

# GARANTIAS REAIS, RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA. ALGUMAS QUESTÕES POLÊMICAS A RESPEITO DO PENHOR AGRÍCOLA, DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE IMÓVEL E DA HIPOTECA DE SEGUNDO GRAU

Flávio Tartuce<sup>1</sup>

Sumário. 1. Visão geral sobre o tema. 2. Penhor agrícola: perecimento do bem e reclassificação do crédito. 3. Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel e recuperação judicial. A polêmica a respeito da garantia dada por terceiro. 4. Requalificação do crédito na falência e hipoteca de segunda grau. Referências.

## 1. VISÃO GERAL SOBRE O TEMA



Lei n. 11.101/2005, ao tratar da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência do empresário e da sociedade empresária, trouxe uma ordem de classificação dos créditos no seu art. 83. Assim, nos termos da norma, em sua redação atual, no que interessa a este estudo e já alterada pela Lei n. 14.112/2020, “a classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: [...] II - os créditos gravados com direito real de

---

<sup>1</sup> Pós-doutorando, Doutor em Direito Civil e Graduado pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado e Especialista em Direito Contratual pela PUCSP. Coordenador do programa de mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Coordenador e professor dos Cursos de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Contratual, Direito Civil e Processual Civil, Direito de Família e das Sucessões e Direito Civil e do Consumidor da Escola Paulista de Direito. Autor, entre outras obras, da coleção *Direito civil*, em seis volumes, do *Manual de direito civil* e do *Código Civil comentado*, todos editados pelo Grupo GEN. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT). Advogado, consultor jurídico e parecerista.

garantia até o limite do valor do bem gravado; [...] VI – créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo”.

Como é notório, os créditos com garantia real são aqueles relativos aos direitos reais de garantia, em especial os que recaem sobre coisa alheia. O vínculo real existente, com efeitos *erga omnes*, faz com que exista a preferência dos créditos com essas garantias, que são o penhor, a hipoteca e a anticrese, previstos nos incisos VIII, IX e X do art. 1.225 do Código Civil. Esse também é o caso da alienação fiduciária em garantia, que igualmente será analisada neste estudo, no que diz respeito aos imóveis.

Sobre a presença desse vínculo real no penhor e na hipoteca, não deixa dúvidas o art. 1.419 do Código Civil, ao estabelecer que, “nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”. Anote-se que o que diferencia uma garantia real de uma garantia pessoal ou *fidejussória* é justamente a vinculação de uma coisa no primeiro caso, e do patrimônio pessoal do garantidor no segundo.<sup>2</sup>

No que diz respeito à preferência existente em favor do credor, o art. 1.422 da codificação privada estabelece que o credor hipotecário e o pignoratício “têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro”. O seu parágrafo único traz como ressalva o tratamento em leis especiais, como é o caso justamente da Lei n. 11.101/2005,

---

<sup>2</sup> A respeito desses direitos reais, explica Fabio Ulhoa Coelho, “os credores com garantia real são o hipotecário (seu crédito é atendido com o produto da venda imóvel hipotecado), o pignoratício (cuja garantia, o penhor, recai sobre bem móvel) e os caucionados (que têm por garantia títulos de crédito transmitidos por endosso-caução). Também vale a pena aqui tomar o exemplo das instituições financeiras titulares de Cédula de Crédito (rural, industrial, comercial ou à exportação) e dos debenturistas titulares de debêntures com garantia real (LSA, art. 58, *caput*)” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3: Direito de empresa. p. 366).

*in verbis*: “excetuam-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipua-mente a quaisquer outros créditos”. Como explica Marco Aurélio Bezerra de Melo, “a preferência estabelecida no artigo anotado assegura ao credor hipotecário e pignoratício que receba antes dos credores quirografários, ou seja, sendo a coisa excu-tida, primeiramente recebe o credor preferencial e depois aquele que não goza de nenhuma prerrogativa especial no tocante ao recebimento do crédito. Significa então que esse credor, em eventual execução preferirá, no que se refere ao pagamento de dívidas, aos demais credores quirografários”.<sup>3</sup> Pontue-se, em complemento, o teor do art. 961 do Código Civil, segundo o qual “o crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao ge-ral”.

Quanto à alienação fiduciária sobre bens imóveis, que será aqui analisada em uma de suas polêmicas, apesar de ser um direito real de garantia sobre coisa própria, há norma específica na Lei n. 11.101/2005, que a exclui da natureza dos créditos *con-cursais*, tendo natureza *extraconcursal*. Trata-se do seu art. 49, § 3º. Como regra geral, o seu *caput* preceitua que “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pe-dido, ainda que não vencidos”. Todavia, conforme a norma que ora interessa,

[...] tratando-se de credor titular da posição de proprietário fi-duciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos res-pectivos 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 judi-cial 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

---

<sup>3</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudên-cia. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1068.

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.

Apesar de o último comando tratar de recuperação judicial, tem-se entendido que a conclusão é a mesma para os casos de falência. Como se extrai de julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, “na hipótese dos autos o juízo do soerguimento já decidiu sobre o caráter extraconcursal das dívidas da empresa recuperanda garantidas por alienação fiduciária. Esta Corte Superior também já confirmou a extraconcursalidade do crédito, no julgamento do Ag. Int. no AREsp 1.127.032/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 12/12/2017, DJe 2/2/2018” (STJ, EDcl no Ag. Int. no CC 145.379/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, j. 14.03.2018, DJe 20.03.2018). Além disso, outro acórdão superior explica a razão da norma, ao julgar que,

[...] ainda que o crédito continue a figurar no plano de recuperação judicial devidamente homologado, não se submeterá à novação efetivada nem perderá o direito de se valer da execução individual, nos termos da lei de regência, para efetivar a busca da posse dos bens de sua propriedade. [...]. Isso porque a instituição de tal privilégio (LF, art. 49, § 3º) foi opção legislativa com nítido intuito de conferir crédito para aqueles que estão em extrema dificuldade financeira, permitindo que superem a crise instalada. Não se pode olvidar, ademais, que o credor fiduciário de bem móvel ou imóvel é, em verdade, o real proprietário da coisa (propriedade resolúvel e posse indireta), que apenas fica depositada em mãos do devedor (posse direta) até a solução do débito. [...]. Deveras, tais créditos são imunes aos efeitos da recuperação judicial, devendo ser mantidas as condições contratuais e os direitos de propriedade sobre a coisa, pois o bem é patrimônio do fiduciário, não fazendo parte do ativo da massa. Assim, as condições da obrigação advinda da alienação fiduciária não podem ser modificadas pelo plano de recuperação, com a sua novação, devendo o credor ser mantido em sua posição privilegiada (STJ, REsp 1.207.117/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 10.11.2015, DJe 25.11.2015).

Expostas as regras gerais a respeito das garantias reais no

âmbito da recuperação judicial e da falência, pontue-se que todas as questões relativas ao tema devem ser analisadas de acordo com os princípios que regem a Lei n. 11.101/2005, muito bem expostos por Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, em obra referencial sobre o assunto.<sup>4</sup> Segundo eles, são onze os regramentos fundamentais dessa norma específica, a saber: *a*) preservação da empresa, aplicável à recuperação; *b*) separação do conceito de empresa e de empresário; *c*) recuperação das sociedades viáveis e liquidação das não recuperáveis; *d*) proteção aos trabalhadores; *e*) redução do custo e do crédito; *f*) celeridade e eficiência do processo; *g*) segurança jurídica; *h*) participação ativa dos credores; *i*) maximização do valor dos ativos do falido; *j*) desburocratização da recuperação quanto ao micro e pequeno empresário; e *k*) rigor na punição dos crimes.

A par dessa realidade, as eventuais reclassificações dos créditos com garantias reais no âmbito da falência não podem ferir a *segurança jurídica*, bem como a *redução do custo e do crédito*. No que concerne a esses princípios, ponderam os últimos doutrinadores, com total razão, que, “na verdade, pretendeu o legislador garantir segurança jurídica aos credores e investidores, bem assim aos atores das diversas atividades econômicas, por isso que a Lei n. 11.101/2005 cumpre papel importante de retroalimentar o sistema. De fato, com previsibilidade e adequada regulação, a intenção do legislador era produzir a redução do ‘custo e do crédito’ – o que, de fato, em parte não se verificou na prática, pois o Brasil possui um dos maiores *spreads* bancários do mundo. A pujança da economia de um país depende, fundamentalmente, da atividade empresarial – cujo oxigênio é a concessão do ‘crédito’. Por isso, a regra é uma máxima da *lex mercatoris*, no sentido de que, quanto menor o risco, maior o crédito e o volume de negócios, com taxas baseadas no perigo global. Em caso de crise do tomador do empréstimo, com

---

<sup>4</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 24-46.

superveniente impetração de recuperação judicial ou mesmo falência, a instituição financeira quer ver garantido seu crédito, diminuindo o risco de perda total dos recursos”.<sup>5</sup> Por óbvio, tais afirmações não se aplicam apenas às instituições financeiras, mas também a outras empresas que investem no Brasil.

## 2. PENHOR AGRÍCOLA: PERECIMENTO DO BEM E RECLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO

Como afirmo doutrinariamente em uma das minhas obras, a palavra “penhor” vem de *pignus* ou *pignoris*, tendo três acepções, como bem demonstra Rubens Limongi França. A primeira delas é de contrato – no sentido de negócio que visa a sua constituição –, como aqui se deu. A segunda é de objeto – a própria coisa empenhada –, e a terceira acepção é de direito real em garantia, como antes pontuado.<sup>6</sup> Como se retira do art. 1.431 do Código Civil, “constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o presente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação”.

Nesse contexto, como regra geral, o penhor é constituído sobre bens móveis, ocorrendo a transferência efetiva da posse do bem do devedor ao credor, também como premissa geral. Diz-se duplamente “em regra”, uma vez que, no penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar, conforme estabelece o parágrafo único do art. 1.431 do CC/2002. Com a celebração do negócio, a posse indireta da coisa é transmitida ao credor pignoratício, por meio de uma tradição ficta ou presumida, o *constituto possessório*. Em complemento, nem sempre o penhor recairá sobre coisa móvel, como em algumas dessas

---

<sup>5</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*, cit., p. 38.

<sup>6</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4: direito das coisas. p. 681.

modalidades especiais de penhor convencional.

Como partes do penhor, inicialmente, há o *devedor pignoratício*, aquele que dá a coisa em garantia, proprietário do bem, tendo a dívida em seu desfavor. Esse sujeito passivo da relação pode ser o próprio devedor ou terceiro. A outra parte é o *credor pignoratício*, que tem o crédito e o direito real de garantia a seu favor.

A instituição do penhor deve ser efetivada por instrumento, seja ele público ou particular. Sua constituição é um ato jurídico formal, pela exigência de forma escrita, sob pena de nulidade absoluta, nos termos do art. 166, inciso IV, da codificação material privada. Conforme o art. 1.432 do CC/2002, sendo feito por instrumento particular, deve ainda ser levado a registro, por qualquer dos contratantes, em regra, no Cartório de Títulos e Documentos. O registro é elemento essencial para a constituição e a eficácia real ou *erga omnes* do penhor.

Não sendo preenchido tal fator de eficácia, o negócio jurídico assume feição contratual, com efeitos *inter partes* apenas, perdendo a sua faceta de garantia real. Conforme se extrai de julgado do Superior Tribunal de Justiça,

[...] tratando-se de veículos automotores dados em penhor celular, para a eficácia da garantia em relação a terceiros, é necessário o seu registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou na repartição competente para expedir licença ou registrá-los (STJ, REsp 200.663/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 02.03.2004, DJ 17.05.2004, p. 228).

Sobre o *penhor convencional especial rural*, tema de que se pretende tratar, por sua relevância prática, constitui-se sobre imóveis, mediante instrumento público ou particular, devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis de situação da coisa (art. 1.438, *caput*, do CC/2002). Trata-se de modalidade especial, primeiramente, por recair sobre imóveis e não sobre bens móveis, como ocorre no penhor comum. Tem-se, portanto, a garantia sobre *bens imóveis por acessão física industrial ou intelectual* que estão incorporados a um imóvel, por uma

atividade humana concreta e efetiva ou pela simples vontade do seu proprietário.

Como subespécie de penhor convencional rural, o *penhor agrícola* é aquele que tem por objeto os seguintes bens, descritos no art. 1.442 da codificação privada: *a)* máquinas e instrumentos de agricultura; *b)* colheitas pendentes, ou em via de formação; *c)* frutos acondicionados ou armazenados; *d)* lenha cortada e carvão vegetal; *e)* animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola. Todos esses bens devem estar adstritos a um imóvel, onde se desenvolve a atividade agrária.

A categoria está tratada, igualmente, pela antiga Lei n. 492/1937, que conceitua o penhor rural em seu art. 1.º, *caput*, do seguinte modo: “constitui-se o penhor rural pelo vínculo real, resultante do registro, por via do qual agricultores ou criadores sujeitam suas culturas ou animais ao cumprimento de obrigações, ficando como depositários daqueles ou destes”. Repise-se que as culturas ou plantações são consideradas *bens imóveis por acessão industrial*, havendo uma incorporação ao solo por atividade humana concreta e efetiva. Quanto aos animais, são *bens imóveis por acessão intelectual*, bens móveis incorporados ao imóvel rural pela vontade do proprietário.

Conforme o parágrafo único do mesmo art. 1.º da Lei n. 492/1937, o *penhor rural* compreende o *penhor agrícola* e o *penhor pecuário*, conforme a natureza da coisa dada em garantia. Nesse contexto de definição, o *penhor rural* é gênero, do qual são espécies o *penhor agrícola* e o *penhor pecuário*, tratados separadamente também pela codificação geral privada. Esclareça-se que essa norma especial continua em vigor naquilo que não é incompatível ou regulamentado pelo Código Civil.

Como outra regra básica essencial, estabelece o art. 1.443 do Código Civil que o penhor agrícola que recai sobre colheita pendente, ou em via de formação – exatamente como aqui se deu –, abrange a imediatamente seguinte, no caso de frustrar-se ou ser insuficiente a que se deu em garantia. Em casos tais,



tem-se claramente um *negócio jurídico aleatório*, em que o risco é sua causa. Em complemento, preceitua o seu parágrafo único que, se o credor não financiar a nova safra, poderá o devedor constituir com outrem novo penhor, em quantia máxima equivalente à do primeiro; o segundo penhor terá preferência sobre o primeiro, abrangendo este apenas o excesso apurado na colheita seguinte.

Como tenho defendido doutrinariamente, na linha do entendimento majoritário, a hipótese é de *sub-rogação real*, de substituição de uma coisa por outra, por determinação legal.<sup>7</sup> O art. 1.443 do Código Civil, especialmente o seu parágrafo único, merece aplicação conjunta com o § 1.º do art. 7.º da Lei n. 492/1937, segundo o qual,

[...] sendo objeto do penhor agrícola a colheita pendente ou em via de formação, abrange ele a colheita imediatamente seguinte no caso de frustrar-se ou ser insuficiente a dada em garantia. Quando, porém, não quiser ou não puder o credor, notificado com 15 dias de antecedência, financiar a nova safra, fica o devedor com o direito de estabelecer com terceiro novo penhor, em quantia máxima equivalente ao primitivo contrato, considerando-se, qualquer excesso apurado na colheita, apenhado à liquidação da dívida anterior.

Como questão polêmica relevante para a proposta deste texto, destaco o meu entendimento doutrinário no sentido de que a utilização do bem dado em garantia para a transformação em outro produto – como, por exemplo, da cana que é transformada em açúcar ou em etanol, tão comum na prática brasileira –, durante o processo de recuperação judicial, posteriormente transformado em falência, não pode gerar, como consequência, o perecimento ou a insubsistência dos bens, com a extinção automática da garantia real e a eventual reclassificação do crédito.<sup>8</sup>

Como *primeiro argumento* para essa minha conclusão, pontuo que o nosso sistema jurídico, notadamente diante dos

<sup>7</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 708.

<sup>8</sup> Nessa situação, a extinção do penhor estaria fundada no art. 1.436, inc. II, do Código Civil, segundo o qual “extingue-se o penhor: [...] II - perecendo a coisa”.

últimos comandos transcritos, traz uma ideia de *continuidade da garantia real*, de conservação do negócio jurídico de garantia, com o fim de assegurar os direitos do credor. Como explica Marco Aurélio Bezerra de Melo, ao comentar o art. 1.443 do Código Civil,

[...] é necessário que se estabeleça uma forma de salvaguardar o interesse do credor pignoratício sem que a sociedade brasileira corra o risco da paralisação da produção. Essa é a razão pela qual diz o artigo comentado que o penhor agrícola que recai sobre colheita pendente, ou em via de formação, abrange a imediatamente seguinte, no caso de frustrar-se ou ser insuficiente a que se deu em garantia.<sup>9</sup>

Diante das palavras transcritas, não pode o credor pignoratício ser punido, perdendo o privilégio de um crédito com garantia real, se nada fez ou não colaborou para a perda dos bens, que estavam na posse do devedor. A esse propósito, merece destaque aresto do Tribunal do Rio Grande do Sul, que manteve a natureza real de crédito relativo a penhor rural em sede de recuperação judicial, diante da possibilidade de sua substituição dos bens, por sua natureza fungível, inclusive por dinheiro.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Código Civil comentado*, cit., p. 1088.

<sup>10</sup> Como se retira do trecho final da ementa, que afastou a possibilidade de sua classificação como quirografário, “no que tange ao terceiro crédito, este decorre da cédula de crédito rural pignoratícia n. B30531077-0, garantida por penhor levado a efeito em cédula rural sobre dez mil sacas de trigo tipo indústria, da safra 2012/2013, situação jurídica esta que coaduna com o tipo de título de crédito em exame, o qual não exige que o bem dado em garantia seja entregue previamente. [...]. Assim, a garantia não resta afastada, tendo em vista que o penhor não resta desconstituído com o perecimento ou alienação do bem fungível, que pode ser perfeitamente substituído, desde que atendidos os parâmetros atinentes a igual qualidade e quantidade do produto ofertado em penhor. Ademais, não foi convencionado pelas partes que a garantia dada seria sobre bem infungível, foi estabelecida aquela sobre produto agrícola fungível, o que dá azo a sua substituição. Inteligência do art. 85 do Código Civil. [...]. Dessa forma, não há como desconstituir a garantia real pela inexistência das referidas sacas de trigo, uma vez que plenamente possível a substituição do produto em questão por outro de igual qualidade e quantidade devido à fungibilidade deste, ainda, caso não seja entregue este, ainda será possível a resolução no valor equivalente àquele” (TJRS, Agravo de Instrumento n. 70066998881, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, Quinta Câmara Cível, j. 29.06.2016).

Pontue-se que o Superior Tribunal de Justiça tem decisões anteriores, relativas à concordata, segundo as quais,

[...] “desaparecendo os bens dados em penhor, para garantia de contrato de financiamento bancário, e estando em concordata a devedora, a execução pode prosseguir com a penhora de outros bens da mesma natureza e qualidade. O crédito não se transforma em quirografário, a ponto de submeter o credor aos efeitos da concordata” (REsp 199.671/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão) (STJ, Ag. Rg. no Ag. Rg. no Ag. 740.680/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJE 23.09.2013, p. 904).

Como *segundo argumento* a ser levado em conta, tem-se considerado como fato essencial à manutenção da garantia real, com privilégio e eficácia *erga omnes*, o seu registro anterior à abertura da recuperação judicial, não importando a perda superveniente dos bens dados em garantia, inclusive no caso de convalidação da recuperação judicial em falência.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, a ilustrar, do Tribunal Paulista: “RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DO AGRAVANTE COM A PRETENSÃO DE CLASSIFICAR A TOTALIDADE DO SEU CRÉDITO COMO PORTADOR DE GARANTIA REAL (PENHOR), VEZ QUE A ADMINISTRADORA JUDICIAL RECONHECEU PARTE DELE COMO QUIROGRAFÁRIO. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA E RETIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DA TOTALIDADE DO CRÉDITO COMO QUIROGRAFÁRIO. Ausência de nulidade da decisão por *reformatio in pejus*. Valor e classificação que devem ser aferidos pelo magistrado com esteio nos elementos constantes nos autos e do modo que entender correto, independente do pedido. Inteligência do art. 15, II, da Lei n. 11.101/2005. Recuperação Judicial. Impugnação do agravante com a pretensão de classificar a totalidade do seu crédito como portador de garantia real (penhor). Mútuo firmado entre as partes e que restou garantido por penhor de direitos de crédito da devedora devidamente registrado no Registro de Títulos e Documentos. Atendimento ao requisito do art. 1.432 do Código Civil. Acordos firmados na execução que não extinguiram a obrigação original, tampouco o penhor (art. 1.436, I, do Código Civil), sobretudo porque cuidaram de estabelecer a manutenção das garantias anteriores e que não se tratavam de novação. Mera ausência do registro dos subsequentes aditamentos/acordos que não compromete a higidez da garantia. Interpretação à luz do princípio da boa-fé contratual. Classificação na Classe II (garantia real) apenas do valor efetivamente disponibilizado à mutuária (R\$ 45.000.000,00), nos termos da cláusula 3, letra *a*, do primeiro aditivo ao mútuo. Saldo remanescente que merece classificado na Classe III (quirografários). Recurso parcialmente provido” (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2105074-82.2018.8.26.0000, Acórdão n. 11661567, São Paulo, Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Araldo Telles, j. 30.07.2018, DJESP 10.08.2018, p. 1753).

Como *terceiro e último argumento*, com o mero deferimento do processamento da recuperação judicial, ficam suspensos o curso e a propositura de todas as ações e execuções em face da empresa, nos termos do art. 6º, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.<sup>12</sup> Assim, as empresas credoras nada podem fazer para receber os seus créditos, notadamente quanto à transformação do bem, não se podendo defender que as correspondentes garantias reais estão extintas no sentido de gerar a reclassificação do crédito, com garantia real, para crédito comum e quirografário.

Como última nota a respeito da temática, uma questão a ser considerada, novamente para a subsistência do penhor agrícola com natureza real, diz respeito à utilização dos recursos durante a recuperação judicial, ainda que sejam insuficientes para a continuidade do plano, e a sua reversão em prol da universalidade dos credores, tendo havido pagamento parcial no curso da alienação. Nesse contexto, destaco outro julgado do Superior Tribunal de Justiça que, em situação em que se discutia a destinação a ser dada aos montantes gerados em decorrência do uso de cana-de-açúcar dada em garantia, julgou pela interpretação sistemática no que diz respeito ao penhor agrícola de bens essenciais à atividade do devedor em recuperação, resguardando-se o direito do credor de ter a garantia reconstituída, na hipótese de convação em falência.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Lei n. 11.101/2005. “Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário”.

<sup>13</sup> Vejamos a ementa do acórdão: “RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE RECUPERAÇÃO APROVADO. NOVAÇÃO DE CRÉDITOS ANTERIORES AO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ESVAZIAMENTO, SUBSTITUIÇÃO OU SUPRESSÃO DE GARANTIAS REAIS (PENHORA AGRÍCOLA DE SAFRAS). HARMONIZAÇÃO ENTRE O ART. 50, § 1º, DA LEI N. 11.101/05 E O ART. 1.443 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Discussão vertida no curso de processo de recuperação judicial grupo econômico (grupo alta paulista) especializado na produção e comercialização de açúcar e álcool extraídos das lavouras de cana-de-açúcar. 2. Polêmica em torno do garantia real consubstanciada em penhor agrícola de safras de cana-de-açúcar,

### 3. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. A POLÊMICA A RESPEITO DA GARANTIA DADA POR TERCEIRO

A alienação fiduciária em garantia constitui um negócio jurídico que traz como conteúdo um *direito real de garantia sobre coisa própria*. Isso porque o devedor fiduciante aliena o bem adquirido a um terceiro, o credor fiduciário, que paga o preço ao alienante originário. Constata-se que o credor fiduciário é o proprietário da coisa, tendo, ainda, um direito real sobre a coisa que lhe é própria. Como pagamento de todos os valores devidos, o devedor fiduciante adquire a propriedade, o que traz a conclusão de que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel, restrita ou limitada.<sup>14</sup>

Exatamente no mesmo sentido dessa minha definição, ao tratar da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, o art.

---

produtos e subprodutos, relativa à colheita de 2011/2012. 3. A finalidade da recuperação judicial é permitir o soerguimento da empresa atingida por dificuldades. 4. Perderia o seu sentido o processo de recuperação de sociedades empresárias em dificuldades financeiras se os créditos abarcados pela recuperação restassem ileso a alterações. 5. A lógica do sistema de recuperação é singela, atribuindo-se a maioria de credores, conforme o volume de seus créditos, a decisão acerca de seu destino. 6. O interesse dos credores/contratantes, no curso de processo recuperacional, é preservado pela sua participação na assembleia geral, quando então poderão aquiescer com a proposta, se lhes for favorável, alterá-la parcialmente, ou remodelá-la substancialmente, desde que a maioria e o devedor com isso consinta e a proposta não venha a afetar apenas aqueles que da assembleia não participaram. 7. Nesse panorama, deve-se preservar o plano de recuperação. 8. Preservação não apenas dos interesses dos credores, mas também das próprias garantias contratadas, fazendo, na espécie, aplicar-se o art. 1.443 do CCB, cuja incidência não ofende o quanto disposto no § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/05, já que não se estará a substituir o penhor agrícola das safras, nem a suprimi-lo, restando a garantia hígida, acaso sobrevenha o insucesso da recuperação. 9. Impedir a empresa em recuperação de transformar as suas colheitas no produto que será objeto de renda para o pagamento das suas diuturnas obrigações, e de cumprir os contratos consoante esquematizado no plano, apenas malograria o objetivo principal da recuperação. 10. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 1.388.948/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJE 08.04.2014).

<sup>14</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., Capítulo 9.

22 da Lei n. 9.514/1997 conceitua o instituto como sendo “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. A norma é clara ao preceituar que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel, pois, pago o preço, geralmente de um financiamento, o devedor fiduciante consolida a propriedade em seu nome (art. 25 da Lei n. 9.514/1997).

Além da natureza como direito real de garantia sobre coisa própria, em favor do credor fiduciário, a Lei n. 13.043/2014 incluiu o art. 1.368-B no Código Civil, prevendo que a alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao devedor fiduciante, seu cessionário ou sucessor. Nos termos do seu parágrafo, em complemento, 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 pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem.

Esse novo diploma traz duas regras, como se percebe. O seu *caput* enuncia que, ao lado do direito real de garantia sobre coisa própria – a favor do credor fiduciário, repise-se –, o devedor fiduciante ou seu substituto tem um direito real de aquisição sobre a coisa, assim como ocorre com o compromisso de compra e venda de imóvel registrado na matrícula do bem. Essa inovação fez com que a alienação fiduciária passasse a ter uma *natureza mista*, de dois direitos reais sobre coisa alheia. Melhor explicando, na perspectiva do credor, a alienação fiduciária em garantia continua sendo um direito real de garantia sobre coisa própria. No entanto, sob o ponto de vista do devedor, há um direito real de aquisição.

Como segunda constatação, retirada do art. 1.368-B do Código Civil, o credor fiduciário – que passa a ser o proprietário definitivo do bem em virtude do inadimplemento do devedor fiduciante, ou por outro motivo de consolidação do domínio – deve responder por todos os encargos relativos à coisa, caso das obrigações *propter rem* ou próprias da coisa. O preceito inclui expressamente os tributos e as despesas de condomínio.

De todo modo, não se pode negar que, sempre, a alienação fiduciária em garantia constitui um direito real, a fazer com que o crédito correspondente tenha essa natureza. Não se trata, ademais, de uma compra e venda – que é um contrato típico tratado entre os arts. 481 e 532 do Código Civil –, mas de um negócio real que traduz um direito real de garantia e um direito real de aquisição, nos termos da lei civil.

Pois bem, nos termos do antes citado art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, o crédito relativo à alienação fiduciária em garantia, seja de bens móveis ou imóveis, está excluído da recuperação judicial.<sup>15</sup> Eventualmente, contudo, caso seja reconhecido

---

<sup>15</sup> Sobre esse comando, contudo, explica o Ministro Luis Felipe Salomão que, “da leitura dos dispositivos legais e à luz dos princípios que regem o processo recuperacional, a exceção alusiva ao crédito fiduciário contida no art. 49, § 3º, da Lei significa que, muito embora o credor fiduciário não se submeta aos efeitos da recuperação e que lhe sejam resguardados os direitos de proprietário fiduciário, não está ele livre para simplesmente fazer valer sua garantia durante o prazo de suspensão das ações a que se refere o art. 6º, § 4º. Mesmo no caso de créditos garantidos por alienação fiduciária, os atos de satisfação que importem providência expropriatória devem ser sindicáveis pelo Juízo da recuperação. E isso por uma razão simples: não é o credor fiduciário que diz se o bem gravado com a garantia fiduciária é ou não essencial à manutenção da atividade empresarial e, portanto, indispensável à realização do Plano de Recuperação Judicial, mas sim o Juízo condutor do processo de recuperação. Por essa ótica, afirmar que o credor fiduciário não se submete à recuperação judicial significa, primeiramente, que ele não pode ser compelido às tratativas do Plano, aos acordos a que chegou a assembleia de credores. Por outro lado, dizer que sua propriedade fiduciária também é preservada significa não ser possível, em princípio, a utilização do bem dado em garantia para satisfazer créditos de terceiros incluídos no Plano. No entanto, a satisfação do próprio crédito fiduciário está limitada pelo imperativo maior de preservação da empresa, contido na parte final do § 3º do art. 49 e no *caput* do art. 47, de modo que é o Juízo da recuperação que vai ponderar, em cada caso, os interesses em conflito, o de preservar a empresa, mediante a retenção de bens essenciais ao

o direito de crédito relativo a essa garantia, o seu enquadramento deve se dar no inciso II do art. 83 da Lei n. 11.101/2005 pela presença indubitável de uma garantia real.

Pensar ao contrário enfraqueceria sobremaneira a alienação fiduciária em garantia quando a legislação acabou por trazer o contrário, ao tratar de um crédito extraconcursal na recuperação judicial. Não se pode esquecer que, pela essência da Lei n. 9.514/1997, a alienação fiduciária em garantia constitui um dos mecanismos de *maior força* para o recebimento do crédito pelo credor. E, no meu entender, não importa se o bem imóvel dado em garantia seja da propriedade de outra pessoa, natural ou jurídica. O legislador não fez qualquer distinção a respeito dessa hipótese, não cabendo ao intérprete fazê-lo, notadamente para os fins de falência.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, contudo, há divergência a respeito desse tema. De início, há a corrente que afasta a aplicação da regra do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005 para o caso de alienação fiduciária em garantia prestada por terceiro. Esse é o entendimento que se retira do Enunciado n. VI do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial da Corte Bandeirante, aprovado em abril de 2019: “inaplicável o disposto no art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05, ao crédito com garantia prestada por terceiro, que se submete ao regime recuperacional, sem prejuízo do exercício, pelo credor, de seu direito contra o terceiro garantidor”.

As próprias justificativas do enunciado jurisprudencial demonstram a mencionada divergência, havendo uma corrente minoritária na Corte, à qual estou filiado, segundo a qual a alienação fiduciária em garantia prestada por terceiros também tem

---

seu funcionamento, e o de satisfação do crédito tido pela Lei como de especialíssima importância. Em suma, o fato de o crédito fiduciário não se submeter à recuperação judicial não torna o credor livre para satisfazê-lo de imediato e ao seu talento. Preservam-se o valor do crédito e a garantia prestada, mas se veda a realização da garantia em prejuízo da recuperação” (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*, cit., p. 257-258).



natureza extraconcursal.<sup>16</sup> Essas mesmas justificativas citam julgado do Superior Tribunal de Justiça na linha dessa posição minoritária na Corte Bandeirante.<sup>17</sup>

Reitero a minha posição doutrinária, no sentido de o legislador não ter feito qualquer distinção a respeito da titularidade da propriedade do imóvel para os fins de aplicação da norma falimentar. Destaco, nesse contexto e em complemento, a argumentação desenvolvida pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze no último *decisum* mencionado, que tem o meu apoio

---

<sup>16</sup> As justificativas do enunciado estão em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-publica-quatro-novos-enunciados.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021. No mesmo sentido: “RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Manutenção da posse e propriedade da recuperanda sobre imóvel rural essencial à sua atividade, objeto de alienação fiduciária, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005. Pretensão do credor agravante de autorização para o prosseguimento perante o Cartório de Registro de Imóveis de procedimento de consolidação da propriedade do bem. Cabimento. Medida que não impacta sobre a posse do bem, resguardada por anterior decisão no mesmo processo até a data da assembleia geral de credores. Inocorrência outrossim de qualquer interferência sobre os ativos da recuperanda, visto nem mesmo ser o imóvel de sua propriedade, mas de terceiro. Consolidação outrossim que não se confunde com a venda do bem, a ser objeto de futuro leilão extrajudicial. Decisão de Primeiro Grau reformada. Agravo de instrumento do banco-credor provido” (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2146221-59.2016.8.26.0000, Acórdão n. 10025851, Jardinópolis, Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 28.11.2016, DJESP 09.02.2017).

<sup>17</sup> “RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL E CIVIL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CREDOR TITULAR DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. GARANTIA PRESTADA POR TERCEIRO. INCIDÊNCIA DO ART. 49, § 3º, DA LEI N. 11.101/05. EXTENSÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Debate-se nos autos a necessidade de o bem imóvel objeto de propriedade fiduciária ser originariamente vinculado ao patrimônio da recuperanda para fins de afastamento do crédito por ele garantido dos efeitos da recuperação judicial da empresa. 2. Na propriedade fiduciária, cria-se um patrimônio destacado e exclusivamente destinado à realização da finalidade de sua constituição, deslocando-se o cerne do instituto dos interesses dos sujeitos envolvidos para o escopo do contrato. 3. O afastamento dos créditos de titulares de propriedade fiduciária dos efeitos da recuperação, orientado por esse movimento que tutela a finalidade de sua constituição, independe da identificação pessoal do fiduciante ou do fiduciário com o bem imóvel ou com o próprio recuperando, simplifica o sistema de garantia e estabelece prevalência concreta da propriedade fiduciária e das condições contratuais originárias, nos termos expressos pelo art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05. 4. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 1.549.529/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 18.10.2016, DJe 28.10.2016).

doutrinário, no sentido de que “o afastamento do credor titular da condição de proprietário fiduciário dos efeitos da recuperação judicial disposto no art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05 é coerente com toda a sistemática legal arquitetada para albergar o instituto da propriedade fiduciária. Porque distanciado o referido instituto dos interesses dos sujeitos envolvidos, tem-se por irrelevante a identificação pessoal do fiduciante ou do fiduciário com o bem imóvel ou com o próprio recuperando, simplificando-se assim o sistema de garantia, de forma que o bem imóvel estará indissociavelmente vinculado ao crédito garantido”. E mais, segundo o Ministro Bellizze,

[...] por essa razão, tem-se expressamente assegurado no comando legal que “prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais”, afastando por completo não apenas o bem, mas o próprio contrato por ele garantido, dos efeitos da recuperação judicial.

Outrossim, impõe-se notar que, diante do arcabouço legislativo existente, no caso concreto, fica evidente que o credor fiduciário cercou-se dos meios jurídicos cabíveis para blindar-se dos efeitos da situação de crise vivida pela empresa recuperanda, ônus que foi voluntariamente assumido pelo terceiro que livremente dispôs de bem imóvel pessoal em favor da empresa devedora. Desse modo, não se pode impor ao credor proprietário fiduciário que seu crédito seja repactuado, afastando-se as condições contratuais expressamente ressalvadas pelo legislador, e ainda ele sofra a novação *sui generis* da legislação recuperacional, inviabilizando a execução da garantia porquanto afastada a eventual mora (STJ, REsp 1.549.529/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 18.10.2016, DJe 28.10.2016).

Estando totalmente filiado às palavras transcritas, espero, portanto, que a questão seja pacificada no âmbito da jurisprudência superior, exatamente na linha do último acórdão.

#### 4. REQUALIFICAÇÃO DO CRÉDITO NA FALÊNCIA E HIPOTECA DE SEGUNDO GRAU

A hipoteca é o direito real de garantia sobre coisa alheia

que recai sobre bens imóveis, como regra, em que não há a transmissão da posse da coisa entre as partes. São partes desse negócio jurídico de garantia real: *a) devedor hipotecante* – aquele que dá a coisa em garantia, podendo ser o próprio devedor ou terceiro; e *b) credor hipotecário* – tem o benefício do crédito e do direito real, sendo dotado, entre os efeitos, de direito de preferência sobre a coisa garantida. Em havendo hipoteca convencional, envolvendo imóvel, como é comum nos casos de dívidas elencadas em recuperação judicial ou falência, lembro que ela deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis do local da coisa, atendendo-se ao art. 1.492 do CC/2002 e ao art. 167, inc. I, n. 2, da Lei n. 6.015/1973.

Ademais, não há qualquer vedação para que o bem dado em hipoteca seja alienado, o que engloba a sua venda ou mesmo a constituição de uma nova hipoteca. Conforme o art. 1.475 do Código Civil, é nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado (*cláusula de inalienabilidade*). Como decorrência natural da possibilidade de alienação do bem hipotecado, admite-se, no Direito Civil Brasileiro, a *sub-hipoteca ou a hipoteca de segundo grau*. Enuncia o art. 1.476 da própria codificação que o dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor. Não há limite objetivo numérico na lei para a sua constituição, cabendo até mais de duas hipotecas. Sigo a corrente doutrinária que sustenta a necessidade de se observar a solvibilidade do bem para essas novas constituições ou gravações, o que visa a garantir a existência de um “crédito responsável”.<sup>18</sup>

Como não poderia ser diferente, o credor da primeira hipoteca tem *prioridade e preferência na satisfação da dívida*. Nessa linha, determina o art. 1.477 do Código Civil que, salvo o

---

<sup>18</sup> Como destaque em: TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 749. Cito, na mesma linha, os entendimentos de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Heloisa Helena Barboza, Silvio Rodrigues e Carvalho Santos.

caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira. Conforme o seu parágrafo único, não se considera insolvente o devedor por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira.

De toda sorte, em havendo pendência de debate judicial a respeito de eventual leilão do bem hipotecado, não se pode, automaticamente, reclassificar o crédito, passando ele a ser quirografário. Além disso, se a arrematação for invalidada judicialmente, o deslinde da questão será diferente. Nesse contexto, é interessante, antes da reclassificação do crédito, que se determine a reserva do crédito, conforme consta do art. 16 da Lei n. 11.101/2005, *in verbis*: “O juiz determinará, para fins de rateio, a reserva de valor para satisfação do crédito impugnado. Parágrafo único. Sendo parcial, a impugnação não impedirá o pagamento da parte incontroversa”.

Como último tema de relevo, Sílvio de Salvo Venosa demonstra polêmica a respeito da possibilidade de o segundo credor hipotecário executar a sua dívida vencida, quando não vencida a primeira obrigação. Aponta que o entendimento majoritário, de longa data, posiciona-se no sentido da possibilidade de execução, devendo apenas ser observada a regra da prioridade de satisfação patrimonial do bem hipotecado em primeiro lugar, com a notificação do primeiro credor para que atue no processo. E leciona: “se seguida ao pé da letra a dicção desse art. 1.477, fácil seria a fraude, bastando o conluio do devedor com o primeiro credor hipotecário. Sendo intimado o credor da primeira hipoteca, deverá intervir no processo, a fim de exercer a preferência”.<sup>19</sup>

Para chegar a esse entendimento, o jurista utiliza a solução constante do revogado art. 826 do Código Civil de 1916, que ainda teria aplicação prática, pelo viés doutrinário. Dispunha

---

<sup>19</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1328.

essa norma que “a execução do imóvel hipotecado far-se-á por ação executiva. Não será válida a venda judicial de imóveis gravados por hipotecas, devidamente inscritas, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários que não forem de qualquer modo partes na execução”.

Como consequência desse entendimento doutrinário, opino que, se o segundo credor hipotecário pode tomar as medidas antecipadas para receber o seu crédito antes mesmo do primeiro credor hipotecário, não se justifica que, estando suspenso o resultado do primeiro leilão, o seu crédito perca a natureza real, passando a ser um crédito comum ou quirografário.



## REFERÊNCIAS

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3: Direito de empresa.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4: direito das coisas.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.