CONSIDERAÇÕES SOBRE A CUMULAÇÃO DAS GARANTIAS PESSOAIS E REAIS, NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA

Professor da EMERJ. Desembargador TJ/RJ

A ponte que liga a economia ao direito é o crédito.

E o seu pilar de sustentação chama-se garantia do crédito.

Desde os primórdios da civilização, os sistemas jurídicos sempre se preocuparam em criar mecanismos eficientes para assegurar o cumprimento das obrigações.

Na velha Roma, o vínculo obrigacional recaía sobre o próprio corpo do devedor, que pagava com a vida a sua inadimplência.

Mais tarde atenuou-se tal sistema bárbaro, estabelecendo-se que o devedor inadimplente tornar-se-ia escravo do credor, só recuperando a liberdade e a personalidade com o pagamento.

Permanecia, assim, a idéia de que a garantia era representada pela pessoa do devedor.

Só com a Lex Poetelia Papíria, três séculos antes de Cristo, é que o adimplemento das obrigações passou a ser garantido pelo patrimônio do devedor.

O credor inadimplido valer-se-ia dos bens do devedor, expropriando-os, para ressarcir-se do prejuízo que o não pagamento lhe acarretou.

Mais de vinte séculos se passaram, e não se idealizou qualquer outro sistema para reforçar o vínculo.

A experiência comum logo revelou que, muitas vezes, o patrimônio do devedor era insuficiente para assegurar a realização do crédito, já que ele poderia se esvaír ou reduzir-se, até o vencimento.

Daí a idéia de criar outras garantias, que mitigassem os riscos da inadimplência do devedor.

Surgiram as garantias pessoais e reais, até hoje largamente praticadas.

Nas garantias pessoais, entre as quais estão a fiança e o aval, uma terceira pessoa, se compromete, perante o credor, a pagar a obrigação, se não o fizer o devedor.

A fiança é garantia típica das obrigações civis, não se presumindo solidária, enquanto que o aval é característico das obrigações comerciais, dele decorrendo a solidariedade.

As garantias reais são representadas por uma coisa, que pertence ao devedor ou a terceiro, e de cujo valor se serve o credor para ressarcir-se, não se realizando o pagamento.

No sistema atual do direito positivo brasileiro são garantias reais o penhor, a anticrese, a hipoteca e a alienação fiduciária.

Nenhuma delas, infelizmente, assegura o pagamento de maneira integral, afastando, em definitivo, dos ombros dos credores, o risco da inadimplência.

A fiança, por exemplo, oferece sérios inconvenientes, e entre eles podemos elencar, apenas a título enunciativo: a insolvência superveniente do próprio fiador, a sua morte, que extingue a garantia, o benefício de ordem e as diversas hipóteses de exoneração do fiador, que pode se desobrigar, independente de motivo, se a obrigação principal passa a vigor por tempo indeterminado.

Por outro lado, a execução do fiador é também demorada e onerosa, sendo-lhe assegurado, como é óbvio, o direito de se defender, pela via dos embargos.

Por igual, as garantias reais também apresentam deficiências.

Uma delas é a vedação peremptória do pacto comissório, o que impede que o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário, possa incorporar a coisa dada em garantia, diretamente, a seu patrimônio, caso o devedor não lhe pague.

O credor inadimplido terá que executar o bem, levando-o a leilão ou à praça, para que a execução se proceda de forma menos onerosa para o devedor.

Exige-se, assim, uma longa “via crucis”, com a interposição de embargos, avaliação, publicação de editais de alienação judicial, embargos de arrematação, de terceiros etc, prolongando-se a realização do crédito até por vários anos.

Como se não bastasse, o privilégio da preferência, que se assegura aos credores com garantia real, já não é tão atraente, pois surgiram, com o tempo, outros credores, ainda mais privilegiados, como a Fazenda Pública, a Previdência e os empregados, cujos créditos são pagos prioritariamente.

A alienação fiduciária elimina, é bem verdade, muitos destes inconvenientes, já que a propriedade resolúvel da coisa sobre a qual recai a garantia

é desde logo transferida ao credor, que poderá aliená-la, diretamente, se ocorrer o inadimplemento, e quando consolidada a propriedade em suas mãos, após a busca e apreensão do bem.

Como se vê, o credor fiduciário não sofre a concorrência desigual dos demais credores mais privilegiados, e acima referidos, e o procedimento de alienação da coisa e realização do crédito é muito mais célere e eficaz.

Daí a nítida preferência de que hoje desfruta a alienação fiduciária, principalmente em se tratando de obrigações de maior densidade econômica.

Diante das insuperáveis deficiências que todas as garantias apresentam, permite a lei que sejam elas cumuladas, para reforçar, ainda mais, o vínculo.

Assim é que o credor cauteloso pode exigir, por exemplo, que o devedor lhe ofereça um ou mais fiadores e uma hipoteca, ou um penhor.

Como também poderá se valer da alienação fiduciária em garantia, e de uma fiança, a título complementar.

E assim o fazendo, poderá servir-se de apenas uma delas, ou de ambas, se a primeira se mostrar inútil ou insuficiente.

Poderá também escolher a ordem, executando primeiro o bem dado em garantia, exigindo do fiador o crédito que sobejar, caso a sua alienação se revele insuficiente para pagamento integral.

Também nada impede, e, ao contrário, tudo recomenda, que o credor exija que o fiador assuma a responsabilidade como solidário ao devedor, o que, de imediato, afasta a incidência do benefício de ordem, autorizando o credor a exigir a prestação diretamente do garante.

No sistema de consórcio, este expediente é freqüentemente utilizado.

O consorciado, ao retirar o bem a que alude o contrato, o oferece em garantia fiduciária ao grupo, para assegurar o integral pagamento das parcelas vincendas, até o encerramento de suas atividades.

Mas dele ainda se exige a garantia pessoal, representada pela fiança, prestada em caráter solidário.

Surge, então, uma questão angustiante, que tem agitado a doutrina e causado turbulências pretorianas.

Deixando o consorciado de pagar as parcelas devidas, a administradora, como representante do grupo, promove e obtém a busca e apreensão do bem, consolidando em suas mãos o domínio e promovendo a sua alienação extrajudicial.

Ocorre, entretanto, que, muitas vezes, o preço obtido não é suficiente, para o pagamento integral da dívida, verificando-se um saldo remanescente, para o qual não mais existe garantia real.

Pretende, então, o credor, valer-se da garantia pessoal, assestando a execução, pelo que sobejar do crédito, em face do fiador e devedor solidário.

Uma corrente jurisprudencial vem entendendo que a alienação extrajudicial do bem extingue a garantia fidejussória, nada mais se podendo exigir do fiador, que fica automaticamente exonerado.

Dois argumentos são manejados, com vigor, pelos que sustentam este entendimento.

O primeiro se baseia no fato de se ter executado o bem, o que impede o fiador de sub-rogar-se na garantia real, já que seu objeto não mais existe.

Tendo pago a dívida remanescente, não mais disporia o fiador do bem, para ressarcir-se do que pagou, para exonerar o devedor.

A prioridade dada pelo credor à garantia real implicaria, assim, em renúncia à fidejussória.

O segundo argumento nos remete à dicção do parágrafo 5º do artigo 1º do Decreto-lei 911/69.

Segundo aquele dispositivo, “se o preço da venda da coisa não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado”.

A segunda corrente, à qual sempre me filiei, não se deixa seduzir por estes argumentos, que só impressionam à primeira vista.

Desde que se dê expressa ciência ao fiador, de que se procederá a alienação extrajudicial do bem, nada impede que ele efetue o pagamento, caso lhe interesse a sub-rogação.

Poderá ele, portanto, proceder à remição da dívida, como devedor solidário, e sub-rogar-se na garantia real.

O argumento seria válido, forçoso é reconhecer, se a alienação for feita à revelia do fiador, ou seja, sem que dela se lhe dê ciência.

O segundo argumento me parece, em que pese o respeito devido aos que o defendem, ainda mais frágil, decorrendo de uma interpretação literal do texto da lei, que não se coaduna com a sua *ratio essendi*.

Quando o legislador falou em responder o devedor pelo que sobejar, pessoalmente, é óbvio que imaginava a hipótese de não se ter cumulado a garantia real com a fidejussória.

E assim o fez porque poderia parecer aos menos avisados, inclusive para o devedor, que o fato de se ter alienado o bem, extinguiria a obrigação, nada mais se podendo cobrar, ainda que o preço da venda fosse insuficiente.

Portanto, a meu aviso, o que diz a lei é que não sendo eficaz a garantia real, revelando-se insuficiente a alienação do bem, poderá o credor exigir o saldo remanescente, como quirografário.

Mas é claro que havendo no contrato outra garantia, a fidejussória, não poderá o credor ser inibido de se utilizar dela, sendo irrelevante que tenha preferido antes exercer a garantia real, desde que ciente o fiador.

O princípio da boa-fé objetiva, que hoje oxigena todo o mundo dos contratos, não recomenda que se ignore uma garantia, voluntariamente prestada, e sem que tenha sido quitada a dívida.

Por outro lado, em se tratando de contrato bilateral, oneroso, deve ser ele interpretado segundo a verdadeira intenção das partes.

E me parece evidente que a vontade manifestada foi no sentido de se oferecer dupla garantia, de modo a melhor assegurar a realização do crédito, nada se impondo ou dizendo quanto à ordem de precedência, na sua utilização.

Se o contrato prevê dupla garantia, a não ser que se disponha expressamente o contrário, presume-se que o credor pode se valer de qualquer delas, ou de ambas, independente de ordem, não ficando inibido de executar uma, por já ter se exaurido a outra.

E aí sim, voltaríamos ao texto da Lei: se o fiador se mostrar insolvente, ou tiver morrido, esvaindo-se a garantia, e já se tendo alienado o bem, responderá pessoalmente o devedor pelo remanescente.

Adotei, com convicção, tal posicionamento, após conhecer a opinião do Min. Moreira Alves, que defende a mesma tese, com o peso e o prestígio de ser considerado a maior autoridade, no país, em alienação fiduciária em garantia.

No seio do STJ as opiniões divergem, pelo que se deve aguardar um pouco mais, para se uniformizar o entendimento.

Concluindo, poderíamos dizer que o credor deverá dar ciência da alienação ao fiador, antes de efetuá-la, permitindo-lhe o pagamento da dívida, e sendo insuficiente o preço, poderá executar o fiador, pelo remanescente.

Com isto, se estará fortalecendo o crédito, o que contribuirá para a consolidação dos mercados econômicos. ◆