

PETIÇÃO (MOD) CIVIL E PROC CIVIL**RESCISÓRIA DE CONTRATO**

Recurso

RE 5.924-

ENTREGA DA COISA A TERCEIRO — ADMISSIBILIDADE - CREDOR - EQUIPARAÇÃO AO DEPOSITÁRIO**RESUMO**

- CARVALHO DE MENDONÇA, a propósito, lecionava: "Realizar-se a tradição da coisa vendida pelo modo ou forma estipulados pelos contratantes. Este é o princípio. É a tradição chamada consensual, e que nos parece melhor dizer convencional." (Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. VI, parte II, Rio de Janeiro, 1927, Typ. do Jornal do Comércio, p. 72). - E contudo, explica, na falta de ajustamento expresse operar-se a tradição por três formas: a) "Pela entrega material da coisa vendida"; b) "Pela transferência dos documentos ou títulos que representem a mercadoria vendida" (nesse caso, segundo o grande comercialista tem-se a verdadeira "tradição virtual ou simbólica"); e c) "Pelo modo por que estiver em uso no lugar". (Ob. cit., pp. 74/75). - Finalmente, no ponto ao qual quero chegar, pontifica: "657. O Cód. Com., no art. 199, admite ainda a tradição pela entrega simbólica, e no art. 200, enumera os casos em que presumtivamente existe esta tradição, com os mesmos efeitos da que denomina real. Preliminarmente, temos a notar que estas diversas formas de tradição, expressas no Cód. Com., não se alistem em antítese umas das outras. A linguagem do código é lamentável: acha-se a tradição real nos casos da simbólica, onde ele parece ver a real, e eis a razão por que se tem condenado a distinção meramente escolástica da tradição em real e simbólica, consensual, hoje discordante de princípios científicos exatos. O Cód. Civil não conhece a tradição simbólica. Devemos, ainda, observar que as disposições legais a esse respeito não são taxativas, mas simplesmente exemplificativas ou de ordem demonstrativa" (ob. cit., p. 75). - Dito isto, creio não precisar estender-me mais, porque no acórdão recorrido está consignado terem as cláusulas 7ª e 19ª da cédula contratual disposto sobre a modalidade de entrega do café a terceiro depositário, sem a posse direta do credor. E nos autos se acha o "compromisso de depositário" (fls. ...), onde se lê que o depositário se obriga a guardar "em nome e à ordem do Banco do Brasil S/A" as mercadorias oferecidas em penhor, além do "recibo de depósito dos bens apenhados", "gravados de penhor mercantil, a favor do Banco do Brasil S/A" (fl. ...). - Nessa altura, é oportuno destacar que, para alguns autores (v.g. FRAN MARTINS, in Contratos Mercantis, e GILHERME HADDAD, no verbete Penhor Mercantil, no Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. XXXVI, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 19, p. 342), o art. 274 do Cód. Comercial foi revogado pela lei de falências de 1929 (Dec. nº 5.746, de 09.12.29), que, em seu art. 92, I, só conferiu privilégio especial aos credores pignoratícios sobre as coisas entregues em penhor, ressalvadas as hipóteses do "penhor agrícola ou pecuário, em que os objetos continuam em poder do devedor, por efeito da cláusula constituti". Outros autores, entretanto, como PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, Parte Especial, vol. 21, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1984) discorrem sobre o tema como se não tivesse havido aquela revogação, o que me parece mais acertado, data venia, tanto mais que a lei falimentar em vigor não faz qualquer observação quanto à constituição do penhor pela tradição, e o Supremo Tribunal Federal, em decisões da década de 1940 (RE nº 5.924-MG, por exemplo), em debates travados entre José Linhares, Bento de Faria, Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e os demais ministros da época, discorria sobre a inteligência do art. 274 do Codex sobre a mercancia, sem qualquer restrição sobre sua vigência. Observe-se não ocorrer a hipótese do art. 2º, § 1º, da LICC. - Também faz-se mister dizer que a melhor doutrina diretrizou a inadequação do constituto possessório ao penhor mercantil, salvo as exceções expressas. É a lição de WALDEMAR FERREIRA (Tratado de Direito Comercial, vol. II) e a jurisprudência da Corte Maior, ainda que antiga, nos REsps nos 2.657, 9.655 e 5.224, relatados, respectivamente, pelos Ministros Octávio Kelly, Barros Barreto e Laudo

Camargo, in RD 142/103 e RT 160/544 e 189/834. - Não há neste penhor, porém, cláusula constituti. Com efeito, o Excelso Pretório jamais confundiu constituto possessório com o penhor constituído pela entrega da coisa a terceiro, caso, aliás, considerado como de tradição real, efetiva e não simbólica. É o que se deduz da ementa que transcrevo do acórdão proferido no RE nº 18.082 (RF 135/69), da lavra do grande civilista Orozimbo Nonato: "Não há penhor sem a posse da

EMENTA

Não há contrariedade ao art. 274 do Código Comercial se a tradição do penhor aperfeiçoou-se, de forma efetiva ou real, pela entrega da coisa a terceiro que a teve "em nome e à ordem" do credor pignoratício, consoante entendimento de antiga, porém boa, doutrina e jurisprudência. - O titular do direito real de penhor com a posse mediata da coisa continua equiparado, nos termos da lei comercial (art. 276 do Cód. Com.), ao depositário, respondendo pela devolução ou pela indenização da coisa após o pagamento da dívida.

NOTA DA REDAÇÃO

RT