a relação processual se estabeleça válida e eficazmente, assim como pode viabilizar, válida e eficazmente, a adoção de outros meios de satisfação dos direitos subjetivos.

⁹⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 147.

⁹⁹¹ RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atualizada com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 932.

⁹⁹² RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, cit., p. 932.

⁹⁹³ BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 5.

A defesa dos direitos, proporcionada pelo Estado, por meio da jurisdição, constitui mero “*autorizamento* da norma jurídica”, consubstanciado em “permissões concedidas pela coletividade [...] para que a sociedade seja o que ela precisa ser, e cumpra sua missão de *meio* ou *instrumento* a serviço das pessoas”⁹⁹⁴. Afinal, “a sociedade é *instrumento* de cada ser humano”⁹⁹⁵.

Apenas sob essa perspectiva é que se podem conceber garantias autoexecutáveis. Assim como o processo constitui *autorizamento* da norma jurídica para satisfação de pretensões, *por intermédio* do Estado, as garantias autoexecutáveis constituem *meio outro*, autorizado expressa ou tacitamente pelo Estado, para satisfação de pretensões *sem* intervenção do Estado. O Estado só intervém quando essa intervenção é *necessária*. De resto, mantém-se apenas *à disposição*.

Como ressalta Dinamarco, “faz-se necessário pacificar as pessoas de alguma forma eficiente, eliminando os conflitos que as envolvem e fazendo justiça. O processo estatal é um caminho possível, mas outros existem que, se bem ativados, podem ser de muita utilidade [...]”⁹⁹⁶.

O processo não é necessário. Necessário é que esteja disponível, para que as partes dele se valham quando não puderem alcançar suas pretensões por meios mais interessantes.

A jurisdição é pautada *pela necessidade*. Não atua *sem necessidade*. Impõe-se, como obrigatória, apenas quando outro meio não é capaz de supri-la. Esse “dever de necessidade”, como observa Humberto Ávila, decorre do fato de que, “como o Estado deve proteger mais de um fim, ao mesmo tempo, ele deve escolher, dentre todos os comportamentos adequados para proteger um, aquele que restringe na menor medida o outro fim, que igualmente precisa ser promovido”⁹⁹⁷. Por essa razão, o Estado somente faz atuar

⁹⁹⁴ BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, cit., p. 5.

⁹⁹⁵ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 267.

⁹⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013. v. I. p. 122.

⁹⁹⁷ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 163, p. 50-59, 2008. p. 2.

um conjunto de princípios, *e.g.*, do devido processo legal, se há “o dever de mais promovê-los do que restringi-los”⁹⁹⁸.

Como instrumento posto pelo Estado, o processo resulta em restrição da liberdade, que ele mesmo (Estado) garante como direito fundamental. Tanto um como outro, porém, processo e liberdade, promovem outros direitos fundamentais, e devem atuar, em maior ou menor intensidade, quando se fizerem necessários à promoção mais eficiente possível destes outros direitos fundamentais. O processo, anota Humberto Ávila, “não é independente dos direitos fundamentais que se pretende, verdadeira ou supostamente, realizar. O processo, em vez disso, é instrumento para a realização desses mesmos direitos”⁹⁹⁹.

Tomado *como instrumento*, o direito processual é *sempre relativo*, pois diz respeito (é *relativo*) a outro direito. Disso decorre, logicamente, que *os princípios processuais são também sempre relativos. Não há princípio processual que, ao enfrentar um juízo de proporcionalidade, não decline ao direito material.*

Referindo-se ao princípio do contraditório, Dinamarco observa que “a regra de ouro [para a realização deste juízo] [...] é a lembrança de que nenhum princípio é absoluto e nenhum deles constitui um objetivo em si mesmo”¹⁰⁰⁰. O princípio do contraditório, continua o autor, “há de ceder ante as exigências substanciais de promover o acesso à justiça, em vez de figurar como empecilho à efetividade desta. Os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual”¹⁰⁰¹. Assim também a observação de José Roberto dos Santos Bedaque, ao ponderar que “o contraditório assegura valores que podem chocar-se com outros, também garantidos em sede constitucional. Nesses casos não há alternativa senão a aplicação da proporcionalidade, a fim de verificar qual deve prevalecer”¹⁰⁰².

Dessa relatividade decorre que, a princípio, o acesso à jurisdição pode ser restringido pelo legislador ordinário. Como anotam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de

⁹⁹⁸ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”, cit., p. 3.

⁹⁹⁹ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”, cit., p. 4-5.

¹⁰⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 256.

¹⁰⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 256.

¹⁰⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 486.

Andrade Nery, “as restrições ao exercício do direito fundamental de ação (CF 5.º XXXV), impostas por lei infraconstitucional, podem ser, em princípio, válidas, desde que não o inviabilizem [...]”¹⁰⁰³. Alexy observa que o processo se imporá “sempre que as normas procedimentais puderem aumentar a proteção aos direitos fundamentais”¹⁰⁰⁴. Neste caso, “elas serão exigidas *prima facie* pelos princípios de direitos fundamentais”¹⁰⁰⁵. No entanto, se as normas procedimentais não forem necessárias ao atingimento desses direitos fundamentais, deve ser adotado um modelo “que garanta a primazia do aspecto material”¹⁰⁰⁶.

Por essas razões é que as garantias autoexecutáveis não encontram *óbices* processuais-constitucionais *a priori*. Elas são admissíveis e admitidas porque, em não constituindo princípio absoluto, o contraditório pode ser relativizado pela norma infraconstitucional, desde que esta não impeça seu exercício, de modo peremptório. É por isso, como observa Melhim Namem Chalhub, que, “ao longo das duas décadas de vigência da Lei 9.514/1997, a jurisprudência vem reconhecendo a conformidade de suas normas com os princípios constitucionais do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório”¹⁰⁰⁷, só interferindo no procedimento extrajudicial de excussão quando ocorre “a violação desses princípios, como, por falta de intimação para purgação da mora, não comunicação das datas do leilão das normas etc.”¹⁰⁰⁸.

Contudo, a harmonização das garantias autoexecutáveis com os princípios processuais-constitucionais demanda uma ressalva. A excussão extrajudicial da garantia não pode resultar em impossibilidade de o devedor reclamar pelo enriquecimento sem causa do credor, pois isso implicaria exclusão, da apreciação do Poder Judiciário, de lesão ao direito de propriedade, o que encontra vedação no art. 5º, *caput* e inciso XXXV, da Constituição Federal. É possível diferir o contraditório, mas não impedir.

¹⁰⁰³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 188.

¹⁰⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 490.

¹⁰⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 490.

¹⁰⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 490.

¹⁰⁰⁷ CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis: 20 anos de vigência da Lei 9.514/1997. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: RT, v. LXXXIV, p. 495-531, 2018. p. 13 da versão digital.

¹⁰⁰⁸ CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis, cit., p. 13 da versão digital.

Inexiste vedação constitucional a que a jurisdição se abra ao devedor apenas depois da apropriação do bem pelo credor. Tal solução se amolda, *a priori*, à liberdade das partes em escolherem o destino de suas pretensões. O direito à liberdade *impede que a inafastabilidade da jurisdição seja interpretada como uma inafastável obrigatoriedade da jurisdição*.

Tanto a busca pela jurisdição pode ser diferida, pela vontade das partes, que o art. 190 do Código de Processo Civil dispõe que,

versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Inclui-se nesse poder a faculdade de fixar calendário para a prática dos atos processuais, o qual vincula as partes e só pode ser afastado por motivo devidamente justificado. Dispõe o art. 191, *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil que, “de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso” (*caput*). Estabelece ainda que “o calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados” (§ 1º).

Além de diferir, as partes podem afastar *em termos* o exercício da jurisdição estatal. Na arbitragem, por exemplo, “as partes renunciam à jurisdição estatal, preferindo nomear árbitro ou tribunal arbitral que resolva a lide eventualmente existente entre elas”¹⁰⁰⁹. Acaso existente convenção arbitral, o juiz extingue o processo sem resolução de mérito, conforme dispõe o art. 485, VII, do Código de Processo Civil. Não se considera inconstitucional o dispositivo, observa Nelson Nery Junior, tendo em vista que “somente os direitos disponíveis podem ser objeto de convenção de arbitragem”¹⁰¹⁰, a qual pode ser relegada à “jurisdição arbitral”¹⁰¹¹. Como anota Carlos Alberto Carmona, “está presente na arbitragem o caráter

¹⁰⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 1113.

¹⁰¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada). São Paulo: RT, 2009. p. 172.

¹⁰¹¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 172.

substitutivo da jurisdição”¹⁰¹², tanto que o art. 18 da Lei n. 9.307/96 dispõe que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Pela arbitragem, é o árbitro quem jurisdiz. Conclui daí Sálvio de Figueiredo Teixeira que a arbitragem funciona como “espécie de justiça privada”, pela qual o árbitro exerce “jurisdição sob certa perspectiva, no sentido lato, na medida em que contribui para a pacificação social dirimindo conflitos de interesses”¹⁰¹³.

Ao analisar homologação de sentença arbitral estrangeira, o Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do Ministro Moreira Alves, propôs fosse incidentalmente analisada a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96, a fim de resolver “o problema de saber se [...] contraria, ou não, o princípio, que se insere entre os direitos fundamentais, do livre acesso ao Poder Judiciário”¹⁰¹⁴. Decidiu o Ministro Sepúlveda Pertence, a esse respeito, que “o direito de ação – afinal, em síntese, o objeto da proteção constitucional invocada –, nem por ser autônomo e abstrato, deixa de ser essencialmente instrumental”, e, por ostentar tal natureza, seu exercício pode ser objeto de renúncia, tendo em vista que, se “a própria determinação da norma concreta [de direito material] a executar não o é [indisponível], se se cuida de direito privado e disponível: aí, reservam-se à autonomia das partes a transação e a própria renúncia [ao exercício do direito de ação]”.

Acrescentou o Ministro Nelson Jobim que “a Constituição proíbe que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), [...] [mas não que] as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais ou futuros”. Logo, “não há que se ler na regra constitucional (art. 5º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes [de] renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico. Lá não se encontra essa proibição. Pelo contrário, o texto proíbe o legislador, não o cidadão”.

Vê-se que *o direito de ação é indisponível, mas o exercício do direito de ação é disponível*. O exercício do direito de ação pode, portanto, ser objeto de renúncia.

¹⁰¹² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, p. 33-40, 1990. p. 6 da versão digital.

¹⁰¹³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 85, p. 190-199, 1997. p. 9 da versão digital.

¹⁰¹⁴ STF, Tribunal Pleno, SE n. 5206 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001.

Essa disponibilidade (relativa) da jurisdição não pode significar, porém, o afastamento da jurisdição. É por isso que, por exemplo, quando o art. 27, §§ 5º e 6º, da Lei n. 9.514/97 reza que, no caso de frustração do segundo leilão, o credor se exonera da obrigação de entregar ao devedor o que o imóvel sobejar da dívida, deve-se entender que inexistente a obrigação de apurar extrajudicialmente o valor a ser restituído. Isso não quer dizer, no entanto, que o devedor não possa postular a restituição do excedente *a posteriori*, o que feriria o art. 5º, *caput* e inciso XXXV, da Constituição Federal. É preciso, portanto, dar interpretação *conforme* ao art. 27, §§ 5º e 6º, da Lei n. 9.514/97, sob pena de inconstitucionalidade. Não interpretado de maneira *conforme*, o art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/97 não só causa enriquecimento sem causa como fere o direito de acesso ao Poder Judiciário.

As garantias autoexecutáveis não se justificam no incremento direto do lucro. Justificam-se na maior circulação de riquezas proporcionada por um meio célere de satisfação da pretensão do credor, o que, indiretamente, pode resultar em crescimento do lucro. Desse modo, as discussões judiciais *a posteriori* não impedem o atingimento da finalidade do instituto, pois, quando do ajuizamento posterior da ação, ainda que discutindo valores envolvidos na excussão extrajudicial, ocorrida anteriormente, a circulação da riqueza já terá se verificado. Será do devedor, neste caso, o ônus de suportar os eventuais ônus de ter de se socorrer do Poder Judiciário, o que é melhor para um sistema econômico que deseja assegurar os interesses do credor, para gerar maior fluxo de transações. Só não pode o devedor ser privado desse acesso posterior ao Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Em publicação de 1898, Visconde de Ouro Preto fez ver que, houvesse modificado “o processo das execuções judiciais no que tinham de mais obsoleto, inconveniente e vexatório [...]”, o mercado brasileiro “não se encontraria hoje nas apertadas circunstâncias em que se acha!”¹⁰¹⁵.

Nos mais de 120 anos que se passaram, houve profundos avanços, mas não na velocidade a que caminhou a evolução social.

Em 2019, o Conselho Nacional de Justiça veiculou relatório¹⁰¹⁶ segundo o qual, no ano de 2018, havia em trâmite, no Brasil, 78,7 milhões de processos¹⁰¹⁷, e que, no ano de 2018, apenas a Justiça Estadual recebeu 19.579.314 novos feitos¹⁰¹⁸, dos quais 5.448.859 foram distribuídos ao Poder Judiciário do Estado de São Paulo, que totalizava 20.258.140 processos em andamento¹⁰¹⁹.

Ainda de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, se não recebesse nenhum novo feito, o Poder Judiciário do Estado de São Paulo demoraria 2 anos e 10 meses para zerar esse acervo¹⁰²⁰, não obstante seja a Corte com a segunda maior produtividade do país, atrás apenas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁰²¹.

No ano de 2018, cada Magistrado do Estado de São Paulo baixou o acervo em 2.545 processos, em média¹⁰²², ficando muito próximo do que o Conselho Nacional de Justiça tem como índice de produtividade máximo, de 2.595 processos/ano por Magistrado¹⁰²³. A marca

¹⁰¹⁵ O “mercado”, no caso, foi referido como “aquella importante classe”, dos agricultores, que respondia pela maior parte da geração de riquezas do período. OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *Crédito móvel pelo penhor e o bilhete de mercadorias*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1898. Item XII da Introdução.

¹⁰¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁰¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*, cit., p. 79.

¹⁰¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*, cit., p. 84.

¹⁰¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*, cit., p. 29.

¹⁰²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*, cit., p. 80.

¹⁰²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*, cit., p. 183.

¹⁰²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*, cit., p. 91.

¹⁰²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*, cit., p. 187.

foi obtida à custa de uma despesa de R\$ 12.296.088.201,00 (doze bilhões, duzentos e noventa e seis milhões, oitenta e oito mil, duzentos e um reais), utilizados para custear o trabalho de 2.709 Magistrados e 68.852 servidores, que tiveram a maior taxa de eficiência relativa do país¹⁰²⁴. Mas esses recursos humanos e financeiros não foram suficientes para garantir uma percepção favorável sobre o Poder Judiciário.

“Com efeito”, anota o Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro,

uma pesquisa da FGV em 2015 revelou que 58,3% dos entrevistados acreditam que o acesso ao Judiciário no Brasil é difícil ou inexistente; que 78,1% acreditam no elevado custo de acesso ao Judiciário; que 59,1% acreditam que o Judiciário brasileiro não é competente ou tem pouca competência para a solução de conflitos; e, que 92,6% acreditam que o Judiciário brasileiro resolve as demandas de forma lenta ou muito lenta¹⁰²⁵.

Daí advertir José Renato Nalini que “a exaustão do modelo é algo que não pode ser desconsiderado. O processo judicial converteu-se na única resposta que se oferece para todo e qualquer embaraço no relacionamento”¹⁰²⁶.

Tal constatação revela que a operacionalização das garantias não pode continuar a depender exclusivamente do Poder Judiciário. Pelo menos não no que sua intervenção se mostra dispensável.

Tome-se como exemplo a busca e apreensão na alienação fiduciária de bem móvel infungível do Decreto-lei n. 911/69. Analisaram-se 1.069 ações desse tipo, distribuídas à Comarca de Jundiaí/SP no ano de 2017. Foram excluídas 73 que correram em segredo de justiça, 1 cuja distribuição foi cancelada e 4 que foram redistribuídas a outras localidades. Serviram de base à pesquisa 991 ações, das quais apenas 121 (12,2%) foram contestadas, 147 (14,8%) acabaram em acordo, 580 (58,52%) terminaram por desistência e apenas 126 (12,7%) receberam sentença de procedência (96%) ou improcedência (4%). Destas, o número de procedências (121) foi 24,2 vezes maior que o de improcedências (5). Ou seja, não houve resistência à pretensão em 87,8% dos casos (121 de 991) e, naqueles em que

¹⁰²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*, cit., p. 29.

¹⁰²⁵ RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. Princípios constitucionais no novo CPC. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, Guarulhos: Universidade de Guarulhos, v. 7, p. 86-97, 2017. p. 86.

¹⁰²⁶ NALINI, José Renato. Justiça pacificadora: um ideal bem possível. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 45, p. 331-338, 2015. p. 2 da versão digital.

houve, o devedor foi efetivamente beneficiado, com sentença de mérito favorável, em apenas 4,13% deles (5 em 121), o que corresponde a 0,55% do total de ações (5 em 991).

Os dados demonstram que, em ações como essa, o Poder Judiciário figura como ator meramente protocolar, não fazendo mais do que instrumentalizar o interesse de credores. Contudo, não tem essa finalidade nem conta com estrutura para tal demanda.

Diversos países encontraram soluções que se afiguram compatíveis com o sistema brasileiro, utilizando-se do aparato notarial como instrumento de efetivação das garantias. Perguntaria o Visconde de Ouro Preto: “o receio de abusos? Mas que instituição os exclue? Qual melhoramento não oculta em si grandes perigos – de par com as vantagens que produz?”¹⁰²⁷.

O Brasil possui um avançado sistema de garantias autoexecutáveis. Na cessão fiduciária de créditos, por exemplo, a garantia se autoexecuta. O devedor paga não ao credor primitivo, cedente fiduciante, mas à cessionária fiduciária. É operação que movimentava especialmente o mercado imobiliário, trazendo tamanha segurança que os créditos cedidos fiduciariamente podem ser objeto de securitização, para posterior disponibilização ao mercado investidor.

A cessão fiduciária pode recair, ainda, sobre créditos a performar. Neste caso, a cessionária fiduciária se garante com créditos futuros da cedente fiduciante, sem necessidade de discriminação dos créditos no pacto de constituição da garantia. Satisfaz-se, assim, à medida que os créditos surgem e são pagos pelos devedores da cedente fiduciante.

Os contratos tipicamente bancários são também palco para a autoexecutoriedade. No mútuo com cláusula de autorização de desconto em conta corrente, por exemplo, o banco concede empréstimo e lança à conta corrente, por ele operada, valores a ele mesmo devidos, que vão sendo amortizados com recursos depositados em favor do mutuário. Na medida em que se vencem as parcelas do empréstimo, o banco lança crédito em seu favor e o compensa com os valores existentes na conta corrente. Com tais compensações, o banco se paga,

¹⁰²⁷ OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *Crédito móvel pelo penhor e o bilhete de mercadorias*, cit., item XIX da Introdução.

recebendo do correntista, queira este ou não, crédito decorrente do empréstimo que lhe concedeu.

Assim também o contrato de abertura de crédito rotativo, por meio do qual o banco lança valores recebidos pelo correntista à conta da reposição do limite já utilizado. Compensam-se as retiradas com as entradas, no que o banco se paga.

Igualmente, embora limitado, o empréstimo consignado, no qual o credor recebe do devedor por meio de descontos em folha de pagamento, observando os percentis máximos da Lei n. 10.820/2003.

Os exemplos se estendem. No penhor de crédito, tal como se dá na cessão fiduciária, o credor pignoratício recebe diretamente do devedor primitivo, e, se o crédito já tiver se vencido, retém os valores em autopagamento. Assim também o penhor de título de crédito, que “permite a sua cobrança, retendo o credor pignoratício o equivalente de seu crédito e entregando o restante ao devedor pignoratício”¹⁰²⁸. Diferem da cessão fiduciária porque nesta ocorre a efetiva transferência em garantia, o que confere extraconcursalidade ao credor.

A praxe consagra, ainda, figuras autoexecutáveis informais, tais como o “penhor irregular”. Por este, o devedor entrega certa soma em dinheiro em garantia de pagamento. Não cumprida a obrigação, o credor se apropria da caução. Tal garantia é prevista como negócio fiduciário apenas no âmbito do mercado de capitais, mas acaba funcionando, entre particulares, como uma espécie de pagamento antecipado em garantia.

Há, além disso, figuras que, embora não tivessem, a princípio, caráter autoexecutável, acabaram assim conformadas pela jurisprudência. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o *leasing* financeiro. Para excluir o risco de não serem indenizadas pela depreciação do bem, em caso de não exercício da opção de compra, as arrendadoras passaram a diluir o VRG nos locativos. A prática foi considerada irregular em um primeiro momento, mas acabou validada pouco tempo depois, com a ressalva de que o VRG antecipado teria de ser restituído, abatidos os custos da depreciação do bem. Posteriormente, porém, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, em caso de não exercício

¹⁰²⁸ DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 184.

da opção de compra, o VRG adiantado só deveria ser devolvido no que exceda a “outras despesas e encargos contratuais”. E, ao mencionar “outras despesas ou encargos contratuais”, não teve em vista apenas os custos da operação, pois tais valores já estão diluídos no preço das parcelas e garantidos pelo direito de retomada e venda do bem. Esse entendimento assegurou, isso sim, que o lucro esperado esteja também garantido, sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário. Assim, as arrendadoras passaram a gozar de uma supergarantia autoexecutável, que as protege não somente contra perdas mas também contra o risco de não ter ganhos.

O sistema de garantias brasileiro já relativizou inclusive a proibição do pacto comissório, ao prever que, na excussão do imóvel alienado fiduciariamente, se nenhum lance alcançar o valor da dívida, ou se dois leilões forem frustrados, o credor fiduciário toma o bem para si, em satisfação do crédito, com extinção da dívida e da obrigação de entregar valores ao devedor fiduciante.

Por outro lado, as garantias autoexecutáveis suscitam questões de ordem legal e constitucional, porque protraem o exercício do contraditório. Isso não é inconstitucional. Tal solução se amolda, *a priori*, à liberdade das partes de escolherem o destino de suas pretensões. O direito à liberdade impede que a inafastabilidade da jurisdição seja interpretada como uma inafastável obrigatoriedade da jurisdição.

No entanto, a relativa disponibilidade da jurisdição não pode significar o afastamento completo da jurisdição. É por isso, por exemplo, que, quando o art. 27, §§ 5º e 6º, da Lei n. 9.514/97 reza que, no caso de frustração do segundo leilão, o credor se exonera da obrigação de entregar ao devedor o que sobejar a dívida, deve-se entender que inexistente obrigação de apurar *extrajudicialmente* o valor a ser restituído, mas não que o devedor não possa postular, *a posteriori*, a restituição do excedente. Isso leva a enriquecimento sem causa do credor e ofende o art. 5º, *caput* e inciso XXXV, da Constituição Federal. É preciso, portanto, dar interpretação *conforme* ao art. 27, §§ 5º e 6º, da Lei n. 9.514/97, sob pena de inconstitucionalidade. A questão recebeu repercussão geral e, até o depósito da tese, pendia de julgamento¹⁰²⁹.

¹⁰²⁹ STF, Pleno, RE n. 860631/RG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.02.2018.

Da mesma forma, a excussão, mesmo que judicial, não pode encerrar processo meramente protocolar. É o que se dá, *e.g.*, no rito do art. 3º, § 3º, do Decreto-lei n. 911/69, segundo o qual o devedor fiduciante deve apresentar resposta apenas depois da execução da liminar de busca e apreensão, quando pouco ou nada terá a ganhar com o exercício do contraditório.

A excussão não pode, além disso, dar-se de maneira antifinalística, como ocorre ao se impedir a purga da mora na busca e apreensão submetida ao Decreto-lei n. 911/69, na interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Não só essa solução resulta em situação iníqua como não se sustenta a interpretações histórica e teleológica.

Análise do Projeto de Lei n. 2.109/99, que resultou na atual redação do Decreto-lei n. 911/69, dá conta de que, ao alterá-lo, o legislador teve intenção diametralmente oposta ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Ao relatar o projeto, o Deputado Ricardo Izar anotou que, com as alterações do Decreto-lei n. 911/69, pretendeu-se evitar a existência de “uma numerosa frota de automóveis ociosos e em processo de deterioração”. Trata-se de objetivo que se atende justamente com a purga da mora, com a qual o veículo continua a ser utilizado, pelo devedor.

Nesse relatório, o Deputado Ricardo Izar ressaltou também que a alteração deveria ocorrer “sem prejuízo ao mutuário, inclusive propiciando-lhe forma mais célere de quitação de sua dívida”, o que o levou, posteriormente, a propor a aprovação da emenda n. 30, segundo a qual a exigência de comprovação da mora deve vir “em benefício do devedor”, constituindo “a última oportunidade deste resgatar a dívida e evitar a venda do bem alienado diretamente pelo credor fiduciário”¹⁰³⁰. Tal emenda acabou efetivamente aprovada.

Ao decidir que o art. 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei n. 911/69 não permitiria a purgação da mora ou “o pagamento da dívida em aberto”, o Superior Tribunal de Justiça se afastou da intenção do legislador e da finalidade da norma. Com isso, emprestou à garantia fiduciária de bem móvel infungível, no regime do Decreto-lei n. 911/69, rigor que não há sequer no sistema estadunidense, cujos precedentes reconhecem, a princípio, o direito de o devedor evitar a retomada do bem pelo pagamento do valor em atraso, salvo previsão

¹⁰³⁰ A emenda n. 30 foi apresentada pelo então Líder do PTB, Deputado José Múcio Monteiro.

expressa de cláusula de vencimento antecipado. A solução brasileira não se amolda a um sistema que se pretende protetivo ao consumidor e que busca no processo civil a efetivação de garantias constitucionais.

No *leasing* financeiro, tal como o conformou a jurisprudência, a iniquidade se dá de maneira ainda mais evidente, na medida em que, ao se interpretar que o VRG antecipado abrange não somente o custo da depreciação mas também o lucro esperado, a arrendadora se apropria de valores expressivos antes mesmo do inadimplemento, pondo seu lucro a salvo de qualquer controle judicial.

O Direito também é exercido de maneira disfuncional quando os bancos, com o fim de satisfazerem pretensão decorrente de contrato de mútuo, compensam o débito do mutuário com o total de seu salário, sem nenhuma limitação. Ocorre aqui um problema de lógica processual, pois, se nem mesmo no processo judicial o valor poderia ser penhorado, muito menos ser apropriado, em pagamento, sem o devido processo legal (art. 833, IV, do Código de Processo Civil). Trata-se de prática iníqua, que dá prevalência ao direito de propriedade em detrimento da proibição a tratamento degradante a que se submete o devedor ao ter o salário inteiramente utilizado para pagamento da dívida, em presumível prejuízo à sua subsistência e de sua família (art. 5º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Tem-se, nisso, postura “de quem sobrevaloriza seu próprio interesse ao exercer um direito, desconsiderando uma especial situação ou condição do *alter* [...]”¹⁰³¹.

Todas essas formas de proceder desfazem dos fundamentos da ordem jurídica, pois “na sociedade dos homens e das mulheres [...] a sorte de seus componentes é o que, sobretudo, interessa [...]”¹⁰³². É nesse espírito que se endossa que a sociedade existe “*para servir ao ser humano*. Em consequência, por imposição da inteligência, ou seja, por imposição do princípio de que os *meios* se sujeitam aos *fins* [...] todas as pessoas [estão sujeitas ao dever] de praticar certas condutas e de abster-se de outras, em benefício de seus semelhantes”¹⁰³³.

¹⁰³¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. O princípio da boa-fé objetiva. In: REALE, Miguel; MOREIRA ALVES, José Carlos; GOZZO, Débora. *Principais controvérsias no novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 66-67.

¹⁰³² TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 273.

¹⁰³³ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Direito quântico*, cit., p. 273.

Na sociedade dos homens e mulheres que decidiram se submeter à Constituição Federal de 1988, as garantias das obrigações cedem à garantia genérica pressuposta no ordenamento, de auxílio mútuo para atingimento dos fins a que visa a obrigação.

Por tais razões extrai-se a primeira conclusão desta tese, a de que as garantias autoexecutáveis devem receber ajustes. Ao lado dela, porém, a segunda conclusão, a de que, com os devidos ajustes, as garantias autoexecutáveis devem ser ampliadas e estendidas a mais atores, o que conferirá dinamismo às relações econômicas, além de adequar o Poder Judiciário às expectativas do que realmente pode oferecer.

Com essas considerações, propõe-se que o legislador altere a Lei n. 10.406/2002, a Lei n. 11.101/2005, a Lei n. 9.514/97, o Decreto-lei n. 911-69, a Lei n. 10.820/2003, a Lei n. 6.099/74 e a Lei n. 13.460/2017, nos termos em que sugerido no Anexo 2.

Desde os tempos mais remotos, as sociedades buscam garantias conforme as contingências. “O preenchimento do conceito e extensão da noção de risco está atrelada ao tempo, espaço e valores [...]”¹⁰³⁴, e, além disso, “não há uma autonomia da vontade, mas, verdadeiramente, diversas autonomias, conforme a visão de cada época sobre referido conceito”¹⁰³⁵. Na Roma arcaica reverenciavam-se os deuses com o morticínio dos inadimplentes, sacrílegos. Na sociedade da tecnologia, reverencia-se a velocidade e a inovação.

O nosso tempo demanda dinamismo que não se coaduna com o sistema dirigido de preferência em que se calcam as garantias clássicas. As garantias autoexecutáveis se colocam como alternativa. Contudo, devem ser postas à disposição também da classe produtiva e dos empreendedores, desintermediando-se o crédito e a solução de controvérsias.

¹⁰³⁴ D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. A certificação ambiental enquanto instrumento de gestão de risco. In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). *Paisagem, natureza e direito*. v. 1: 9º Congresso Internacional de Direito Ambiental. 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 2005. p. 203-230. p. 215.

¹⁰³⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, p. 113-130, 2004. p. 117.

O Brasil atual, por seus representantes eleitos, deve escolher o rumo que deseja para o país, sem tergiversações. Pior que um sistema ruim é um sistema incerto.

Ecoando 1898, “a necessidade urge, e não queremos ficar estacionarios, quando em roda de nós tudo caminha e progride”¹⁰³⁶.

¹⁰³⁶ OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *Crédito móvel pelo penhor e o bilhete de mercadorias*, cit., item XXIV da Introdução.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 10. ed. rev., ampl. e atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCO, Rui (coord.). *Doutrinas essenciais – direito civil – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. V. p. 315-333.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, edição histórica, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 471-496, dez. 2009.
- ANDRADE, Carlos Drummond de. Nosso tempo. In: *A rosa do povo*. Posfácio de Antonio Carlos Secchin. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. *A simulação no direito civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1974. v. I.
- ARÉVALO BARRERO, Néstor Santiago. La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, a partir de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá: Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, n. 56, p. 1-37, 2016.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Leonel Vellandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosá. Porto Alegre: Globo, 1973.
- ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1943.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. III.
- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 163, p. 50-59, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31-47.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno. *Revista da USP*, v. 42, p. 96-101, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BEALE, Hugh. An outline of a typical PPSA scheme. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured transactions law reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELTRÁN PRADO, Ismael. *Introduction to the Colombian Secured Transactions Law*. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2916944. Acesso em: 20 out. 2020.

BERNSTEIN, Peter Lewyn. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 8. ed. rev. e atual. por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. 2. ed. atual. por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. I e II.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição. Visão crítica da alienação fiduciária de imóveis da Lei n. 9.514/97. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo: EPM, ano 14, n. 2, p. 1-173, 2014.

BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 125-136.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

BRINKMANN, Moritz. The peculiar approach of German Law in the field of secured transactions and why it has worked (so far). In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

BROWN, David. Australian Secured Transactions Law Reform. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

BUERES, Alberto Jesús. *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2014. v. 2.

BULGARELLI, Waldirio. A problemática dos saldos devedores nas operações de *leasing*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. VIII, p. 225-225, 1994.

BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais: hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes *et al.* Diálogos jurídicos: o impacto do Covid-19 na esfera contratual. In: *Curso de especialização em direito contratual da PUC-SP*. São Paulo: PUC-SP, 2020. Disponível em: <https://youtu.be/eHolHiQgsw8>. Acesso em: 16 out. 2020. Evento *online*.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Infojus, 2015. v. 5.

CARDOSO, Jorge R. G. Aspectos controvertidos do arrendamento mercantil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: RT, v. 5, p. 73-81, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, p. 33-40, 1990.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda. 1999. v. I.

CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los derechos de garantía: garantías personales, introducción a las garantías reales, hipoteca*. 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015. t. I.

CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los derechos de garantía: garantías inmobiliarias*. Derecho concursal. 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015. t. II.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Livro Quinto: da falência e da concordata preventiva. 4. ed. atual. por Achilles Bevilacqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. v. VII.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. v. X: Direito das coisas (arts. 755-862).

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. v. XIX: Direito das obrigações (arts. 1.363-1.504).

CENSUS Federal Credit Union v. Wann. Court of Appeals of Indiana, First District (15 Apr, 1980). *Casemine*. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/591492b5add7b0493459d2b1>. Acesso em: 12 dez. 2020.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2019. *E-book*.

CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis: 20 anos de vigência da Lei 9.514/1997. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: RT, v. LXXXIV, p. 495-531, 2018.

CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, v. XXI, p. 302-335, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo e poder econômico. *Revista da Faculdade de Direito – Número Especial*: em memória do Professor Washington Peluso Albino de Souza, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 167-195, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Contrato de *leasing*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 389, p. 555-566, 1968.

COOK v. Lilly. Supreme Court of Appeals of West Virginia (15 Oct, 1974). *Casemine*. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c68aadd7b049347dc10b>. Acesso em: 12 dez. 2020.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 3. ed. refundida. Coimbra: Almedina, 1979.

DE LAS HERAS BALLELL, Teresa Rodríguez; FELIU REY, Jorge. Modernisation of the Law of Secured Transactions in Spain. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. A certificação ambiental enquanto instrumento de gestão de risco. BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). *Paisagem, natureza e direito*. v. 1: 9º Congresso Internacional de Direito Ambiental. 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 2005. p. 203-230.

DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil: direito das obrigações*. Direito hereditário. Tradução da 6. ed. italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis brasileiro e português, de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934. v. III.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013. v. I.

DIP, Ricardo; NALINI, José Renato. Hipoteca: natureza e registro. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (coord.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. São Paulo: RT, 2012. v. 5. p. 595-624.

DIRIX, Eric. The Belgian Reform on Security Interests in Movable Property. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

DONNINI, Rogério. Boa-fé, mentira e o litigante ímprobo. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (coord.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 1. p. 125-136.

DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DUARTE, Nestor. Arts. 1º a 232, Parte Geral. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2007.

DUARTE, Nestor. Garantia real com crédito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: RT, v. 21, p. 233-250, 2019.

DUBOVEC, Marek; KAMBILI, Cyprian. Secured Transactions Law Reform in Malawi: the 2013 Personal Property Security Act. *In*: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

DUGGAN, Anthony. Current issues in secured transactions law in Canada: an Ontario perspective. *In*: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured transactions law reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951.

EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. Secured transactions sector assessment. Disponível em: <https://www.ebrd.com/cs/Satellite?c=Page&cid=1395255781586&pagename=EBRD%2FPage%2FArchive>. Acesso em: 9 nov. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. *In*: SOUZA, Arivaldo Santos de; SANTOS, Guilherme; MACHADO, Hugo de Brito; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito tributário: estudos avançados em homenagem a Edvaldo Brito*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 773-789.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à Lei n. 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999.

FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Tradução A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 69.

FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia: de acordo com a Lei n. 9.514/97*. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.

FRAGA, Affonso. *Direitos reais de garantia: penhor, antichrese e hypotheca*. São Paulo: Saraiva, 1933.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

FUENTES v. Shevin. U.S. Supreme Court (12 Jun, 1972). *Casemine*. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c725add7b049347e04b7>. Acesso em: 12 dez. 2020.

GABRIELLI, Enrico. Pegno. *In*: CHINALE, Angelo (coord.). *Le garanzie dell'obbligazione: scritti scelti*. Milano: Utet Giuridica, 2015.

GEDYE, Mike. The New Zealand Perspective. *In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice.* Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

GIKAY, Asress Adimi. Rethinking Ethiopian Secured Transactions Law through comparative perspective: lessons from the Uniform Commercial Code of the US. *Mizan Law Review*, Addis Ababa, v. 11, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4314/mlr.v11i1.6>. Acesso em: 20 out. 2020.

GIKAY, Asress Adimi; STĂNESCU, Cătălin Gabriel. The reluctance of civil law systems in adopting the UCC Article 9 “without breach of peace” standard: evidence from national and international legal instruments governing secured transactions. *Journal of Civil Law Studies*, Berkeley, v. 10, 2017. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol10/iss1/7>. Acesso em: 19 out. 2020.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: de acordo com o novo Código Civil.* São Paulo, Saraiva, 2004.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Adimplemento e extinção das obrigações. Pagamento. Noção. Aspectos subjetivos. De quem deve pagar. Daqueles a quem se deve pagar. *In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). Obrigações.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 294-320.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. O princípio da boa-fé objetiva. *In: REALE, Miguel; MOREIRA ALVES, José Carlos; GOZZO, Débora. Principais controvérsias no novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2006. p. 66-67.

GOMES, Orlando. *Contratos.* 26. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Coordenador Edvaldo Brito. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. Perfil dogmático da alienação fiduciária. *In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). Doutrinas essenciais obrigações e contratos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 475-481.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro.* São Paulo: Max Limonad, 1951. v. 1.

GOODE, Roy; RAINER, Jhon. Reforming the Law of Secured Transactions in Jersey. *In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice.* Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

GRANDE, Gabriele. L'autotutela consensuale. *In: GIANNITI, Pasquale (coord.). La disciplina dell'autotutela ne diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale.* Milano: Cedam, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto.* 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed., refundida do *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório vs. pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (coord.). *Código de Hamurabi; O Manual dos Inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião*. São Paulo: Rideel, 2006.

HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012.

HERZOG, Benjamin. A recepção da metodologia de Savigny no Brasil e em Portugal. Tradução João Carlos Mettlach Pinter. Revisão da tradução Otavio Luiz Rodrigues Junior. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: RT, v. 7, p. 277-292, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, p. 141-152, 1988.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 93, p. 209-229, 2014.

HOGAN, William E. The secured party and default proceedings under the UCC. *Minnesota Law Review*, Minneapolis: University of Minnesota Law School, v. 47, 1962. p. 205. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2556>. Acesso em: 18 out. 2020.

ITURBIDE, Gabriela. Comentário aos artigos 1946, 1964 a 1969 e 2212 a 2237. In: BUERES, Alberto Jesús. *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2014. v. 2.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução Samuel Rodrigues Ferdinand Hämmerle. Revisão Maria Armada de Saint-Maurice. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KING v. So. Jersey Nat. Bank. Supreme Court of New Jersey (10 Dec, 1974). *Casemine*. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c683add7b049347dbcd6>. Acesso em: 12 dez. 2020.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASWELL, Dixie L. Commercial transactions: the future of self-help repossession. *The John Marshall Law Review's*, Chicago: The John Marshall Law School Library, v. 8, 1974. Disponível em: <http://repository.jmls.edu/lawreview>. Acesso em: 17 out. 2020.

LA TORRE, Massimo. Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo: Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano: Giuffrè, n. 4, 1987.

LEAL, Fernando. O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 10, p. 245-268, 2014.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

LEITE, Ricardo Rocha. *As garantias das obrigações civis: breve análise comparativa entre os sistemas português e brasileiro*. In: PADILHA, Robson Ochiai; RODRIGUES, Douglas Alencar (coord.). *Autonomia contratual e negociabilidade no Brasil e em Portugal*. Lisboa: Legit Edições, 2019.

LENZI, Raffaele. *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela: l'adempimento dedotto in condizione*. Milano: Giuffrè, 1996.

LÉON MORENO, Carlos Alberto. El pago directo por parte del acreedor garantizado: fundamentos de la transmisión de la propiedad. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá: Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, n. 56, p. 1-31, 2016.

LEVADA, Ana Paula Guarisi Mendes. *O direito à saúde e o acesso a medicamentos: um estudo comparativo entre as jurisprudências brasileira, internacional e estrangeira*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *O abuso e o novo direito civil brasileiro*. Jundiaí: Unianchieta, 2007.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Direito intertemporal e a proteção do direito adquirido*. Curitiba: Juruá, 2011.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. Os direitos e o Direito. *Revista Jurídica Eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. 3, p. 79-112, 2019; *Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Braga: Universidade do Minho (Escola de Direito), v 349. p. 83-101, 2019; *Revista de Ciências Sociais e Jurídicas*, Jundiaí: Unianchieta, v. 1, p. 58-75, 2019.

- LIEBMAN, Enrico Tullio; ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. Penhor: retrovenda. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. São Paulo: RT, 2011. v. 5. p. 77-81.
- LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: RT, 1962.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 4. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução Luca Lamerti. Revisão da tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX.
- LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2019. v. 3: Do século XX à pós-modernidade.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 978 a 1.510. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2007.
- LOTERSTEIN, Aaron. Law-enforcement officers and self-help repossession: a State action approach. *Michigan Law Review*, Ann Arbor: *University of Michigan Law School*, v. 111, 2013. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss7/4>. Acesso em: 17 out. 2020.
- MACALL, James R. The past as prologue: a history of the right to repossess. *Southern California Law Review*, San Francisco: University of California, Hastings College of the Law, v. 58, 1973. Disponível em: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/545. Acesso em: 18 out. 2020.
- MAIA, Paulo Carneiro. *Da retrovenda*. São Paulo: Saraiva, 1956.
- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A função social como instrumento de equilíbrio contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 72, p. 14-47, 2016.
- MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. A função social do contrato. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 335-341.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 382, p. 119-142, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II.

MBA, Sanford. *Reformed Secured Transactions Regulation in Nigeria: an “endowment effect” justification for its self-help repossession and disposition provision*. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2894273. Acesso em: 20 out. 2020.

MCROBERT, Ryan. Defining “breach of the peace” in self-help repossessions. *Washington Law Review*, Seattle: University of Washington, v. 87, 2012. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol87/iss2/10>. Acesso em: 19 out. 2020.

MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. *Curso de direito romano: história e fontes*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Diego Ferreira. A vedação ao comportamento contraditório. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (coord.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura. 2018. v. 1. p. 101-123.

MENEZES CORDEIRO, António Barreto. *Do trust no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2016.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: direito das obrigações – garantias*. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina. 2015. t. X.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tradução R. O. Fontarrosa, S. Sentís Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MLODINOW, Leonard. *O andar do bêbado: como o acaso determina nossas vidas*. Tradução Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

MONTEIRO, Ralpo Waldo de Barros; MONTEIRO, Maria Stella de Barros. A causa do contrato e a *exceptio non adimpleti contractus*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 958, p. 99-117, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOONEY, F. Anthony. Non-judicial repossession: reprisal in need of reform. *Digital Commons @ Boston College Law School*, Newton: Boston College Law School, v. 11, 1970. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol11/iss3/3/>. Acesso em: 17 out. 2020.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A retrovenda*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: RT, 1987.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973.

MORSELLO, Marco Fábio. O sistema de defesa do consumidor e sua interface com o contrato de transporte aéreo. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; MALFATTI, Alexandre (coord.). *Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. p. 111-138.

NALINI, José Renato. Justiça pacificadora: um ideal bem possível. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 45, p. 331-338, 2015.

NALINI, José Renato. A Constituição e a economia. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, v. 64, p. 109-123, 2014.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 73, 2017. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada). São Paulo: RT, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 8. ed. rev., ampl. e atual. até 12.07.2011. São Paulo: RT, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NICHOLS v. Metropolitan Bank. Minnesota Court of Appeals (19 Apr, 1989). *Casemine*. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/59148ac3add7b049345176c3>. Acesso em: 12 dez. 2020.

NORONHA, Fernando. A alienação fiduciária e o *leasing* financeiro como supergarantias das obrigações. *Revista do Tribunais*, São Paulo: RT, v. 845, p. 37-49, 2006.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *Crédito móvel pelo penhor e o bilhete de mercadorias*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1898.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 3. ed. adaptada ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977. t. I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977. t. XLIV: Direito das obrigações: expedição. Contrato de agência. Representação de empresa. Fiança. Mandato de crédito. Constituição de renda. Promessa de dívida. Reconhecimento de dívida. Comunidade. Edição. Representação teatral, musical e de cinema. Empreitada.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. VI: Parte geral. Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões ações e exceções. Prescrição.

PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RACZYNSKA, Magda; GULLIFER, Louise. The English Law of Personal Property Security: under-reformed? In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. As novas tendências do direito processual civil. *Justitia*, São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, p. 121-127, 2001.

RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. Princípios constitucionais no novo CPC. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, Guarulhos: Universidade de Guarulhos, v. 7, p. 86-97, 2017.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atualizada com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 21, p. 11-13, 2003.

REALE, Miguel. Nulidade de ato jurídico. Venda com resgate para encobrir pacto comissório – se subsiste o penhor, não obstante a nulidade do contrato – colocação do problema em face do nosso direito positivo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. São Paulo: RT, 2010. v. 4. p. 101-108.

RENAUDIN, Muriel. The modernisation of French Secured Credit Law: law as a competitive tool in global markets. *International Company and Commercial Law Review*, London: Sweet & Maxwell, 2013.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*. São Paulo: RT, 2007.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel nas modalidades de financiamento mercadológico e autofinanciamento consorcial e transmissão dos novos direitos fiduciários e seus reflexos na recuperação judicial ou falência (regime jurídico – questionamentos – jurisprudência)*. São Paulo: Malheiros, 2009.

RICCIARDONE, Angela de Sanctis. *L'autotutela civile: l'esercizio dei diritti: possibilità e limiti dell'autodifesa*. Napoli: Jovene, 2011.

RIFFARD, Jean-François. The still uncompleted evolution of the French Law on Secured Transactions towards modernity. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley. 2014. t. V.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*. 2. ed. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1990.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 938, p. 179-255, 2013.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, p. 113-130, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 28. p. 285.

- ROJO AJURIA, Luis. Las garantías mobiliarias: fundamentos del derecho de garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de America. *Anuario de derecho civil*, Madrid: Ministerio de Justicia – Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, v. 42, p. 717-812, 1989. Disponível em: <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/8088>. Acesso em: 16 out. 2020.
- ROPPO, Enzo. *Il divieto del patto commissorio*. In: CHINALE, Angelo (coord.). *Le garanzie dell'obbligazione: scritti scelti*. Milano: Utet Giuridica, 2015.
- ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. Colaboração Vivien Cabral Sarmiento Leite. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ROSENVALD, Nelson. Arts. 420 a 652. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2007.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. Cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial: requisitos e limites à luz da jurisprudência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, v. LXXVII, p. 133-155, 2016.
- SANDERS, Steven Kurt. Self-help repossession under the Uniform Commercial Code: the constitutionality of Article 9, Section 503. *New Mexico Law Review*, Albuquerque: University of New Mexico, v. 4, 1973. Disponível em: <https://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol4/iss1/6>. Acesso em: 16 out. 2020.
- SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Apontamentos sobre o protesto notarial*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- SATURNO, Angelo. *L'autotutela privata: I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 91, p. 141-159, 1996.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.
- SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*. 11. reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.
- SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Sistema de garantias no direito brasileiro: análise sistemática das garantias positivadas e uma proposta para sua reforma*. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária*. São Paulo: Almedina, 2014.

SILVA, José Anchieta da. A (r)evolução das garantias e o processo de recuperação da empresa (a garantia real clássica e os contratos de garantia financeira). *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo: RT, v. VI, p. 1-21, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

SMALIUKAS, Andrius. Secured Transactions Law Reform in Lithuania. In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. *Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

STĂNESCU, Cătălin Gabriel. *Self-help, private debt collection and the concomitant risks: a comparative law analysis*. Budapest: Springer International Publishing, 2015.

SZMUCH, Mario Gabriel. Arts. 2.219 a 2.237. In: LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2015. t. X.

SZTAJN, Rachel. *Direito e economia dos contratos: os conceitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAJTI, Tibor. Testing the equivalence of the new comprehensive Australian Personal Properties Securities Act, its segmented European equivalents and the draft common frame of reference. *Bond Law Review*, Queensland, v. 24, 2013. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol24/iss1/4>. Acesso em: 20 out. 2020.

TAJTI, Tibor. Viehweg's topics, Article 9 UCC, the "Kautelanische Sicherheiten" and the Hungarian Secured Transactions Law Reform. *The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, Wien: Moot Aluminu Association, v. 6, 2002.

TAJTI, Tibor. Security Rights and the European Insolvency Regulations: report for Central and Eastern Europe – Focus on Hungary, Lithuania and Poland. *Civil Justice Programme of the European Union*, Bruxelles, 2016.

TAJTI, Tibor. Post-1990 Secured Transactions Law Reforms in Central and Eastern Europe. *Bulletin of the Chamber of Public Notaries of County Szeged*, Budapest, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2358006>. Acesso em: 20 out. 2020.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 85, p. 190-199, 1997.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Que são, afinal os direitos humanos? *Revista do Advogado*, São Paulo: Editora Jornalística AFA, v. 3, p. 4-13, 1980.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, [s. d.]. t. II.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 28.

TEPEDINO, Gustavo. Caução de créditos no direito brasileiro: possibilidades do penhor sobre direitos creditórios. *In: Soluções práticas – Tepedino*. São Paulo: RT, 2011. v. I. p. 445-464.

TEPEDINO, Gustavo. Estipulação de arras confirmatórias e direito de arrependimento no contrato preliminar de compra e venda de ações. *In: Soluções práticas – Tepedino*. São Paulo: RT. p. 107-131.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCO, Rui (coord.). Doutrinas essenciais – direito civil – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. V.

THE WORLD BANK. Business reforms in Georgia. *Doing Business*, [s. l., s. d.]. Disponível em: <https://www.doingbusiness.org/en/reforms/overview/economy/georgia>. Acesso em: 20 out. 2020.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Abuso de poder econômico e abuso de poder contratual. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, v. 126. p. 123-127, 1995.

TUCCI, G. Cauzione. *In: CHINALE, Angelo (coord.). Le garanzie dell'obbligazione: scritti scelti*. Milano: Utet Giuridica, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

URTASUN, Leyre Elizari. *Contrato de depósito y nuevas formas de garantía: depósitos a favor de tercero y en interés de tercero*. Pamplona: Aranzadi, 2017.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973. v. I.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

VENEZIANO, Anna. Italian Secured Transactions Law: the Need for Reform. *In: GULLIFER, Louise; AKSELI, Orkun. Secured Transactions Law Reform: principles, policies and practice*. Portland: Hart Publishing, 2016. Edição do Kindle.

WALD, Arnaldo. A introdução do *leasing* no Brasil. *In: WALD, Arnaldo. Doutrinas essenciais de direito empresarial*. São Paulo: RT, 2010. v. IV. p. 507-515.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Negócio fiduciário e cessão fiduciária de créditos na falência e recuperação judicial de empresas. *In: Pareceres – Wambier*. São Paulo: RT, 2012. v. I. p. 527-566.

WILLIAMS, Ihome Chima. *The role of self-help repossession under Article 9 of the UCC: lessons for Nigeria*. Budapest: Central European University, 2013. Disponível em: http://www.etd.ceu.hu/2013/ihome_chima-williams.pdf. Acesso em: 23 nov. 2020.

ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura europeia. Tradução Otavio Luiz Rodrigues Junior e Marcela Paes de Andrade Lopes de Oliveira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, p. 1-30, 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard. *O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha*. Tradução, revisão e notas Arthur Maximus Monteiro, João Carlos Mettlach, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, p. 317-358, 2017.

JURISPRUDÊNCIA

1. Supremo Tribunal Federal

STF, Tribunal Pleno, SE n. 5206 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001

STF, Pleno, RE n. 860631/RG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.02.2018

2. Superior Tribunal de Justiça

STJ, 4ª Turma, REsp n. 181.095/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.03.1999

STJ, Corte Especial, EREsp n. 213.828/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Vidigal, j. 07.05.2003

STJ, 3ª Turma, REsp n. 236.497/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 02.12.2004

STJ, 2ª Seção, REsp n. 1061530/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 22.10.2008

STJ, 4ª Turma, REsp n. 1328656/GO, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 16.08.2012

STJ, AgRg no AREsp n. 146.988/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 18.09.2012

STJ, 2ª Seção, REsp n. 1.099.212/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27.02.2013

STJ, 4ª Turma, REsp n. 1101375/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.06.2013

STJ, 2ª Seção, REsp n. 1291575/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.08.2013

STJ, 4ª Turma, AgRg no AgRg no Ag n. 1209799/GO, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 12.11.2013

STJ, 2ª Seção, REsp n. 1418593/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.05.2014

STJ, 4ª Turma, AgRg nos EDcl no Ag n. 1312507/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. 12.05.2015, DJe 01.07.2015

STJ, 3ª Turma, REsp n. 1401233/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 17.11.2015

STJ, 4ª Turma, AgInt no AREsp n. 644.018/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 02.06.2016

STJ, 2ª Seção, REsp n. 1622555/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 22.02.2017

- STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp n. 1630139/MT, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04.05.2017
- STJ, 3ª Turma, REsp n. 1628385/ES, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 22.08.2017
- STJ, 4ª Turma, REsp n. 1586910/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 29.08.2017
- STJ, 4ª Turma, REsp nº 1586910/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 29.08.2017, DJe 03.10.2017
- STJ, 3ª Turma, AgInt nos EDcl no AREsp n. 1009521/AL, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21.11.2017
- STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp n. 1032835/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 21.08.2018
- STJ, 2ª Seção, REsp n. 1555722/SP, Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. 22.08.2018
- STJ, 3ª Turma, REsp n. 1758746/GO, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 25.09.2018
- STJ, 3ª Turma, REsp n. 1654112/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.10.2018
- STJ, 3ª Turma, REsp n. 1361214/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27.11.2018
- STJ, 3ª Turma, REsp n. 1797196/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 09.04.2019
- STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp n. 1357379/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27.05.2019
- STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n. 1771864/SE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 30.05.2019
- STJ, 4ª Turma, REsp n. 1559348/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.06.2019
- STJ, 2ª Turma, REsp n. 945.055/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.06.2009
- STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp n. 1422337/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.06.2019
- STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n. 1478452/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.10.2019
- STJ, 4ª Turma, REsp n. 1595832/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 29.10.2019
- STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp n. 1822750/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 18.11.2019
- STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n. 1430971/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 04.05.2020
- STJ, 3ª Turma, REsp n. 1833824/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 05.05.2020

3. Tribunal de Justiça de São Paulo

TJ/SP, 4ª Câ. Dir. Priv., Ap. c/ rev. n. 0066639-64.2004.8.26.0000, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 27.04.2006

TJ/SP, 25ª Câ. Dir. Priv., Ag. Inst. n. 1254301-0/8; Rel. Des. Sebastião Flávio, j. 12.05.2009

TJ/SP, 31ª Câ. Dir. Priv., Ap. c/ revisão n. 0005054-43.2007.8.26.0020, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 29.10.2013

TJ/SP, 2ª Câ. Res. Dir. Emp., Ag. Inst. n. 2050745-28.2015.8.26.0000, Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 18.05.2015

TJ/SP, 34ª Câ. Dir. Priv., Ap. Cível n. 0021347-03.2010.8.26.0564, Rel. Des. Nestor Duarte, j. 16.03.2016

TJ/SP, 1ª Câ. Res. de Dir. Empres., Ag. Inst. n. 2203903-06.2015.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 28.04.2016

TJ/SP, CSM, Ap. Cível n. 1067944-37.2016.8.26.0100, Rel. Des. Pereira Calças, j. 25.04.2017

TJ/SP, 12ª Câ. Dir. Priv., Ag. Inst. n. 2017368-95.2017.8.26.0000, Rel. Des. Cerqueira Leite, j. 26.06.2017

TJ/SP, 31ª Câ. Dir. Priv., Ap. Cível n. 0004969-61.2014.8.26.0586, Rel. Des. Carlos Nunes, j. 31.07.2018

TJ/SP, 32ª Câ. Dir. Priv., Ap. n. 1001742-63.2017.8.26.0514, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 23.01.2019

TJ/SP, 32ª Câ. Dir. Priv., Ap. Cível n. 1019102-50.2016.8.26.0577, Rel. Des. Ruy Coppola, j. 28.02.2019

TJ/SP, 32ª Câ. Dir. Priv., Ap. Cível n. 1000554-08.2017.8.26.0038, Rel. Des. Caio Mendes de Oliveira, j. 01.08.2019

TJ/SP, 34ª Câ. Dir. Priv., Ap. Cível n. 1010426-55.2017.8.26.0003, Rel. Des. Soares Levada, j. 23.09.2019

TJ/SP, 1ª Câ. Dir. Priv., Ap. Cível n. 1089939-38.2018.8.26.0100, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 08.07.2020

ANEXO 1

Neste anexo está transcrita a planilha referida no item 4.2.1.3.8. Os extratos processuais que a embasam foram juntados à via física da tese, em mídia eletrônica, depositada na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e podem ser consultados também no *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (www.tjsp.jus.br).

Na primeira coluna da planilha, há a ordenação da pesquisa, considerando a ordem cronológica de distribuições (de 1 a 991); na segunda, estão transcritos os números dos processos pesquisados; na terceira, informa-se sobre a existência, ou não, de contestação, e sobre eventual decretação de revelia¹⁰³⁷; na quarta, relata-se o estado dos feitos, se já sentenciados ou em andamento, assim como a natureza da sentença proferida nos casos, se com ou sem resolução de mérito; na quinta, narra-se qual o desfecho dado pelas sentenças que resolveram o mérito, *e.g.*, procedência ou improcedência ou homologação de acordo, assim como o fundamento das sentenças que não resolveram o mérito, tais como desistência ou abandono¹⁰³⁸.

	Processo nº	Contestação ou revelia	Sentença com ou sem resolução de mérito ou demanda em andamento	Procedência ou improcedência ou outro
1	100032-41.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
2	1007055-96.2016.8.26.0010		sem resolução	abandono
3	1000076-60.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
4	1000105-13.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
5	1000125-04.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
6	1000157-09.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
7	1000180-52.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
8	1000208-20.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
9	1000220-34.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
10	1000226-41.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
11	1000253-24.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
12	1000255-91.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo

¹⁰³⁷ Há muitas lacunas, nesta coluna, porque em muitos dos feitos não houve nem contestação nem decretação de revelia – por exemplo, nos casos em que, logo depois da distribuição, as partes celebram acordo.

¹⁰³⁸ As lacunas que há nesta quinta coluna referem-se aos processos ainda em andamento.

13	1000257-61.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
14	1000317-34.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
15	1000328-63.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
16	1000379-74.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
17	1000399-65.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
18	1000400-50.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
19	1000410-94.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
20	1000461-08.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
21	1000464-60.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
22	1000472-37.2017.8.26.0309		em andamento	
23	1000481-96.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
24	1000571-07.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
25	1000581-51.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
26	1000604-94.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
27	1000629-10.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
28	1000642-09.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	acordo (em outros autos)
29	1000656-90.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
30	1000663-82.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
31	1000675-96.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
32	1000684-58.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
33	1000686-28.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
34	1000725-25.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
35	1000730-47.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
36	1000740-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
37	1000753-90.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
38	1000776-36.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
39	1000786-80.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
40	1000787-65.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
41	1000810-11.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
42	1000817-03.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
43	1000819-70.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
44	1000830-02.2017.8.26.0309		com resolução	purgação da mora
45	1000833-54.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
46	1000847-38.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
47	1000911-48.2017.8.26.0309		sem resolução	custas iniciais não recolhidas
48	1000935-76.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
49	1000950-45.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
50	1000952-15.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
51	1000993-79.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
52	1001013-70.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
53	1001014-55.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono

54	1001024-02.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
55	1001070-88.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
56	1001100-26.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
57	1001134-98.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
58	1001150-52.2017.8.26.0309		em andamento	
59	1001153-07.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
60	1001174-80.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	abandono
61	1001190-34.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
62	1001192-04.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
63	1001194-71.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
64	1001213-77.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
65	1001221-54.2017.8.26.0309		em andamento	
66	1001223-24.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
67	1001237-08.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
68	1001251-89.2017.8.26.0309		sem resolução	indeferimento da inicial
69	1001256-14.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
70	1001259-66.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
71	1001265-73.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
72	1001268-28.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
73	1001297-78.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
74	1001314-17.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
75	1001316-84.2017.8.26.0309		em andamento	
76	1001320-24.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	desistência
77	1001321-09.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
78	1001328-98.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
79	1001333-23.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
80	1001335-90.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
81	1001339-30.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
82	1001342-82.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
83	1001378-27.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
84	1001379-12.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
85	1001380-94.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
86	1001388-71.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
87	1001402-55.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
88	1001407-77.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
89	1001416-39.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
90	1001429-38.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
91	1000480-14.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
92	1001503-92.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
93	1001505-62.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
94	1001508-17.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
95	1001509-02.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
96	1001521-16.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora

97	1001525-53.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
98	1001534-15.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
99	1001535-97.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
100	1001537-67.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
101	1001579-19.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
102	1001582-71.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
103	1001588-78.2017.8.26.0309		sem resolução	litispendência
104	1001615-61.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
105	1001632-97.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
106	1001641-59.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
107	1001646-81.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
108	1001742-96.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
109	1001800-02.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
110	1001813-98.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
111	1001817-38.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
112	1001821-75.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
113	1002706-90.2016.8.26.0514		sem resolução	desistência
114	1009884-26.2016.8.26.0309		com resolução	acordo
115	1001893-62.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
116	1001954-20.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
117	1001971-56.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
118	1001977-63.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
119	1002082-40.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
120	1002085-92.2017.8.26.0309		com resolução	purgação da mora
121	1002113-60.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
122	1002144-80.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
123	1002211-45.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
124	1002241-80.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
125	1002260-86.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
126	1002312-82.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
127	1002337-95.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
128	1002330-06.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
129	1002338-80.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
130	1002430-58.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
131	1002495-53.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
132	1002501-60.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
133	1002511-07.2017.8.26.0309		em andamento	
134	1002528-43.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
135	1002552-71.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
136	1002574-32.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
137	1002586-46.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
138	1002614-14.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
139	1002615-96.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

140	1002661-85.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
141	1002670-47.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
142	1002733-72.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	desistência
143	1002765-77.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
144	1002773-54.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
145	1002802-07.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
146	1002826-35.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
147	1002874-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
148	1002917-28.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
149	1002930-27.2017.8.26.0309		em andamento	
150	1002952-85.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
151	1002993-52.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
152	1003001-29.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
153	1003011-73.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
154	1003022-05.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
155	1003040-26.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
156	1003068-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
157	1003091-37.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
158	1003093-07.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
159	1003106-06.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
160	1003123-42.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
161	1003128-64.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
162	1003129-49.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
163	1003138-11.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
164	1003156-32.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
165	1003168-46.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
166	1003166-76.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
167	1003171-98.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
168	1003175-38.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
169	1003185-82.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
170	1003191-89.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
171	1003204-88.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
172	1003209-13.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
173	1003221-27.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
174	1003228-19.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
175	1003234-26.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
176	1003269-83.2017.8.26.0309	contestação	em andamento	
177	1003301-88.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
178	1003316-57.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
179	1003324-34.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
180	1003333-93.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
181	1003341-70.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
182	1003353-84.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

183	1003432-63.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
184	1003457-76.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
185	1003461-16.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
186	1003471-60.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
187	1003488-96.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
188	1003558-16.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
189	1003559-98.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
190	1003564-23.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
191	1003571-15.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
192	1003611-94.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
193	1003693-28.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
194	1003717-56.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
195	1053206-02.2016.8.26.0114		sem resolução	desistência
196	1003829-25.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
197	1003836-17.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
198	1003852-68.2017.8.26.0309		em andamento	
199	1003871-74.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
200	1003898-57.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
201	1003905-49.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
202	1003931-47.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
203	1003936-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
204	1003938-39.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
205	1003984-28.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
206	1003985-13.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
207	1003988-65.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
208	1003994-72.2017.8.26.0309		em andamento	
209	1004009-41.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
210	1004018-03.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
211	1004030-17.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
212	1004037-09.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
213	1004089-05.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
214	1004091-72.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
215	1004098-64.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
216	1004227-69.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
217	1004242-38.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
218	1004255-37.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
219	1004262-29.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
220	1004269-21.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
221	1004309-03.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
222	1004392-19.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
223	1000404-19.2017.8.26.0655		sem resolução	desistência
224	1004396-56.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
225	1004398-26.2017.8.26.0309		com resolução	acordo

226	1004517-84.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
227	1004520-39.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
228	1004544-67.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
229	1004555-96.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
230	1004560-21.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
231	1004006-86.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
232	1004703-10.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
233	0004076-23.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
234	1004699-70.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
235	1004740-37.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
236	1004785-41.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
237	1004814-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
238	1004826-08.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
239	1004838-22.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
240	1004813-09.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
241	1004815-76.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
242	1004864-20.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
243	1004883-26.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	desistência
244	1004930-97.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
245	1004932-67.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
246	1004964-72.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
247	1004992-40.2017.8.26.0309		em andamento	
248	1005045-21.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
249	1005058-20.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
250	1005077-26.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
251	1003238-63.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
252	1005121-45.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
253	1005127-52.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
254	1005130-07.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
255	1005164-79.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
256	1005165-64.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
257	1005167-34.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
258	1005169-04.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
259	1005171-71.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
260	1005178-63.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	abandono
261	1005186-40.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
262	1005192-47.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
263	1005197-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
264	1005204-61.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
265	1005228-89.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
266	1005247-95.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	purgação da mora
267	1005294-69.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
268	1005382-10.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

269	1005400-31.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
270	1005413-30.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
271	1005436-73.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
272	1005406-38.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
273	1005372-63.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
274	1005471-33.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
275	1005473-03.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
276	1005490-39.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
277	1005500-83.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
278	1005521-59.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
279	1005533-73.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
280	1005537-13.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
281	1005548-42.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
282	1005598-68.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
283	1005613-37.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
284	1005657-56.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
285	1005660-11.2017.8.26.0309		sem resolução	indeferimento da inicial
286	1005711-22.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
287	1005725-06.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
288	1005777-02.2017.8.26.0309		com resolução	purgação da mora
289	1005870-62.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
290	1005895-75.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
291	1005931-20.2017.8.26.0309		com resolução	purgação da mora
292	1005946-86.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
293	1006013-51.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
294	1006014-36.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
295	1006025-65.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
296	1006044-71.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
297	1006127-87.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
298	1006134-79.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
299	1006136-49.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
300	1006139-04.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
301	1006142-56.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
302	1006148-63.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
303	1006150-33.2017.8.26.0309	contestação	em andamento	
304	1006161-62.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
305	1006212-73.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
306	1006253-40.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
307	1006310-58.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
308	1006338-26.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
309	1006403-21.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
310	1006435-26.2017.8.26.0309		em andamento	
311	1006441-33.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

312	1006450-92.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
313	1006459-54.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
314	1006522-79.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
315	1006525-34.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
316	1006571-23.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
317	1006577-30.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
318	1006637-03.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
319	1006624-04.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
320	1006659-61.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
321	1006664-83.2017.8.26.0309		em andamento	
322	1006667-38.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
323	1006689-96.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
324	1006774-82.2017.8.26.0309		sem resolução	indeferimento da inicial
325	1006811-12.2017.8.26.0309		em andamento	
326	1006832-85.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
327	1006841-47.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
328	1006843-17.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
329	1006837-10.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
330	1006856-16.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
331	1006876-07.2017.8.26.0309		sem resolução	custas iniciais não recolhidas
332	1006891-73.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
333	1006905-57.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
334	1006936-77.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
335	1006946-24.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
336	1006967-97.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
337	1006986-06.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
338	1007042-39.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
339	1007072-74.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
340	1007085-73.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
341	1007137-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
342	1007148-98.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
343	1007152-38.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
344	1007159-30.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
345	1007179-21.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
346	1007185-28.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
347	1007196-57.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
348	1007215-63.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
349	1007242-46.2017.8.26.0309	contestação	em andamento	
350	1007245-98.2017.8.26.0309	contestação	em andamento	
351	1007249-38.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
352	1007284-95.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
353	1007339-46.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

354	1007350-75.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
355	1007383-65.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
356	1007388-87.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
357	1007402-71.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
358	1007405-26.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
359	1007419-10.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
360	1007428-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
361	1007430-39.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
362	1007431-24.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
363	1007446-90.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
364	1007450-30.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
365	1007191-35.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
366	1007479-80.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
367	1007510-03.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
368	1007512-70.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
369	1007519-62.2017.8.26.0309	contestação	em andamento	
370	1007554-22.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
371	1007585-42.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
372	1007593-19.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	improcedência
373	1007603-63.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
374	1007610-55.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
375	1007654-74.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
376	1007682-42.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
377	1007689-34.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
378	1007787-19.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
379	1007794-11.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
380	1007796-78.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
381	1007802-85.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	desistência
382	1007821-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
383	1007905-92.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
384	1007912-84.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
385	1007925-83.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
386	1007937-97.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
387	1008003-77.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
388	1008002-92.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
389	1007990-78.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
390	1008023-68.2017.8.26.0309		em andamento	
391	1008051-36.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
392	1008052-21.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
393	1008058-28.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
394	1008098-10.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
395	1008106-84.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
396	1008109-39.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

397	1008113-76.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
398	1008134-52.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
399	1008136-22.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	desistência
400	1008137-07.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
401	1008144-96.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
402	1008174-34.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
403	1008276-56.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
404	1008279-11.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
405	1008281-78.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
406	1008286-03.2017.8.26.0309		em andamento	
407	1008285-18.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
408	1008287-85.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
409	1008294-77.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
410	1008332-89.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
411	1008366-64.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
412	1008400-39.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
413	1008412-53.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
414	1008489-62.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
415	1008492-17.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
416	1008541-58.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	abandono
417	1008553-72.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
418	1008619-52.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
419	1008641-13.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
420	1008653-27.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
421	1008673-18.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
422	1008724-29.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
423	1008818-74.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
424	1008830-88.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
425	1008835-13.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
426	1008837-80.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
427	1008861-11.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	purgação da mora
428	1008877-62.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
429	1008882-84.2017.8.26.0309		em andamento	
430	1008883-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
431	1008904-45.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
432	1008916-59.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
433	1008933-95.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
434	1008935-65.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
435	1008948-64.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
436	1008952-04.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
437	1008958-11.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
438	1008967-70.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
439	1008977-17.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

440	1008999-75.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
441	1009009-22.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
442	1009012-74.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
443	1009022-21.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
444	1009027-43.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
445	1009028-28.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
446	1009046-49.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
447	1009089-83.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
448	1009088-98.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
449	1009090-68.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
450	1009092-38.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
451	1009096-75.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
452	1009109-74.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
453	1009163-40.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
454	1009167-77.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
455	1009201-52.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
456	1009211-96.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
457	1009255-18.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
458	1009260-40.2017.8.26.0309		sem resolução	indeferimento da inicial
459	1009275-09.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
460	1009329-72.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
461	1009432-79.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
462	0013914-14.2012.8.26.0099	contestação	em andamento	
463	1009494-22.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
464	1009606-88.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
465	1009609-43.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
466	1009741-03.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
467	1009644-03.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
468	1009718-57.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
469	1009746-25.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
470	1009653-62.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
471	1009778-30.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
472	1009782-67.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
473	1009805-13.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
474	1009855-39.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
475	1001740-59.2017.8.26.0299		sem resolução	desistência
476	1009947-17.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
477	1009949-84.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
478	1009954-09.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
479	1009968-90.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
480	1009983-59.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
481	1010015-64.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
482	1010038-10.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

483	1010097-95.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
484	1010145-54.2017.8.26.0309		em andamento	
485	1010171-52.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
486	1010181-96.2017.8.26.0309		em andamento	
487	1010200-05.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
488	1010199-20.2017.8.26.0309		em andamento	
489	1010297-05.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
490	1010307-49.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
491	1010365-52.2017.8.26.0309		em andamento	
492	1010445-16.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
493	1010455-60.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
494	1010532-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
495	1010542-16.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
496	1010547-38.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
497	1010555-15.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
498	1010639-16.2017.8.26.0309		em andamento	
499	1010642-68.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
500	1010668-66.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
501	1010686-87.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
502	1010687-72.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
503	1010696-34.2017.8.26.0309		em andamento	
504	1018297-62.2015.8.26.0309		em andamento	
505	1010715-40.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
506	1010735-31.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
507	1010774-28.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
508	1010792-49.2017.8.26.0309		em andamento	
509	1008252-28.2017.8.26.0309		com resolução	purgação da mora
510	1010805-48.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
511	1010807-18.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
512	1010838-38.2017.8.26.0309		em andamento	
513	1010841-90.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
514	1000075-23.2017.8.26.0003		sem resolução	desistência
515	1010844-45.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
516	1008864-63.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
517	1010887-79.2017.8.26.0309		em andamento	
518	1010930-16.2017.8.26.0309		com resolução	purgação da mora
519	1010971-80.2017.8.26.0309	contestação	em andamento	
520	1010976-05.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
521	1011000-33.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
522	1011110-32.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
523	1011124-16.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
524	1011138-97.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
525	1011163-13.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

526	1011184-86.2017.8.26.0309		sem resolução	acordo (não levado a Juízo)
527	1011190-93.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
528	1011199-55.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
529	1011209-02.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
530	1011212-54.2017.8.26.0309		em andamento	
531	1011283-56.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
532	1011287-93.2017.8.26.0309		em andamento	
533	1011293-03.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	desistência
534	1011299-10.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
535	1011302-62.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
536	1011378-86.2017.8.26.0309		sem resolução	acordo
537	1011400-47.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
538	1011418-68.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
539	1011424-75.2017.8.26.0309		em andamento	
540	1011457-65.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
541	1011475-86.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
542	1011513-98.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
543	1011599-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
544	1011604-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
545	1011606-61.2017.8.26.0309		sem resolução	indeferimento da inicial
546	1011618-75.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
547	1011634-29.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
548	1011671-56.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
549	1011680-18.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
550	1011691-47.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
551	1011791-02.2017.8.26.0309		em andamento	
552	1011818-82.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
553	1011834-36.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
554	1011861-19.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
555	1011901-98.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
556	1011932-21.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
557	1011963-41.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
558	1011964-26.2017.8.26.0309		em andamento	
559	1011971-18.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
560	1012030-06.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
561	1007024-18.2017.8.26.0309		em andamento	
562	1012077-77.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
563	1012102-90.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
564	1012192-98.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
565	1012215-44.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
566	1012257-93.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
567	1012283-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

568	1012301-15.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
569	1012328-95.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
570	1012332-35.2017.8.26.0309		em andamento	
571	1012334-05.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
572	1012344-49.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
573	1012351-41.2017.8.26.0309		em andamento	
574	1012358-33.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
575	1012370-47.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
576	1012446-71.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
577	1012468-32.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
578	1012486-53.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
579	1012494-30.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
580	1012510-81.2017.8.26.0309	contestação	em andamento	
581	1012346-19.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
582	1012520-28.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
583	1012513-36.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
584	1012563-62.2017.8.26.0309		em andamento	
585	1012584-38.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
586	1012591-30.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
587	1012634-64.2017.8.26.0309		em andamento	
588	1012639-86.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
589	1012640-71.2017.8.26.0309		em andamento	desistência
590	1012657-10.2017.8.26.0309		em andamento	desistência
591	1012723-87.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
592	1012727-27.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
593	1012735-04.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
594	1012757-62.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
595	1012761-02.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
596	1012849-40.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
597	1012851-10.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
598	1012878-90.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
599	1012879-75.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
600	1012883-15.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
601	1012905-73.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
602	1012907-43.2017.8.26.0309		em andamento	
603	1012924-79.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
604	1012943-85.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
605	1012956-84.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
606	1012957-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
607	1012960-24.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
608	1012964-61.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
609	1012986-22.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
610	1012987-07.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

611	1013004-43.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
612	1013031-26.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
613	1013090-14.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
614	1013104-95.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
615	1013138-70.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
616	1013139-55.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
617	1013144-77.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
618	1013146-47.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
619	1013153-39.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
620	1013180-22.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
621	1013196-73.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
622	1013219-19.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
623	1013240-92.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
624	1013243-47.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
625	1013267-75.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
626	1013268-60.2017.8.26.0309		em andamento	
627	1013302-35.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
628	1013311-94.2017.8.26.0309		em andamento	
629	1013314-49.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
630	1013319-71.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
631	1013330-03.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
632	1013392-43.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
633	1013398-50.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
634	1013433-10.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
635	1013605-49.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
636	1013629-77.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
637	1013670-44.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
638	1013707-71.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
639	1013712-93.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
640	1013831-54.2017.8.26.0309		em andamento	
641	1011966-93.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
642	1013895-64.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
643	1013907-78.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
644	1013914-70.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
645	1013936-31.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
646	1013937-16.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
647	1013947-60.2017.8.26.0309		sem resolução	acordo (não levado a Juízo)
648	1013949-30.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
649	1013956-22.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
650	1013968-36.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
651	1013986-57.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
652	1014084-42.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

653	1014086-12.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
654	1014093-04.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
655	1014102-63.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
656	1014104-33.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
657	1014105-18.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
658	1014122-54.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
659	1014138-08.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
660	1014163-21.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
661	1014164-06.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
662	1014165-88.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
663	1014250-74.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
664	1014269-80.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
665	1014306-10.2017.8.26.0309		com resolução	procedência
666	1014324-31.2017.8.26.0309	revelia	sem resolução	desistência
667	1014457-73.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
668	1014509-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
669	1014562-50.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
670	1014587-63.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
671	1014605-84.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
672	1014617-98.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
673	1014708-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
674	1014709-76.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
675	1014710-61.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
676	1014791-10.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
677	1014798-02.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
678	1014812-83.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
679	1014819-75.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
680	1014859-57.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
681	1014879-48.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
682	1014885-55.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
683	1014894-17.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
684	1014902-91.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
685	1014913-23.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
686	1014917-60.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
687	1014924-52.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
688	1014929-74.2017.8.26.0309		com resolução	purgação da mora
689	1014988-62.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
690	1015008-53.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
691	1015011-08.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
692	1015033-66.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
693	1015035-36.2017.8.26.0309		com resolução	purgação da mora
694	1015049-20.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
695	1015056-12.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência

696	1015059-64.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
697	1015066-56.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
698	1015088-17.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
699	1015097-76.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
700	1015272-70.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
701	1015278-77.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
702	1015311-67.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
703	1015313-37.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
704	1015316-89.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
705	1015331-58.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
706	1015350-64.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
707	1015367-03.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
708	1015424-21.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
709	1015430-28.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
710	1015474-47.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
711	1015507-37.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
712	1015519-51.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
713	1015536-87.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
714	1015532-50.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
715	1015533-35.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
716	1015546-34.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
717	1015576-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
718	1015603-52.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
719	1015613-96.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
720	1015618-21.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
721	1015281-32.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
722	1015678-91.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	improcedência
723	1015787-08.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
724	1015864-17.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
725	1015872-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
726	1015873-76.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
727	1015876-31.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
728	1015898-89.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
729	1015899-74.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
730	1015953-40.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
731	1015972-46.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
732	1015977-68.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
733	1016025-27.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
734	1016036-56.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
735	1016043-48.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
736	1016034-86.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
737	1016053-92.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
738	1016057-32.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

739	1016066-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
740	1016182-97.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
741	1016193-29.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
742	1016232-26.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
743	1016233-11.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
744	1016260-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
745	1016288-59.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
746	1016298-06.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
747	1016324-04.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
748	1016394-21.2017.8.26.0309		em andamento	
749	1016426-26.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
750	1016428-93.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
751	1016430-63.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
752	1016452-24.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
753	1016454-91.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
754	1016506-87.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
755	1016533-70.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
756	1016541-47.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
757	1016579-59.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
758	1016582-14.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
759	1016609-94.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
760	1016675-74.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
761	1016686-06.2017.8.26.0309		sem resolução	acordo (não levado a Juízo)
762	1016690-43.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
763	1016707-79.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
764	1016763-15.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
765	1016768-37.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
766	1016788-28.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
767	1016798-72.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	improcedência
768	1016808-19.2017.8.26.0309		sem resolução	custas iniciais não recolhidas
769	1016856-75.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
770	1016860-15.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
771	1016933-84.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
772	1016949-38.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
773	1017033-39.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
774	1017051-60.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
775	1017084-50.2017.8.26.0309		em andamento	
776	1017172-88.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
777	1017209-18.2017.8.26.0309		em andamento	
778	1017194-49.2017.8.26.0309		em andamento	
779	1017231-76.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo

780	1017245-60.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
781	1017284-57.2017.8.26.0309		em andamento	
782	1017352-07.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
783	1017391-04.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
784	1017399-78.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
785	1017415-32.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
786	1017422-24.2017.8.26.0309		sem resolução	adimplemento substancial
787	1017426-61.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
788	1017456-96.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
789	1017450-89.2017.8.26.0309		em andamento	
790	1017487-19.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
791	1017500-18.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
792	1017519-24.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
793	1017526-16.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
794	1017528-83.2017.8.26.0309		em andamento	
795	1017543-52.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
796	1017660-43.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
797	1017677-79.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
798	1017840-59.2017.8.26.0309	contestação	sem resolução	desistência
799	1017935-89.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
800	1017947-06.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
801	1017961-87.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
802	1017955-80.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
803	1017980-93.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
804	1018043-21.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
805	1017479-42.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
806	1018156-72.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
807	1018159-27.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
808	1018189-62.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
809	1018281-40.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
810	1018332-51.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
811	1018358-49.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
812	1018516-07.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
813	1018520-44.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
814	1018523-96.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
815	1018527-36.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
816	1018608-82.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
817	1018621-81.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
818	1018624-36.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
819	1017478-57.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
820	1018655-56.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
821	1018701-45.2017.8.26.0309	contestação	em andamento	

822	1018704-97.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
823	1018778-54.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
824	1018787-16.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
825	1018819-21.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
826	1018881-61.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
827	1018882-46.2017.8.26.0309		em andamento	
828	1018889-38.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
829	1018894-60.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
830	1019089-45.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
831	1019097-22.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
832	1019200-29.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
833	1019210-73.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
834	1019217-65.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
835	1019281-75.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
836	1019316-35.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
837	1019322-42.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
838	1019327-64.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
839	1019334-56.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
840	1019393-44.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
841	1019436-78.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
842	1019479-15.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
843	1019480-97.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
844	1019498-21.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
845	1019512-05.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
846	1019511-20.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
847	1019562-31.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	purgação da mora
848	1019597-88.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
849	1019616-94.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
850	1019658-46.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
851	1003079-23.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
852	1019675-82.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
853	1019754-61.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
854	1019756-31.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
855	1019777-07.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
856	1019783-14.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
857	1019957-23.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
858	1019958-08.2017.8.26.0309		em andamento	
859	1019974-59.2017.8.26.0309		em andamento	
860	1020000-57.2017.8.26.0309		em andamento	
861	1020026-55.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
862	1020033-47.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
863	1020059-45.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
864	1020131-32.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

865	1020133-02.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	purgação da mora
866	1020134-84.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
867	1020139-09.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
868	1020140-91.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
869	1020146-98.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
870	1020169-44.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
871	1020246-53.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
872	1020292-42.2017.8.26.0309		em andamento	
873	1020303-71.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
874	1020301-04.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
875	1020325-32.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
876	1020428-39.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
877	1020530-61.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
878	1020536-68.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
879	1020567-88.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
880	1020572-13.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
881	1020595-56.2017.8.26.0309		em andamento	
882	1020600-78.2017.8.26.0309		com resolução	improcedência
883	1020659-66.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
884	1020726-31.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
885	1008943-40.2016.8.26.0224		em andamento	
886	1020775-72.2017.8.26.0309		em andamento	
887	1020800-85.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
888	1020903-92.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
889	1020906-47.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
890	1020907-32.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
891	1020929-90.2017.8.26.0309		em andamento	
892	1020994-85.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
893	1021037-22.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
894	1021042-44.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
895	1021061-50.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
896	1021146-36.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
897	1021206-09.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
898	1021277-11.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
899	1021279-78.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
900	1021416-60.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
901	1021430-44.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
902	1021482-40.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
903	1021484-10.2017.8.26.0309		em andamento	
904	1021492-84.2017.8.26.0309		em andamento	
905	1021601-98.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
906	1021739-65.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
907	1021936-20.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência

908	1021278-93.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
909	1022106-89.2017.8.26.0309		suspenso	acordo - sem sentença
910	1022108-59.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
911	1022075-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
912	1022082-61.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
913	1022114-66.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
914	1022166-62.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
915	1022167-47.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
916	1022213-36.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
917	1022216-88.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
918	1022237-64.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
919	1022262-77.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
920	1022353-70.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
921	1022359-77.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
922	1022371-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
923	1022433-34.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
924	1022461-02.2017.8.26.0309		em andamento	purgação da mora
925	1022555-47.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
926	1022563-24.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
927	1022567-61.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
928	1022596-14.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
929	1022601-36.2017.8.26.0309		em andamento	
930	1022645-55.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
931	1022674-08.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
932	1022754-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
933	1022760-76.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
934	1022763-31.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
935	1022770-23.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
936	1022885-44.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
937	1022929-63.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
938	1022984-14.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	acordo
939	1023011-94.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
940	1023086-36.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
941	1023107-12.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
942	1023110-64.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
943	1023198-05.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
944	1023239-69.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
945	1023299-42.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
946	1023321-03.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
947	1023353-08.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
948	1022766-83.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
949	1023403-34.2017.8.26.0309		em andamento	
950	1023457-97.2017.8.26.0309	contestação	em andamento	

951	1023529-84.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
952	1023573-06.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
953	1023608-63.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
954	1023631-09.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
955	1023632-91.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
956	1023688-27.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
957	1023745-45.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
958	1023746-30.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
959	1023820-84.2017.8.26.0309		em andamento	
960	1023851-07.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
961	1023877-05.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
962	1023881-42.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
963	1023404-19.2017.8.26.0309		sem resolução	purgação da mora
964	1024029-53.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
965	1024038-15.2017.8.26.0309		sem resolução	abandono
966	1024055-51.2017.8.26.0309		com resolução	purgação da mora
967	1024063-28.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	procedência
968	1024098-85.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
969	1024105-77.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
970	1024179-34.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
971	1024170-72.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
972	1024183-71.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
973	1024210-54.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
974	1024260-80.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
975	1024288-48.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
976	1024325-75.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
977	1024350-88.2017.8.26.0309	contestação	com resolução	improcedência
978	1024386-33.2017.8.26.0309		em andamento	
979	1024396-77.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
980	1024077-12.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
981	1024438-29.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
982	1024490-25.2017.8.26.0309		em andamento	
983	1024574-26.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
984	1024599-39.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
985	1024604-61.2017.8.26.0309		sem resolução	desistência
986	1024611-53.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
987	1024628-89.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
988	1023897-93.2017.8.26.0309		em andamento	
989	1024936-28.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência
990	1024985-69.2017.8.26.0309		com resolução	acordo
991	1024987-39.2017.8.26.0309	revelia	com resolução	procedência

Resultado da pesquisa:

- Número total de processos: 991
- Número de processos sob sigilo de justiça – não contabilizados na pesquisa: 73
- Número de processos redistribuídos a outras Comarcas – não contabilizados na pesquisa: 4
- Em andamento: 76
- Suspensos: 01
- Sentenciados: 636
- Casos em que houve contestação: 121
- Casos em que houve revelia: 79
- Porcentagem de casos em que houve revelia em relação às sentenças de procedência e improcedência: 62,70%
- Casos em que houve acordo: 147
- Casos em que houve desistência: 580
- Porcentagem de casos em que houve desistência: 58,53%
- Casos com sentença sem resolução de mérito: 636
- Casos com sentença com resolução de mérito: 278
- Sentenças de procedência: 121
- Sentenças de improcedência: 5
- Porcentagem de sentenças de procedência em relação às improcedentes: 2.420%
- Porcentagem de sentenças de procedência em relação a todas as sentenças, incluindo as que não resolveram o mérito: 13,24%

ANEXO 2

Neste anexo estão discriminadas as propostas de alteração legislativa referidas na conclusão da tese.

1) No que toca à Lei n. 10.406/2002, propõe-se que:

(i) o art. 1.361, “caput” e § 1º, da Lei n. 10.406/2002 passe a ter a seguinte redação:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de bem imóvel ou móvel, infungível ou fungível, que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária de bem imóvel com o registro do instrumento público no Registro de Imóveis da situação da coisa. A constituição da propriedade fiduciária de bem móvel se dá com a celebração de instrumento público ou particular, facultando-se o registro, perante o Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou na repartição competente para o licenciamento, no caso de veículos, para conferir-lhe efeitos perante terceiros.

(ii) o art. 1.361 da Lei n. 10.406/2002 seja acrescido do seguinte:

Art. 1.361.

[...]

§ 1º-A. Salvo disposição em contrário, a propriedade fiduciária de bem móvel fungível transfere ao credor a posse direta e indireta.

§ 1º-B. O crédito pode ser objeto de cessão fiduciária, aplicando-se-lhe, no que couber, o disposto nos arts. 286 a 289 e 1.452 a 1.453.

§ 1º-C. Os títulos de crédito podem ser objeto de endosso fiduciário, independentemente de registro, aplicando-se-lhe, no que couber, o disposto nos arts. 1.458 a 1.460.

(iii) o art. 1.362, inciso IV, da Lei n. 10.406/2002 passe a ter a seguinte redação:

Art. 1.362.

[...]

IV – a descrição do bem objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

(iv) o art. 1.362 da Lei n. 10.406/2002 seja acrescido do seguinte:

1.362.

[...]

Parágrafo único. Os bens que não puderem ser identificados no momento da constituição da garantia deverão ser especificados em documento complementar referido no contrato.

(v) o art. 1.364 da Lei n. 10.406/2002 passe a ter a seguinte redação:

Art. 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender judicial ou extrajudicialmente a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança e a entregar o saldo, se houver, ao devedor, ressalvado o disposto no art. 1.361, §§ 1º-A a 1º-C, e 1.364, parágrafo único.

(vi) o art. 1.364 da Lei n. 10.406/2002 seja acrescido do seguinte:

Parágrafo único. Na hipótese do art. 1.361, §§ 1º-A a 1º-C, observar-se-á o seguinte:

I – em caso de inadimplemento, o credor poderá utilizar, na satisfação do crédito, os pagamentos e o bem móvel fungível, se este tiver cotação fixada em bolsa ou mercado;

II – o exercício do direito estabelecido no inciso anterior deverá ser precedido de notificação pessoal contendo os valores atualizados da dívida e do bem, bem como as despesas de cobrança;

III – em não havendo oposição, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, o credor compensará o valor atualizado do débito, acrescido de juros, com o valor atualizado do bem, acrescido dos frutos, entregando o saldo ao devedor;

IV – o direito de oposição deve ser exercido no prazo do artigo antecedente, em ação judicial de iniciativa do devedor, observando-se o disposto na legislação processual;

V – os juros referidos no inciso III são os convencionados, limitados a 1% (um por cento) ao mês e vedada a capitalização mensal;

VI – para fins do disposto no art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, salvo prova em contrário, os bens móveis fungíveis alienados fiduciariamente, assim como os créditos cedidos e os títulos endossados para esse fim, não se consideram bens de capital essenciais à atividade empresarial.

(vii) o art. 1.365, “caput”, da Lei n. 10.406/2002 passe a ter a seguinte redação:

Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento, ressalvado o disposto nos arts. 1.361, §§ 1º-A e 1º-C, e 1.364, parágrafo único.

(viii) o art. 1.367 da Lei n. 10.406/2002 passe a ter a seguinte redação:

Art. 1.367. A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Título VIII do Livro I e do Capítulo I do Título X do Livro III, ambos 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.

(ix) o art. 1.368-B da Lei n. 10.406/2002 passe a ter a seguinte redação:

Art. 1.368-B. A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel assegura direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor, assim como os procedimentos previstos na Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, e no Decreto-lei n. 911, de 1º de outubro de 1969.

(x) a Lei n. 10.406/2002 seja acrescida do seguinte:

Art. 1.368-B. [...]

Parágrafo único. Instituído regime fiduciário, os créditos cedidos fiduciariamente poderão ser objeto de securitização, aplicando-se, no que couber, o disposto nas Seções V e VI do Capítulo I da Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997.

(xi) o art. 1.467 da Lei n. 10.406/2002 seja acrescido do seguinte:

Art. 1.467.

[...]

III – os prestadores de serviços, sobre os bens a eles confiados para reparo ou melhoramento, pelas despesas neles realizadas.

(xii) o art. 1.471 da Lei n. 10.406/2002 seja acrescido do seguinte:

1.471.

[...]

Parágrafo único. Quando recair sobre dinheiro ou bem fungível com preço fixado em bolsa ou mercado, aplica-se o disposto no art. 1.364, parágrafo único.

2) No que toca à Lei n. 11.101/2005, propõe-se que:

– o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005 passe a ter a seguinte redação:

Art. 49.

[...]

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei,

a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial, observado o disposto no art. 1.364, parágrafo único, inciso VI, da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

3) No que toca à Lei n. 9.514/97, propõe-se que:

(i) o art. 27, §§ 5º e 6º, da Lei n. 9.514/97 passe a ter a seguinte redação:

Art. 27.

[...]

§ 5º Se, no segundo leilão, não houver lances ou o maior deles não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-ão extintos a dívida e o procedimento de excussão extrajudicial, ressalvado o direito do devedor de apurar e receber judicialmente eventual saldo em seu favor, ajuizando ação no prazo de 5 (cinco) dias da data do segundo leilão, nos termos da lei processual.

§ 6º Não ajuizada a ação referida no parágrafo anterior, o credor dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

(ii) a Lei n. 9.514/97 seja acrescida do seguinte:

Art. 30-A. Na resposta à ação referida no artigo antecedente, o réu poderá requerer, em pedido contraposto, a apuração e o pagamento referidos no art. 27, §§ 5º e 6º, vedado o direito de retenção.

4) No que toca ao Decreto-lei n. 911/69, propõe-se que:

(i) o art. 2º, “caput” e §§ 2º e 4º, do Decreto-lei n. 911/69 passe a ter a seguinte redação:

Art. 2º O proprietário fiduciário ou credor poderá, para haver o crédito, vender ou tomar a coisa em pagamento, independentemente de leilão ou hasta pública, respeitado o procedimento dos artigos seguintes.

[...]

§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento.

[...]

§ 4º Os procedimentos previstos nos arts. 2º-A e 3º aplicam-se às operações de arrendamento mercantil previstas na forma da Lei n. 6.099, de 12 de setembro de 1974, e à alienação fiduciária de bem móvel infungível da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002

(ii) o Decreto-lei n. 911/69 seja acrescido do seguinte:

Art. 2º-A. Em caso de mora, o credor apresentará cópia do contrato e planilha atualizada de débito no Registro de Títulos e Documentos, requerendo a notificação do devedor para pagamento dos valores em atraso, corrigidos monetariamente e acrescido de juros de mora.

§ 1º O Oficial conferirá a regularidade formal da petição e do contrato e notificará o devedor, no endereço constante do contrato, para que, em 5 (cinco) dias, purgue a mora, pagando o valor em atraso acrescido de despesas de cobrança, ou entregue o bem ao credor.

§ 2º Se o devedor não for encontrado, o Oficial encerrará o procedimento, entregando a petição e documentos ao credor, que deverá proceder nos termos do art. 3º, § 2º.

§ 3º Notificado, o devedor poderá, no prazo do § 1º, ajuizar a ação revisional referida no art. 3º, § 3º-B.

§ 4º Se, notificado, o devedor não purgar a mora nem entregar o bem, o contrato vencerá antecipadamente e o valor total da dívida será acrescido de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado do débito, ressalvado o art. 3º, § 3º-B, parte final.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, o Oficial encerrará o procedimento e devolverá a petição e documentos ao credor, que deverá proceder na forma do art. 3º, *caput*, observado o disposto no art. 3º, § 2º-A.

§ 6º Se o devedor purgar a mora, pagando os valores referidos no § 1º, o oficial encerrará o procedimento e devolverá a petição e documentos ao credor, que dará quitação.

§ 7º Se o devedor entregar o bem ao credor, este procederá à sua alienação extrajudicial, por pelo menos 75% (setenta e cinco por cento) do preço de referência, notificando pessoalmente o devedor por meio de carta registrada.

§ 8º Depois da alienação, o credor deduzirá do preço o valor da dívida, despesas e honorários de 10% (dez por cento) sobre o débito atualizado, entregando ao devedor o que sobejar.

§ 9º Se o valor obtido com a venda não for suficiente para pagamento da dívida, o devedor continuará pessoalmente obrigado, salvo a hipótese do § 10.

§ 10. O devedor poderá dar o bem em pagamento, com anuência do credor, que lhe dará quitação.

§ 11. Até a alienação, o devedor poderá evitar a venda depositando o valor referido no § 7º, mais despesas de cobrança, e, se o caso, da multa referida no § 4º.

§ 12. Se o devedor, por dolo, alienar ou deixar perecer o bem, responderá pelo crime do art. 171, § 1º, do Código Penal, sem prejuízo do disposto no § 4º.

§ 13. Para os efeitos deste artigo e do que se aplicar ao art. 3º, o devedor será tido por notificado pessoalmente se a notificação for recebida por funcionário da residência ou de condomínio responsável pela portaria, assim como por parente até o terceiro grau, salvo se tais pessoas expressamente recusarem o recebimento.

§ 14. O procedimento extrajudicial poderá ser suspenso, judicialmente, por iniciativa do devedor, em caso de nulidade das notificações. Nos demais casos, os prejuízos de que puder reclamar serão resolvidos em perdas e danos.

(iii) sejam revogados o § 3º do art. 2º e o § 4º do art. 3º do Decreto-lei n. 911/69:

Art. 2º

[...]

~~§ 3º A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.~~

Art. 3º

~~§ 4º A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)~~

(iv) o art. 3º do Decreto-lei n. 911/69 seja acrescido do seguinte:

Art. 3º

[...]

§ 2º-A. Na hipótese do art. 2º-A, § 4º, o credor não poderá purgar a mora e o bem só lhe será restituído se pagar o valor total do contrato mais despesas de cobrança e multa de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado do débito.

[...]

§ 3º-A. A apresentação de contestação não obstará a execução da liminar prevista no § 1º.

§ 3º-B. Antes de ajuizada a ação de busca e apreensão, o devedor poderá propor ação revisional, a qual não obstará os procedimentos judicial ou extrajudicial, salvo se, à vista dela, o juiz suspender liminarmente os efeitos de cláusulas referentes ao período de normalidade que reputar abusivas e que alterem ao menos 10% (dez por cento) do valor do débito em aberto, cabendo ao devedor instruir a inicial com os cálculos da diferença.

§ 3º-C. Julgada improcedente a ação referida no parágrafo antecedente, o devedor será condenado a pagar multa de 10% (dez por cento) do valor atualizado do contrato.

§ 3º-D. Julgada procedente a ação referida no § 3º-B, o credor deverá refazer os cálculos e deduzir, a título de multa, 10% (dez por cento) da diferença apurada, prosseguindo nos termos dos arts. 2º-A e 3º.

(v) o art. 3º, “caput” e §§ 1º, 2º, 3º e 5º, do Decreto-lei n. 911/69, passe a ter a seguinte redação:

Art. 3º Salvo na hipótese do art. 2º-A, § 2º, e ressalvada a suspensão referida no art. 3º, § 3º-B, esgotado o procedimento extrajudicial previsto no art. 2º-A, o credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão, a qual será concedida liminarmente, independentemente de nova notificação para purgação da mora.

§ 1º No prazo de 15 (quinze) dias úteis após a execução da liminar mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

§ 2º na hipótese do art. 2º-A, § 2º, o devedor deverá ser intimado a purgar a mora em 5 (cinco) dias contados da citação, pagando os valores em atraso corrigidos monetariamente e acrescidos de juros legais, mais despesas de cobrança. Pago o valor, o bem ser-lhe-á restituído. Não pago, prosseguir-se-á nos termos do *caput* e do parágrafo antecedente.

§ 3º Independentemente de ter se valido do direito de purga da mora, o devedor poderá apresentar contestação em até 15 (quinze) dias úteis, da citação ou da execução da liminar, o que ocorrer primeiro.

[...]

§ 5º Da sentença que julga a ação de busca e apreensão cabe apelação apenas no efeito devolutivo.

(vi) seja revogado o art. 8º-A do Decreto-lei n. 911/69:

~~Art. 8º-A. O procedimento judicial disposto neste Decreto-lei aplica-se exclusivamente às hipóteses da Seção XIV da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, ou quando o ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004)~~

5) No que toca à Lei n. 10.820/2003, propõe-se seja acrescida do seguinte:

Art. 6º-A.

[...]

Parágrafo único. Aplicam-se aos contratos de mútuo com autorização de desconto em conta corrente os limites previstos no § 5º do art. 5º, se o desconto recair sobre os vencimentos do mutuário.

6) No que toca à Lei n. 6.099/74, propõe-se que:

– o art. 5º da Lei n. 6.099/74 seja acrescido do seguinte:

Art. 5º

[...]

e) critério de fixação do valor de restituição do valor de opção antecipado pelo arrendatário, o qual deverá corresponder à depreciação do bem mais despesas de cobrança, vedada a inclusão de juros, comissões e honorários, que deverão ser cobrados em ação própria, de iniciativa da arrendadora, nos termos da lei processual.

7) No que toca à Lei n. 13.460/2017, propõe-se que:

(i) o art. 5º, inciso XVI, da Lei n. 13.460/2017, passe a ter a seguinte redação:

Art. 5º

[...]

XVI – comunicação prévia à pessoa jurídica de que será interrompido o serviço em virtude de inadimplemento, bem como do dia a partir do qual será realizado o desligamento, necessariamente durante horário comercial.

(ii) o art. 5º da Lei n. 13.460/2017 seja acrescido do seguinte:

Art. 5º

[...]

XVII – vedação da interrupção dos serviços do usuário pessoa física ou do usuário pessoa jurídica prestador de serviços essenciais de saúde, em caso de inadimplemento;

XVIII – comunicação prévia ao usuário pessoa física de que o serviço será restringido em virtude de inadimplemento.

(iii) o art. 6º, inciso VII e parágrafo único, da Lei n. 13.460/2017 passe a ter a seguinte redação:

Art. 6º

[...]

VII – comunicação prévia da suspensão da prestação de serviço, no caso de pessoa jurídica.

Parágrafo único. É vedado que a suspensão da prestação de serviço da pessoa jurídica, em virtude de inadimplemento, inicie-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, bem como em feriado ou no dia anterior a feriado.

(iv) a Lei n. 13.460/2017 seja acrescida do seguinte:

Art. 6º-A. Em caso de inadimplemento, o usuário pessoa física, notificado previamente, terá o serviço restringido ao consumo mínimo, vedada a interrupção total e ressalvado o direito da prestadora de cobrar judicial ou extrajudicialmente o que houver sido consumido, bem como os demais valores em atraso.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* ao usuário pessoa jurídica referido no art. 5º, XVII.