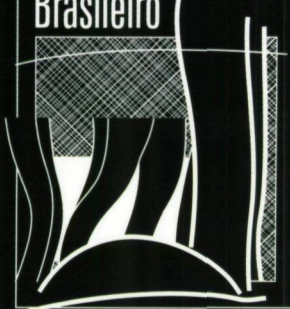


Direito Civil

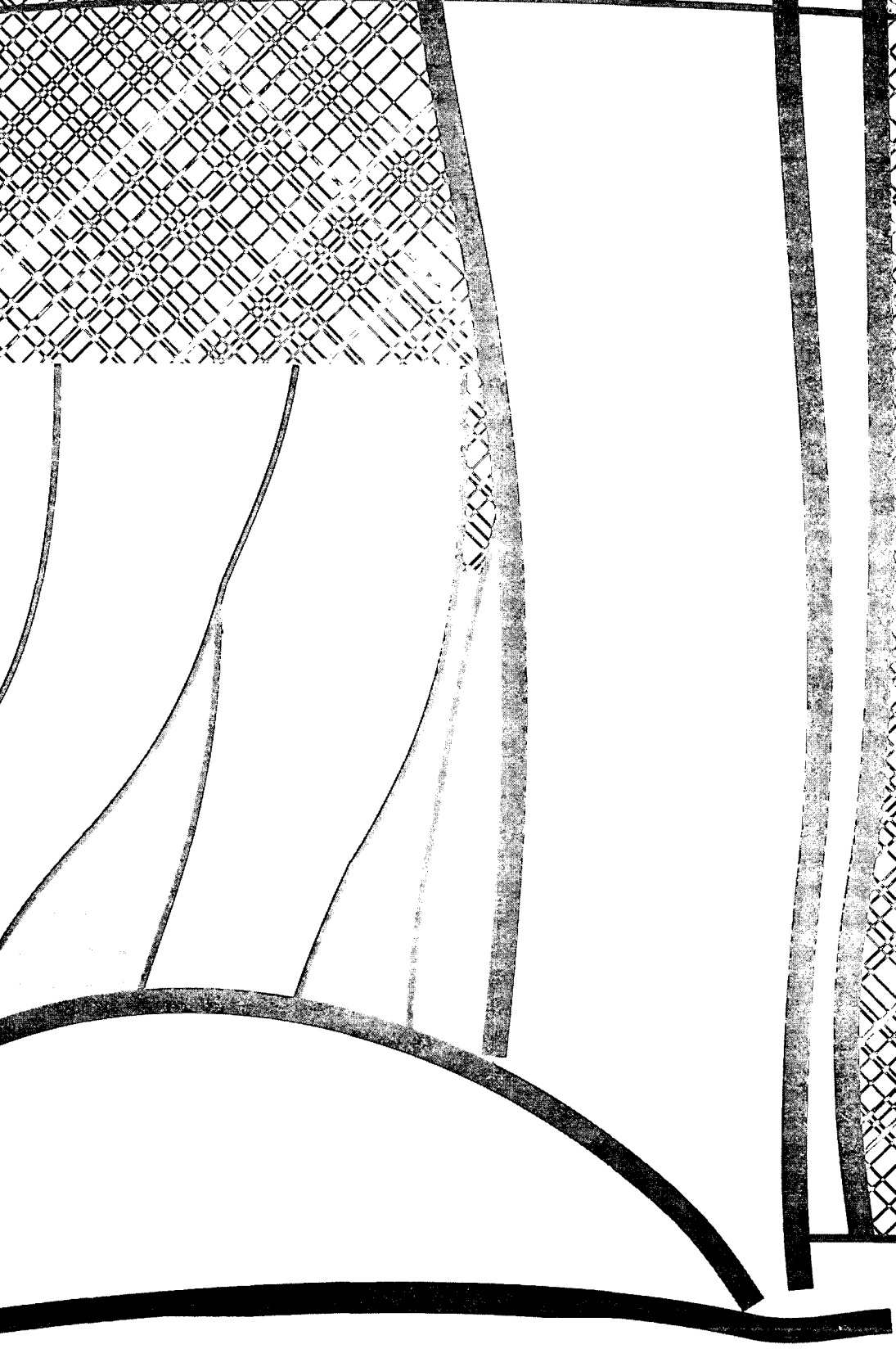
Direito das Coisas Vol. II

Clóvis Beviláqua

História do Direito
Brasileiro



3



Senado Federal

Senador José Sarney, Presidente
Senador Paulo Paim, 1º Vice-Presidente
Senador Eduardo Siqueira Campos, 2º Vice-Presidente
Senador Romeu Tuma, 1º Secretário
Senador Alberto Silva, 2º Secretário
Senador Heráclito Fortes, 3º Secretário
Senador Sérgio Zambiasi, 4º Secretário
Senador João Alberto Souza, Suplente
Senadora Serys Slhessarenko, Suplente
Senador Geraldo Mesquita Júnior, Suplente
Senador Marcelo Crivella, Suplente

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Nilson Vital Naves, Presidente
Ministro Edson Carvalho Vidigal, Vice-Presidente
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro Luiz Carlos Fontes de Alencar, Diretor da Revista
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Ministro Francisco Peçanha Martins
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha, Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Ministro Vicente Leal de Araújo
Ministro Ari Pargendler
Ministro José Augusto Delgado
Ministro José Arnaldo da Fonseca
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Felix Fischer
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Gilson Langaro Dipp
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini
Ministra Eliana Calmon Alves
Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
Ministro Domingos Franciulli Netto
Ministra Fátima Nancy Andrichi
Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho
Ministra Laurita Hilário Vaz
Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
Ministro Luiz Fux
Ministro João Otávio de Noronha
Ministro Teori Albino Zavascki
Ministro José de Castro Meira



Direito Civil

Direito das Coisas

Vol. II

Clóvis Beviláqua
Obra fac-similar

Prefácio de
Francisco Cesar Asfor Rocha

História do Direito
Brasileiro



Brasília
Agosto/2003

Conselho Editorial

Senador José Sarney, Presidente
Joaquim Campelo Marques, Vice-Presidente
Carlos Henrique Cardim, Conselheiro
Carlyle Coutinho Madruga, Conselheiro
Raimundo Pontes Cunha Neto, Conselheiro

O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997, buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de relevância para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do país.

Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Civil

ANTONIO JOAQUIM RIBAS	JOSÉ DE ALENCAR
Curso de Direito Civil brasileiro	A Propriedade pelo Cons. José de Alencar - com uma prefacção do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas
ANTONIO MAGARINOS TÔRRES	LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Nota Promissória - estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira	Direito das Coisas - adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Consolidação das Leis Civis	Direitos de Família - anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO
Código Civil: esboço	Instituições de Direito Civil brasileiro
CLÓVIS BEVILÁQUA	PEDRO ORLANDO
Direito das Coisas	Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais
FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA	
Obrigações: exposição systemática desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira	

Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça

Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral
Jefferson Paranhos Santos, Assessor de Articulação Parlamentar
Marcelo Raffaelli, Assessor Jurídico
Luciana Raquel Jáuregui Costandrade, Assessora Jurídica
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Núcleo de Redação e Revisão
Mari Lúcia Del Fiaco, Núcleo de Redação e Revisão
Stael Françaize de Medeiros Oliveira Andrade, Núcleo de Redação e Revisão

Projeto Gráfico

Carlos Figueiredo, Núcleo de Programação Visual
Eduardo Lessa, Núcleo de Programação Visual
Taís Villela, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

Beviláqua, Clóvis, 1859-1944.

Direito das coisas / Clóvis Beviláqua ; prefácio de Francisco César Asfor Rocha. -- Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

2 v. -- (História do direito brasileiro. Direito civil)

1. Direito das coisas, Brasil. I. Título. II. Série.

CDDir. 342.12

Coleção HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

No prefácio de sua monumental *A Política Exterior do Império*, dizia Calógeras, referindo-se à história diplomática do país, que era preciso evitar se perdesse “o contato com esse passado tão fecundo em lições e tão cheio de seiva alentadora para quem o sabe consultar”. Foi com a mesma finalidade, agora com foco na história das instituições jurídicas brasileiras, que o Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça celebraram convênio para a reedição de grandes obras do Direito Civil e Penal pátrio que comporão a coleção intitulada *História do Direito Brasileiro*.

O projeto nasceu de sugestão que me fez o pesquisador Walter Costa Porto, advogado, professor universitário, ex-Ministro do Superior Tribunal Eleitoral, emérito constitucionalista, personalidade merecedora do respeito de todos quantos o conhecem, a quem presto neste ensejo a justa homenagem que lhe é devida.

Seu objetivo é atualizar, num corpo orgânico, parte da história de nosso Direito e, dessarte, colocar à disposição de especialistas e demais interessados obras da literatura jurídica nacional hoje esgotadas ou de difícil acesso. A importância da iniciativa é evidente: por um lado, contribui para a preservação de nosso patrimônio cultural; por outro, ajudará os estudiosos da evolução das instituições do Direito brasileiro.

Quer nos escritos, quer nas biografias, evidencia-se a magnitude das personalidades a serem reeditadas. Com efeito, não se trata apenas de jurisprudências e autores de obras de Direito, mas de luminárias da cultura nacional, que foram também catedráticos, literatos, jornalistas, ocupantes de elevados cargos públicos e militantes da política.

A coleção publicará onze livros de Direito Civil e dez de Direito Penal. Aqueles são os seguintes:

- *A Propriedade pelo Cons. José de Alencar – com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas*, trazendo de volta livro cujo autor, além de dar expressiva contribuição às letras brasileiras, teve importante carreira política e ocupou o Ministério da Justiça no gabinete Itaboraí. Acresce



ser o livro prefaciado por Antonio Joaquim Ribas, jurista que também será reeditado na coleção.

- *Consolidação das Leis Civis*, de 1858, e *Código Civil: esboço*, dois trabalhos de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas. O primeiro foi-lhe encomendado pelo governo imperial; a comissão encarregada de revê-lo, após dar o laudo aprobatório, acrescentou que sua qualidade recomendava a habilitação de Teixeira de Freitas “para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatório importante”. Seu esboço de Código Civil, não aproveitado no Brasil, serviu de base para o Código Civil da República Argentina. Quanto à *Consolidação*, seu mérito histórico é realçado pela visão da visceral repulsa ao escravismo manifestada pelo autor.

- *Curso de Direito Civil brasileiro*, de Antonio Joaquim Ribas, que, como dito acima, prefaciou *A Propriedade*, de José de Alencar. No prefácio da 2ª edição do *Curso de Direito Civil* (1880), Ribas disse, em palavras que condizem com o objetivo da coleção *História do Direito Brasileiro*, que “Sem o conhecimento [da] teoria [do Direito Civil pátrio] ninguém pode aspirar ao honroso título de jurisconsulto, e nem exercer digna e satisfatoriamente a nobre profissão de advogar ou de julgar”.

- *Direitos de Família e Direito das Coisas*, de Lafayette Rodrigues Pereira, datados respectivamente de 1869 e 1877, ambos adaptados ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva. Lafayette foi advogado e jornalista liberal, Ministro da Justiça, Senador, Presidente do Conselho e, *last but not least*, defensor de Machado de Assis contra a crítica feroz de Sílvio Romero. Com graça, dizia, a respeito de seu renome, “Subi montado em dois livrinhos de direito”. São esses “livrinhos” que aqui estão vindo a lume, obras cujo método Lacerda de Almeida – outro nome na lista de autores da coleção – utilizou para a exposição sistemática do direito das obrigações.

- *Direito das Coisas*, de Clóvis Beviláqua, permitirá aos estudiosos hodiernos familiarizar-se com um gigante da literatura jurídica nacional, autor, a convite do Presidente Epitácio Pessoa, do projeto do Código Civil brasileiro. Modernizador, expressou no projeto sua revolta contra a vetustez do Direito Civil vigente no Brasil.

- *Instituições de Direito Civil brasileiro, oferecidas, dedicadas e consagradas a Sua Majestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*, por Lourenço Trigo de Loureiro, nascido em Portugal (Vizeu) e formado em Olinda, onde mais



tarde ocupou a cátedra de direito civil; teve cargos políticos, foi professor de francês e tradutor de literatura francesa, inclusive do teatro de Racine. Seu livro, datado de 1850, constitui valioso elemento para aquilatar o cenário contra o qual, meio século depois, Beviláqua expressaria sua revolta.

- *Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*, de Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Publicado em 1897, é um dos muitos livros sobre temas de direito civil deixados por Lacerda de Almeida.

- *Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*, de autoria de Pedro Orlando. Autor de obras sobre direito comercial, questões trabalhistas e fiscais, Orlando é também autor do *Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro*.

- *Nota Promissória – estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira*, por Antônio Magarinos Tôres. Advogado, catedrático e vice-diretor da Escola Superior de Comércio do Rio de Janeiro, juiz e presidente do Tribunal do Júri da então capital do país. Prolífico autor, escreveu sobre direito comercial, fiscal, penal e finanças.

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:

- *Tratado de Direito Penal alemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira*, de Franz von Liszt, jurista alemão, catedrático da Universidade de Berlim. A par, por si só, do elevado conceito do *Tratado*, quisemos, com a publicação, destacar o alto valor do prefácio de José Hygino, de indispensável leitura, que, por isso mesmo, ajusta-se à finalidade da coleção a respeito da história do direito brasileiro.

- *Lições de Direito Criminal*, de Braz Florentino Henriques de Souza, autor de trabalhos sobre Direito Civil e Criminal, designado membro da comissão encarregada de rever o Código Civil em 1865. *Lições de Direito Criminal* data de 1860.

- *Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, de Thomaz Alves Junior. Crítico do Código Penal de 1830, que considerava prolixo e casuístico, Thomaz Alves o analisa detidamente, historiando sua apresentação, discussão e aprovação. Desse modo, as *Anotações* iluminam os leitores do século XXI quanto ao pensamento dos



legisladores brasileiros do Império e constituem leitura complementar à obra de Braz Florentino.

- *Menores e loucos em Direito Criminal e Estudos de Direito*, de Tobias Barreto. Conhecido por sua poesia, Barreto era talvez mais jurista que poeta. Formou-se na Faculdade de Direito do Recife, da qual foi depois catedrático, tendo entre seus discípulos Clóvis Beviláqua, Graça Aranha e Sílvio Romero. Fizeram parte da denominada “Escola do Recife”, que marcou o pensamento brasileiro (a propósito, entre outras, de Nelson Saldanha, *A Escola do Recife*, 1976 e 1978, e, de Miguel Reale, *O Culturalismo da Escola do Recife*, de 1956). Tobias foi um inovador; lutou incessantemente contra a estreiteza do ambiente cultural então imperante no Brasil.

- *Código Criminal do Império do Brasil anotado*, por Antonio Luiz Ferreira Tinôco. O Código do Império, reconhecido como “obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional” (Aníbal Bruno), filiava-se à corrente dos criadores do Direito Penal liberal (entre eles, Romagnoni e Bentham); admiravam-lhe a clareza e a concisão, entre tantos outros juristas, Vicente de Azevedo e Jiménez de Asúa, por exemplo. “Independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio” (Edgard Costa), foi o inspirador do Código Penal espanhol de 1848 (Basileu Garcia e Frederico Marques). Acolheu a pena de morte, é certo, mas D. Pedro II passou a comutá-la em galés perpétuas após a ocorrência de um erro judiciário, ao que se conta. Segundo Hamilton Carvalhido, a obra de Tinôco “nos garante uma segura visão da realidade penal no último quartel do século XIX”.

- *Código Penal commentado, theorica e praticamente*, de João Vieira de Araujo. Abolida a escravidão, Nabuco apresentou projeto, que nem chegou a ser discutido, para autorizar a adaptação das leis penais à nova situação. Sobreveio, logo após, o Código Penal de 1890, cuja elaboração fora cometida ao Conselheiro Baptista Pereira. O Código receberia várias críticas. Em 1893, Vieira de Araújo apresentou à Câmara dos Deputados projeto de um Código, sem êxito; logo depois, apresentava outro esboço, também sem sucesso.

- *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, por Oscar de Macedo Soares. Diplomado em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco, foi jornalista, secretário das províncias de Alagoas e Ceará, político conservador, advogado e autor de várias obras de Direito.

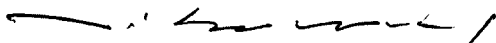


- *Direito Penal brasileiro segundo o Código Penal mandado executar pelo Decr. N. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência*, de Galdino Siqueira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre Direito Penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato de Pinheiro Machado.

- *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, de Antonio José da Costa e Silva, livro que antecedeu a preparação, em 1938, do projeto de Código Criminal encomendado por Francisco Campos a Alcântara Machado. Costa e Silva participou da comissão revisora do projeto, a qual contava com luminares como Nelson Hungria e Roberto Lyra e cujo resultado foi o Código Penal de 1940.

O leitor pode compreender, em face do que precede, a relevância da iniciativa tomada conjuntamente pelo Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos de progresso e desenvolvimento, às vezes nos temos descuidado do passado cultural, sacrificando-o erradamente, ao confundir o que é antigo com o que é obsoleto. Almejo que a publicação da *História do Direito Brasileiro* concorra para remediar ótica tão equivocada, porque, nas palavras de Ginoulhiac em sua *Histoire générale du droit français*, "Ce n'est pas seulement dans la suite des faits, des événements, que consiste l'histoire d'un peuple; mais encore, mais surtout, dans le développement de ses institutions et de ses lois."



Ministro Nilson Naves
Presidente do Superior Tribunal de Justiça

Nota do Editor

O Superior Tribunal de Justiça e o Senado Federal estão reeditando alguns dos títulos essenciais da literatura jurídica brasileira. A Coleção *História do Direito Brasileiro*, com títulos de direito civil e penal, deverá ocupar um lugar importante nas bibliotecas de magistrados, advogados e estudiosos de direito.

Esta coleção se insere no programa editorial do Senado, que se destina ao desenvolvimento da cultura, à preservação de nosso patrimônio histórico e à aproximação do cidadão com o poder legislativo.



Senador José Sarney
Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal

DIREITO DAS COISAS

CLOVIS BEVILAQUA

DIREITO DAS COISAS

2.º VOLUME

DIREITOS REAES DE GARANTIA EM GERAL
PENHOR
ANTICHRESE
HYPOTHECA
REGISTRO DE IMMOVEIS

1 9 4 2

Livraria Editora Freitas Bastos

Rua { ***Belencourt da Silva, 21-A*** { ***Rio de Janeiro***
 13 de Maio 74 e 76

Rua 15 de Novembro, 62-66 — S. Paulo

OBRAS DO AUTOR:

Direito Civil

- CODICO CIVIL COMENTADO
- THEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL
- DIREITO DAS OBRIGAÇÕES
- DIREITO DE FAMILIA
- DIREITO DAS SUCESSÕES
- PROJECTO DO CODIGO CIVIL BRASILEIRO
- LÉVOLUTION DU DROIT CIVIL DU BRÉSIL de 1869 a 1919, no livro *Transformations du droit de Sociedade de Legislação comparada*, de Paris.

Direito Penal

- CRIMINOLOGIA E DIREITO
- PROJECTO DE CODIGO PENAL PARA A ARMADA.

Direito Internacional

- DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
- DIREITO PUBLICO INTERNACIONAL
- PROJET D'ORGANISATION D'UNE COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE.

Philosophia do direito e variedades

- ESTUDOS DE DIREITO E ECONOMIA POLITICA
- LINHAS E PERFIS JURIDICOS
- JURISTAS PHILOSOPHOS
- ESTUDOS JURIDICOS
- LITERATURA E DIREITO. Em collaboração com Amelia de Freitas Bevilaqua
- SOLUÇÕES PRATICAS DE DIREITO
- OPUSCULOS.

Legislação Comparada

— LIÇÕES DE LEGISLAÇÃO COMPARADA.

Philosophia, Literatura e Historia

- ESBOÇOS E FRAGMENTOS
- EPOCAS E INDIVIDUALIDADES
- PHRASES E PHANTASIAS
- TRAÇOS BIOGRAPHICOS DO DESEMBARGADOR JOSÉ MA-
NOEL DE FREITAS
- SYLVIO ROMERO (opusculo)
- GUERRAS E TRATADOS. No *Livro do Quarto Centenario do
Brasil.*
- HISTORIA DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
- REVIVENDO O PASSADO (3 pequenos volumes publicados).

Traduções

- HOSPITALIDADE NO PASSADO de R. von Ihering
- O BRASIL NA LEGISLAÇÃO PENAL COMPARADA. Contribui-
ção de João Vieira de Araujo e tradução de Clovis Bevilacqua
- JESUS E OS EVANGELHOS, de Jules Soury, com a colaboração
de João de Freitas e Martins Junior.

**DOS DIREITOS REAES DE GARANTIA
EM GERAL**

TITULO V

Dos direitos reaes de garantia

CAPITULO I

PRINCIPIOS GERAES

§ 89

NOÇÕES GERAES E DADOS HISTORICOS PRELIMINARES

I. A expressão garantia é tomada, no direito, em varios sentidos. Umas vezes, é a responsabilidade imposta ao alienante pela integridade do direito, que elle transfere ou pelas qualidades do coisa alienada. Exemplo do primeiro caso: a garantia pela evicção, isto é, acontecendo que o adquirente do dominio, posse ou uso de uma coisa, por effeito de um contracto oneroso, seja condemnado, por sentença, a entregal-a, total ou parcialmente, a outrem, o alienante é obrigado a restituir o preço e a pagar as despesas resultantes da evicção, as custas judiciais, e os fructos, que forem entregues ou pagos ou evictor (1). Exem-

(1) Código Civil, arts. 1.107 e segs.

plo do segundo caso: a garantia pelos vícios da coisa recebida em virtude de contracto commutativo. O adquirente pode rejeitar a coisa ou reclamar o abatimento do preço pela acção redhibitoria ou pela *quantiminoris*, desde que o objecto se mostre com defeitos, não percebidos pelo adquirente, no momento da celebração de contracto, que a tornem impropria ao uso, a que se destina, ou lhe diminuam o valor.

Outras vezes, a lei garante preferencia a certos creditos sobre outros, como no caso dos privilégios geraes ou especiaes.

E ainda, além de casos particulares, assignalam-se a garantia real, que assegura a solução do credito, vinculando ao pagamento delle determinados bens, e a garantia pessoal da fiança.

II. O direito primitivo desconhecia, geralmente, a garantia real. No antigo Egypto, o devedor insolvente era adjudicado ao credor; entre os hebreus, o devedor remisso era reduzido á escravidão com a sua mulher e filhos; em Roma, ao tempo dos decemvivos, o credor podia amarrar o devedor insolvente, mettel-o a ferros e até vendel-o ou matal-o (2). O Codigo de Manú, entretanto, já se refere a garantias dadas por um campo ou um animal (3). E o direito romano, antes de assentar os fundamentos juridicos do penhor e da hypotheca, creara a *fiducia*, que não teve entrada na collecção justineanea, mas foi muito usada anteriormente. Consistia, em sua funcção mais commum, na transferencia de uma coisa do devedor ao credor, a titulo de garantia, obrigando-se este ultimo a restituil-a, quando solvida a divida. Era uma especie de *pignus*, mas

(2) V. o meu *Direito das obrigações*, 5.^a ed., § 9, p. 40 e 41, com apoio na Biblia, em HERMANN POST, AULO GELIO, CARLE e HERSILIO DE SOUZA. Adde: DARESTE, *Nouvelles études d'histoire du droit*, II, p. 14. (Codigo de Hamurabi).

(3) V. HERSILIO DE SOUZA.. *Novos direitos e velhos codigos*, p. 135 e seguintes.

deste differia, principalmente, porque ella transferia a propriedade, conditionalmente, e o penhor somente a posse; e a *fiducia* prestava-se a varias applicações, que não diziam com o penhor. Servia para assegurar um deposito em poder de um proprietario, ou, ainda, uma doação *mortis causa* e outras relações juridicas. A *fiducia cum creditore*, em verdade, é a origem do penhor (4).

§ 90

DEFINIÇÃO E ENUMERAÇÃO

I. *Direitos reaes de garantia são os que, recaindo sobre determinada coisa corporea, a vinculam ao cumprimento de uma obrigação.*

Differem dos direitos reaes de uso e gozo por sua finalidade, que é assegurar o pagamento de uma divida e, consequentemente, por apparecerem, sempre, juntamente com uma obrigação e não como figuras autonomas, de vida propria, de poder sobre alguma coisa.

E' claro que as coisas inalienaveis, embora corporeas, não podem ser objecto de direitos reaes de garantia.

II. O direito patrio conhece as seguintes figuras de direitos reaes de garantia:

O penhor, que pode ser convencional ou legal; e o primeiro, mercantil, commum ou rural;

A caução de titulos de credito, que é modalidade do penhor;

(4) GIRARD, *Droit romain*, p. 517 e segs.

A antichrese;
E a hypotheca.

Em face de certas legislações, ha controversia a respeito da natureza juridica dos privilegios, que alguns consideram direitos pessoaes, outros reaes; ainda outros distinguem, segundo o objecto dos privilegios, e consideram real os que recaem sobre immoveis e simples direitos de preferencia os que recaem sobre moveis. STOLFI, no seu tratado de direito civil, terceira parte do segundo volume, include os privilegios entre os direitos reaes de garantia. Aliás no direito italiano, como no francez, o privilegio sobre immovel tem preferencia até sobre a hypotheca. Il credito privilegiato è preferito a tutti gli altri credite; anche ipotecari, declara o art. 1.953 do Codice Civil italiano. O Codice Civil francez, art. 2.095, havia, anteriormente, estatuito: — Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.

A concepção, que reflecte o nosso direito civil sobre esta materia, é differente. O privilegio é direito pessoal e, só excepcionalmente, a lei lhe dá preferencia sobre o credito real (5).

III. A individualização da propriedade e a valorização social da pessoa tornaram possivel a criação das garantias reaes, que os tempos primitivos desconhecem. E tão vantajosas se mostraram que o seu desenvolvimento se accelerou e fortaleceu, de modo consideravel, o que se explica pela vantagem dada ao credor de ter o seu credito a coberto das perturbações economicas do devedor. Num concurso de creditos, o real prefere ao pessoal, ainda que privilegiado. A esta preferencia geral, o nosso direito abre, apenas, as seguintes excepções: as custas judiciais com a

(5) Codice Civil, art. 1.560. V. SYLVIO MARTINS TEIXEIRA, *Concurso de credores*, cap. XIV.

execução hypothecaria; as despesas de conservação do bem hypothecado feitas por terceiro, com assentimento do devedor e do credor, depois de constituida a hypotheca (Codigo Civil, art. 1.564); a divida proveniente de salario do trabalhador agricola, pelo produto da colheita para a qgal houver concorrido com o seu trabalho (Codigo Civil, artigo 759, paragrapho unico). Apesar de que os privilegios sejam de interpretação restricta, entendo que o privilegio em favor das custas judiciaes, que o Codigo Civil estabelece no caso de execução hypothecaria, estende-se, por analogia, ás custas com a liquidação para se effectuar o pagamento dos credores em concurso (6).

O decreto n. 22.866, de 28 de Junho de 1933, declara que os impostos e taxas devidos à Fazenda Publica, em qualquer tempo, são pagos, preferencialmente, a quaesquer outros creditos, seja qual fôr a sua natureza.

As *debentures* preferem ao credito hypothecario de inscripção posterior.

O decreto n. 24.637, de 10 de Julho de 1934, artigo 35, determina que fica assegurado o principio da indemnização por accidente de trabalho, prevalecendo sobre quaesquer outros creditos privilegiados. Talvez não fosse a intenção do autor do decreto dar a esse privilegio o character de geral; mas o facto é que ficou diminuida, como observa MARTINS TEIXEIRA (7) a preferencia consagrada, anteriormente, pela lei n. 3.724, de 15 de Janeiro de 1919, que prevalecia contra o credito hypothecario e recalia sobre a producção da fabrica, em que se desse o accidente (art. 25). Assim, o privilegio, que era especial e gozava preferencia sobre o credito real, garantido por hypotheca, volveu á condição de privilegio geral, tendo ape-

(6) Obs. 3 ao art. 1.564, no vol. V do *Código Civil commentado*. S. MARTINS TEIXEIRA parece não desaprovar este acrescimo e, por sua vez, propõe outros.

(7) *Op. cit.*, p. 180-181 da ed. de 1936.

nas precedencia sobre os de sua classe. Diz o citado art. 35, em seu paragrapho unico: *No concurso de quoesquer creditos privilegiados, o de que trata este artigo prevalecerá sobre os demais.*

O dispositivo é vago; mas, não determinando sobre que objecto incide o privilegio, deu-lhe o character de geral; e não declarando a sua prevalencia sobre o credito hypothecario, como fizera o decreto de 1919, reduziu-lhe a importancia.

IV. Devido á crescente moralidade do meio social e á maior segurança das relações juridicas, tem-se observado “ novo surto do credito pessoal”, como assignalaram PLANIOL-RIPPERT et BECQUÉ; e vale por exemplo frizante a idéa, que vae tendo accitação, de se considerar prova sufficiente da obrigação, que a não exige especial, a simples assignatura do declarante. O Ante-Projecto do Codigoo das Obrigações consigna essa norma (8).

§ 91

QUEM PODE DAR GARANTIA REAL E SOBRE QUE BENS. PODE ELLA RECAHIR (1)

I. Somente aos que podem alienar é que é permitido constituir direitos reaes de garantia, porque, se as di-

(8) Art. 7 — “Para que se prove a obrigação, qualquer que seja o valor, basta que o declarante assine o documento, quando não forem exigidos requisitos especiaes.”

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, II, §§ 160-162, 178, 210 e 216-218; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, p. 15 e seqs.; BARÃO DE LOTETO, *Trabalhos da Camara*, II, p. 143 e 144; CHIRONI, *Istituzioni*, I, § 213; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, ns. 35-39; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 2.770-2.779; HUC, *Commentaire*, XIII, ns. 201 e 209; GUILLOUARD,

vidas por elles asseguradas não forem solvidas, as coisas dadas em garantia serão vendidas para satisfação dos creditos respectivos (penhor, hypotheca); ou, pela percepção dos fructos, serão pagas as dividas (antichersse). Portanto, só o proprietario do bem pode oneral-o com garantia real. O onus real importa em alienação do valor da coisa ou de seus fructos, na medida necessaria para o pagamento da divida garantida; e somente o proprietario tem capacidade juridica sufficiente para realizar tal alienação.

Nem sempre, entretanto, o proprietario pode constituir direitos reaes de garantia, por não ter a livre disposição de seus bens, em geral ou siquer a respeito da classe de bens, a que se refere o direito de garantia, segundo se expoe adeante.

Os menores até 16 annos são absolutamente incapazes (Codigo Civil, art. 5); mas, achando-se sob o patrio poder, o genitor (ou a genetriz, se a esta couber o exercicio do patrio poder) pode dar em penhor os moveis do filho, com autorização do juiz, e tambem hypothecar immoveis (Codigo Civil, art. 386). Identica é a situação dos menores, após 16 annos, enquanto perdurar o patrio poder, que se extingue com a maioridade ou com a emancipação (2). O art. 386 do Codigo Civil não distingue entre menores até os dezeseis annos e depois dessa idade; mas combinando-o com o disposto no art. 384, V, verificar-se-á que os primeiros são, legalmente, *representados* pelo pae, e os segundos são *assistidos* nos actos, em que

Des privilèges et hypothèques, II ns. 234 e segs.; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, II, ns. 605 e segs.; ZACHARIAE, *Droit civil français*, V, § 799; SANCHEZ ROMAIN, *Derecho civil*, III, cap. XIX; MARTINHO GARCEZ, *Direito das coisas*, §§ 273 a 285.

(2) Codigo Civil, art. 9. Aos casos de emancipação declarados no art. 9 do Codigo Civil, accrescente-se o do brasileiro de 18 annos, alistado como eleitor (Const., art. 117). A emancipação do decreto n. 20.320, de 27 de Agosto de 1931, refere-se, exclusivamente, ao sorteio e alistamento militar.

forem partes, vale dizer: intervêm nessas operações jurídicas, porque sua incapacidade é relativa.

Apesar da opinião em contrario dos doutos civilistas AZEVEDO MARQUES e AFFONSO FRAGA (3), entendo que não podem ser hypothecados os immoveis dos tutelados e curatelados (exceptuados os prodigos), porque: primeiro, a alienação dos immoveis dos tutelados só é permitida, autorizando o juiz, quando houver manifesta vantagem, e sempre em hasta publica (Cod. Civil, art. 428 e 429); e não vejo como se possam conciliar a constituição da hypotheca destinada a garantir uma obrigação e a hasta publica. A venda em hasta publica entende-se bem; a constituição de hypotheca para garantir uma obrigação é difficil. Por outro lado, a hypotheca de immovel do tutelado pressupõe dívida e não se harmoniza com a função de tutor contrahir dividas, onerando o patrimonio do pupillo.

Dir-se-á o mesmo das hypothecas le immoveis pertencentes a curatelados, exceptuado o prodigo, autorizado a constituil-a, mediante assentimento do curador (Codigo Civil, art. 459).

O marido e a mulher não podem hypothecar nem dar em antichrese bens immoveis, sejam communs ou proprias, sem consentimento de um ao outro (Codigo Civil, arts. 235, I, e 242, II), ou supprimento do juiz. No caso em que a mulher assume a administração e direcção do casal, por se achar o marido em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de dois annos ou interdicto, cabe-lhe hypothecar os immoveis de sua propriedade, independentemente de autorização ou supprimento; e os

(3) AZEVEDO MARQUES, *Hypotheca*, ns. 11 a 15; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 35. Veja-se o meu *Codigo Civil comentado*, vol. III, ao art. 756, onde se trata desta matéria. J. VILLASBÔAS, *Hypotheca naval* apoia o ponto de vista aqui adoptado (Cap. XVI). A pratica de autorizarem os juizes a hypotheca dos tutelados ou curatelados, afigurava-se-me sem base legal.

immovéis communs ou do marido, mediante autorização especial do juiz (Cod. Civil., art. 251).

II. *Só as coisas, que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, antichrese ou hypotheca*, preceitua a lei. Não podem, portanto, ser dados em garantia real os bens publicos, os immovéis dotaes, os submettidos á clausula de inalienabilidade, os penhorados, ou que se acham na imminencia de penhora, já iniciada a execução.

As coisas alheias, é de pura evidencia, não podem ser objecto de hypotheca. Discute-se, porem, se a superveniencia do dominio, revalida a garantia real. As opiniões dividem-se. Uns attendendo á nullidade substancial do acto não admittem a revalidação. O que é nullo de pleno direito não pode convalescer. Outros se inclinam pela revalidação, quando o acto é praticado de bôa fé. O nosso Código Civil seguiu uma orientação intermedia. No paragrapho unico do art. 756, estatue: *O dominio superveniente revalida, desde a inscripção, as garantias reaes estabelecidas por quem possuia a coisa a titulo de proprietario.* E' condição essencial para a revalidação ter o constituinte da garantia posse a titulo de dono, porque, a apparencia de propriedade justifica a supposição da sua realidade. A transcripção no registro de immovéis é modo de adquirir e meio de publicidade para as mutações de dominio e para os casos indicados no art. 532, n. I, do Código Civil (4). Quando o registro de immovéis declara que tal predio pertence a alguem, esta affirmação vale, emquanto o registro não fôr annullado por meio legal. Pode acontecer que o immovel mencionado no registro não pertença real-

(4) Código Civil, art. 532 — Serão tambem transcriptos: I — Os julgados, pelos quaes, nas acções divisorias, se puzer termo à indivisão. II — As sentenças, que, nos inventarios e partilhas, adjudicarem bens de raiz em pagamento das dividas da herança. III — As arrematações e as adjudicações em hasta publica. Os actos referidos nos numeros II e III não transferem o dominio, senão da data em que se transcreverem.

mente a quem ahí é dado como dono. O registro poderá ser annullado. Mas, antes de surgir a questão referente á verdade do registro, foi constituida hypotheca sobre immovel. Se, posteriormente, mas antes de ser annullado o registro, o possuidor a titulo de proprietario adquire o dominio, revalida-se a garantia real. Outras hypotheses podem ser imaginadas.

A revalidação alcança a hypotheca, precisamente, na data da sua inscripção e o penhor na de sua transcripção. As duvidas, que se levantavam a esse respeito, estão desfeitas (5).

§ 92

DOS DIREITOS SOBRE COISAS ALHEIAS EM CONDOMINIO (1)

I. A coisa commum a dois ou mais proprietarios pode ser dada em garantia real, nas seguintes condições: a) Na totalidade, se todos estiverem de accordo; b) Por qualquer dos condominos, individualmente, na parte que lhe couber, se a coisa fôr divisivel. E' o que estatue o Código Civil, art. 757.

(5) Vejam-se AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 38 e o meu *Código Civil commentado*, obs. 4 ao art. 576.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, II, § 219, III; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, II, § 167; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, n. 172; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, ps. 17 e segs.; A. D. GAMA, *Da hypotheca*, n. 191; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 115 e segs.; BARÃO DE LORÊTO, nos *Trabalhos da Camara*, II, ps. 144 e 145; TITO FULGENCIO, *Jurisprudencia hypothecaria*, ps. 253 e segs.; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, ns. 40 e 41; AUGUSTO VAZ, *Revista da Faculdade de Direito do Recife*, XX, ps. 107 e segs.; AUBRY et RAU, *Cours*, II, 266; DIAS FERREIRA, *Código Civil portuguez*, ao art. 915.

Se a garantia real é dada por todos os condôminos, o caso é simples, não oferece particularidade; porque os consortes formam unidade e a situação se equipara á do devedor singular.

Se algum dos condôminos dá em garantia real a sua parte, ainda indeterminada corporalmente, a garantia não terá efficacia se a coisa não fôr divisivel, porque, então, o condômino não terá nella uma parte corporea; tel-a-á, sim, no valor; porquanto, se a coisa é indivisivel, ou será adjudicada a um dos consortes, que indemnizará os outros, ou será vendida e partilhado o preço (Codigo Civil, art. 632). Somente o condômino, que ficar com a coisa, por accordo com os outros, ou por compra, terá a propriedade da coisa, os outros receberão o valor do seu quinhão. Se a garantia real tiver sido dada por aquelle para cujo patrimonio entrar a coisa, integralmente, com ella entrará o onus da garantia real. Os outros condôminos são estranhos ao vinculo real. Se, porem, outro fôr o consorte que der a garantia, esta será nulla por falta de objecto.

Quando a coisa é divisivel, considera-se que o quinhão de cada condômino já lhe pertencia, ao tempo da communhão, porque a partilha é meramente declarativa e não attributiva dos direitos dos compartes; consequentemente a garantia real incide sobre uma parte physica da coisa partilhada.

II. Se o valor da obrigação garantida excede ao valor do quinhão do consorte, fica elle responsavel pelo restante, porem como chirographario. Mas, se, durante o estado de communhão, o devedor adquirir outra parte no condôminio, a esta parte se estenderá a garantia real? Não, porque o vinculo real foi estabelecido sobre a parte pertencente ao devedor e não sobre a que elle, posteriormente, adquiriu, de outro condômino. Esta ultima parte não é accessoria da primeira, nem o caso é de revalidação,

porque o consorte não deu em garantia a parte que veio a adquirir de outro, e sim, exclusivamente, a sua.

Esta solução applica-se tanto áquelle que, durante o condominio, adquiriu uma ou differentes partes de outros consortes, quanto ao que obteve a coisa commum, inteiramente, por alguns dos meios legaes (Cod. Civil, artigo 532). Se o quinhão correspondente á parte ideal não cobrir o valor da obrigação, o resto do credito é puramente pessoal, coma acima ficou dito.

III. Esta materia da garantia real dada por algum dos condminos do immovel tem sido fonte de longos debates.

Estabelecido o principio da especialização para as hypothecas sobre immoveis, e como esta não podia applicar-se a uma parte indeterminada do immovel, manifestou-se a opinião de que o condmino não podia, individualmente dar, em garantia real, aquillo que lhe viesse a caber na divisão do bem. DIAS FERREIRA, em Portugal, chegara a essa conclusão: “Desde que, observou, a parte do proprietario não era susceptivel de ser determinada, isto é, de ser especializada, era impossivel o registro e não podia constituir-se a hypotheca (2).

O Projecto primitico do Codigo Civil, a cujo autor se haviam apresentado essas mesmas considerações e as difficuldades manifestadas em vários pleitos, estabeleceu a regra seguinte: Art. 855 — O bem commum a diversas consenhores somente pode ser dado em garantia real, mediante o consentimento de todos.

Nada mais logico em face dos principios do que essa solução. Consideraram-na, porem, muito radical. A Comissão revisora do Governo preferiu manter o art. 4.º, § 8.º, do decreto n. 169-A, de 19 de Janeiro de 1890, que estatue: “O immovel commum a diversos propieta-

(2) *Código Civil portuguez*, II, ao art. 915.

rios não pode hypothecar-se na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode hypothecar, individualmente, a parte, que nelle tiver, se fôr divisivel, e só a respeito dessa parte vigorará a indivisibilidade da hypotheca. Não é admissivel no registro uma hypotheca de immovel possuido em commum, sem o consentimento dos co-proprietarios, ou divisibilidade manifesta”.

Na discussão perante a Commissão especial da Camara dos Deputados, appareceram diversas soluções, tentando conciliar as divergencias.

A difficuldade da materia procede da indivisibilidade da hypotheca e da especialização do bem hypothecando. Não sendo a coisa divisivel, o condomino, em verdade, não terá nelle uma parte real, quando se der a partilha. Não sendo possivel especializar um quinhão indeterminado, a garantia real, tendo por objecto coisa meramente possivel, a solução logica é a que propuzera o Projecto primitivo. Foram, portanto, razões de ordem economica e não de ordem juridica as que actuaram para a tentativa de conciliação constante do art. 757 do Codigo Civil, para a qual, aliás, concorreu o autor deste livro. Mas, na redacção final do Projecto da Camra houve uma alteração, que não corresponde á emenda proposta e acceita. Dizia a emenda, na parte controvertida: — “mas cada co-proprietario pode hypothecar, individualmente, a parte, que tiver no immovel commum, *se este fôr manifestamente divisivel* e só a respeito dessa parte *subsistirá a hypotheca*.”

O art. 757 do Codigo não conservou o adverbio *manifestamente*, que aliás é indispensavel. Sem elle, a base em que, materialmente, irá assentar a hypotheca, é inconsistente, possivelmente inapprehensivel.

IV. Quando o immovel pertencer a uma pessoa juridica, embora se trate de uma união de pessoas, a propriedade é individual, não é commum. Se essa união de pessoas constituir uma sociedade não registrada, haverá

communhão: — *coisa commum a dois ou mais proprietarios*. É o caso previsto no art. 757, *initio*.

V. Vejamos como algumas legislações resolveram esse caso embaraçoso da garantia real, tendo por objecto uma parte em coisa indivisa.

O art. 915 do Código Civil portuguez em nada difere do art. 757 do nosso. Dispõe assim: "O predio commum de diversos proprietarios não pode ser hypothecado na sua totalidade, sem consentimento de todos; mas, se fôr divisivel, cada um pode hypothecar, separadamente, a parte que nelle tiver, e só a respeito dessa parte vigora a indivisibilidade da *hypotheca*".

O Código Civil italiano, no titulo de condominio (comunione), apresenta o art. 679, que, *in fine*, depois de ter assegurado aos condminos a liberdade de alienar, declara: "Mas o effeito da alienação ou da *hypotheca* se limita á porção que vier a caber ao partícipe na divisão". O Código Civil venezuelano, art. 755, *in fine*, traslada esse preceito.

Na essencia, a idéa é a mesma, expressa por outra forma, pelo Código Civil hespanhol, art. 399.

A solução do chileno, art. 2.417 toma outra forma, determinando: "O communheiro pode, antes da divisão da coisa commum, hypothecar a sua quota; verificada, porém, a divisão, a *hypotheca* recahirá, somente sobre os bens, que, em consequencia da dita quota, lhe adjudiquem, sendo elles hypothecaveis. Se o não forem, caducará a *hypotheca*". É, então, a garantia real dada pelo condmino, claramente, condicional.

Aliás, em nosso direito, a *hypotheca* se esvae, se a parte do condmino na coisa hypothecada, por ser indivisivel, fôr convertida em dinheiro ou equivalente. O Código uruguayo, art. 2. 330, é identico ao chileno. Ambos accrescentam, á parte acima transcripta, um segundo membro do dispositivo, dizendo que poderá subsistir a

hypotheca (do condômino) sobre os bens adjudicados aos outros partícipes, se estes consentirem, e assim constar de escriptura publica averbada á margem da inscripção hypothecaria.

O Codigo Civil allemão, art. 1.114, admite a hypotheca da fracção de um condôminio. Não, porem, a fracção de um immovel de propriedade individual. Tambem a fracção de comproprietario de coisa movel pode ser dada em penhor.

Observam commentadores que um immovel herdado, conjunctamente, por diversos herdeiros, assim como o pertencente a uma sociedade civil, ou a uma communhão conjugal está nas condições do que é objecto de propriedade individual: somente no todo pode ser dado em hypotheca. A propriedade, nesses casos, é collectiva e não indivisa (3).

Distinguindo entre compropriedade e communhão, o Codigo Civil suizo, dispõe, art. 800; a) Cada um dos proprietarios de um immovel pode gravar a sua parte com um direito pignoratício; b) No caso de propriedade commun, o immovel não pode ser gravado por garantia real, senão na totalidade e no nome de todos os communistas.

Ha compropriedade, explicam ROSSEL et MENTHA (4), quando os diversos titulares do direito não se acham unidos entre si, a não ser pelo simples facto de serem proprietarios da mesma coisa. E' a *Miteigenthum* germanica. Pode ser legal, como nos casos de cerca de immoveis, ou convencional, como no caso de dependencias servindo a diversos immoveis, pertencentes, individualmente, aos proprietarios dos predios interessados; no caso de compra

(3) *Code Civil allemand*, publié par la Comm. de droit étranger, II, ao art. 1.114.

(4) *Droit civil suisse*, II, tit. XVIII, C (ps. 21 e 22).

de uma coisa por diversos, se não ha entre elles intenção de attingir a um fim commum, e em outros semelhantes.

Ha *propriedade commum* ou *de mão commum* (*Gesamteigenthum*) informam os mesmos autores, quando os proprietarios se acham unidos por um laço juridico pessoal, em virtude do qual são proprietarios conjunctos da mesma coisa. A communhão entre cônjuges, estabelecida por convenção, podendo prolongar-se alem da morte de um deles, entre o sobrevivente e os filhos communs; as divisões contractuaes entre parentes; a communhão hereditaria entre co-heredeiros (5).

Essa construcção é especial ao direito germanico. Entre nós, a compropriedade ou condominio conceitua-se differentemente. Mantivemos as idéas romanas a este respeito, como foi exposto no primeiro volume desta obra, § 52.

Com o Codigo Civil argentino, arts. 3.123 e 3.124, voltamos ás idéas romanas. Cada um dos condminos pode hypothecar sua parte indivisa no immovel, ou *uma parte materialmente determinada*, porem os effeitos da hypotheca ficam subordinados ao resultado da partilha ou licitação entre os condminos.

VI. O decreto n. 15.788, de 8 de Novembro de 1922, art. 16, determina: "O navio pertencente a dois ou mais proprietarios só poderá ser hypothecado com o consentimento de todos os condminos e deve ser considerado indivisivel". Não é permittido hypotheca de uma parte da embarcação commum por qualquer dos condminos, porque ella é indivisivel materialmente, como bem observou WALDEMAR FERREIRA.

"Em face de texto legal tão claro, a hypotheca de navio pertencente a varias pessoas, diz o primeiro, só é

(5) *Op. cit.*, ps. 27 e 29.

possivel com o consentimento de todas ellas, e nenhuma dellas poderá hypothecar sua parte no navio por força de sua indivisibilidade". "Indivisivel o navio, affirma o segundo, só pode ser hypothecado no seu todo e com o consentimento expresso de todos os seus proprietarios" (6).

VII. Pela mesma razão, a aeronave pertencente "a dois ou mais proprietarios, não poderá ser hypothecada, sem o consentimento expresso de todos os condminos, como estatue o art. 144 do Codigo do ar. Aliás, esse principio, posto em relevo para a hypotheca de embarcação, não é estranho á hypotheca do immovel. Se este fôr indivisivel, não é possivel a hypotheca da parte do condmino (Cod. Civil, art. 757, 2.^a parte. A embarcação e a aeronave são indivisiveis; por isso o condmino não pode hypothecar a sua parte em taes bens.

§ 93

DA INDIVISIBILIDADE DA GARANTIA REAL (1)

I. Consiste a indivisibilidade da garantia real em que o vinculo por ella estabelecido: a) Adhere inteiro ao bem dado em garantia e a cada uma de suas partes; b) Não se fracciona, não se adquire nem se perde por partes.

(6) VILLASBÔAS, *Hypotheca naval*, ns. 182 a 185, onde se lê o trecho acima citado do professor WALDEMAR FERREIRA e outro de OCTAVIO MENDES, no mesmo sentido.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, II, § 176; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, II, § 130; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 287-290; OURO PRETO, *Credito movel*, ns. 22 e 212; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, ns. 42 e 43; HUC, *Commentaire*, XII, n. 399;

Contestam alguns autores este predicado da garantia real, como, entre nós AFFONSO FRAGA. O que poderiam dizer é que a indivisibilidade não é attributo natural da referida garantia. E' attributo que a lei lhe dá, no intuito pratico de facilitar a sua efficacia em proveito do credor e, reflexamente, das relações economicas de credito. Aliás, certos autores francezes, por influencia do Codigo de seu paiz, consideram a indivisibilidade attributo natural da hypotheca, fundados na formula celebre de DUMOULIN, — *est tota in toto et in qualibet parte*, fonte do art. 2.114 do Codigo Civil francez.

A nossa lei n. 1.237, de 14 de Setembro de 1864, art. 10, seguiu, aliás, com a devida cautela, a orientação do direito francez, estatuinto: *A hypotheca é indivisivel, grava o immovel ou immoveis respectivos, integralmente e em cada uma de suas partes, qualquer que seja a pessoa em cujo poder se acharem*. O decreto n. 169-A, de 19 de Janeiro de 1890, art. 10, reproduz, sem a mais leve alteração, esse dispositivo da lei de 1864. O Codigo Civil, nos arts. 757 e 758 manteve o mesmo principio, ainda que o expresse por modo differente. O primeiro desses artigos affirma o principio da indivisibilidade, o segundo, completado com o art. 755, nos rá a substancia desse principio: *a coisa dada em garantia fica sujeita a um vinculo real (755)*, isto é, ainda que passe a outro dono, permanece vinculada ao pagamento da divida; e, enquanto esta não fôr paga integralmente, subsiste o vinculo. Não diz, porem, o direito patrio que a indivisibilidade é da natureza da hypotheca.

GUILLOUARD, *Des privilèges et hypothèques*, I, n. 148, ns. 636-641, III, 1.532-1.535; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, I, ns. 325 e 330-335; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 2.653-2.655; PLANIOL-RIPERT et BECQUÉ, *Droit civil français*, XII, ns. 339-343; AUBRY et RAU, *Cours*, III, § 284, 3.º; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 3.ª parte, *I diritti reali di garanzia*, ns. 472 e 473; WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 226 a; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, I, § 213.

No direito italiano, cujo Codigo Civil não reproduz o art. 2.114 do francez, a hypotheca é reconhecida como indivisivel, mas não por natureza. Aliás essa é a verdadeira doutrina de DUMOULIN, Preceitua o Codigo Civil italiano, art. 1.964, 2.^a parte: *Essa (l'ipoteca) è indivisible, e susiste per intero sopra tuti e beni vincolati, sopra ciaseune de essi e sopra ogni loro parti.*

O portuguez, porem, no seu art. 893, considera a a indivisibilidade da propria natureza da hypothela e não criação da lei.

Os Codigos Civis do Uruguay, arts. 2.317 e 2.336; do Chile, arts. 2.405 e 2.408; da Argentina, art. 3.112; da Venezuela, arts. 1.927 e 1.950, declaram a garantia real indivisivel, mas não dizem que seja da essencia dessa garantia o referido predicado.

O Codigo Civil allemão e o suiso não se referem á indivisibilidade das garantias reaes.

Em nosso direito, esse attributo é preceito expresso de lei. E as objecções, que lhe oppõe o illustre AFFONSO FRAGA, não proedem: A garantia real divide-se desde que a obrigação que ella garante é divisivel. Com o fallecimento do credor, como pelo do devedor, divide-se a responsabilidade pelo debito entre os herdeiros do devedor e, pela morte do credor, divide-se entre os herdeiros deste. Evidentemente, não colhe a objecção, porque não se diz que a divida se torna indivisivel, por estar submettida a garantia real. *O pagamento de uma ou mais prestações da divida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta comprehenda varios bens.* O que é indivisivel é o vinculo da garantia real. Assim, ainda que os herdeiros, depois da partilha, respondem somente pelas dividas da herança na proporção das partes, que lhes couberem (Cod. Civil, art. 1.796), subsiste o vinculo real emquanto a divida não fôr integralmente paga. A mesma coisa se dirá, *mutatis mutandis*, quando o credito se dividir entre herdeiros do credor: o bem continua vinculado, inte-

gralmente, á solução de cada uma das fracções, em que se repartir o credito garantido.

Continua o douto civilista: “nada obsta que “sofram a divisão no acto mesmo de serem constituídas (os direitos reaes de garantia), ou em ulterior ratificação, quando as partes, livremente, pactuem que, paga a metade do credito, se reputará extinto o vinculo em relação á metade da coisa onerada” (pag. 97). Este argumento não vale contra a indivisibilidade da garantia, pois que, não sendo ella da essencia da garantia real e sim creada por lei, é deixada ás partes a liberdade de convencionarem a renuncia desse predicado, como, em seguida se dirá, analysando o conteudo da indivisibilidade.

II. 1.º A indivisibilidade importa na submissão do bem, integralmente, e, em rada uma de suas partes, ao pagamento da divida assegurada por garantia real.

Desta proposição resulta:

a) Que, se o devedor pagar uma parte da divida, o bem dado em garantia continua, integralmente, garantindo o pagamento do resto. A redução do débito não importa alteração na garantia, salvo estipulação em contrario (Cod. Civil, art. 758).

b) Se o credor morre, e o credito garantido é attribuido, na partilha, a mais de um herdeiro, a garantia real não se divide; permanece integra, assegurando o pagamento a cada um dos herdeiros.

2.º A garantia real não se adquire nem se perde por partes. Consequentemente, se alguém adquire parte do bem hypothecado, sobre essa parte recae a garantia, inteiramente, continuando integra sobre a outra parte, que o dono da coisa reteve consigo. Essa alienação em nada modificou a garantia, que não foi perdida em relação á parte alienada do bem, como não seria adquirida, parcialmente, por quem obtivesse uma fracção do credito. O vinculo é indivisivel, ainda que se divida a coisa ou a obrigação.

III. Não sendo a indivisibilidade da essência da garantia real, pode o credor (em benefício de quem a lei a estabelece) renuncial-a, seja no acto constitutivo da garantia, seja em acto posterior, celebrado com a mesma solemnidade exigida para a constituição da garantia. Esse direito é reconhecido, expressamente, pelo Código Civil, art. 758, *in fine*. Depois de preceituar que o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, acrescenta: *salvo disposição expressa no titulo ou na quitação*. Vale dizer que o credor pode declarar, no titulo, ou na quitação, que, paga uma prestação, a garantia diminua, proporcionalmente, já não abrange o bem dado em garantia em sua totalidade; a garantia está dividida de accordo com as prestações. E nada obsta a que o credor, solicitado pelo devedor, lhe permita alienar uma parte da coisa, sem que o vinculo real acompanhe essa porção alienada.

§ 94

COMO OPERAM O PENHOR, A HYPOTHECA E A ANTICHRESE NA EFFECTUAÇÃO DA GARANTIA

I. O penhor e a hypotheca asseguram ao credor, pignoratício ou hypothecario, o direito de executar a coisa empenhada ou hypothecada, para ser pago pelo producto da venda judicial do bem dado em garantia, com exclusão dos outros credores. Havendo mais de uma hypotheca sobre o mesmo immovel observa-se a prioridade na inscrição (Cod. Civil, art. 759).

As custas judiciaes nas execuções hypothecarias, as despesas de conservação feitas por terceiro, mediante ac-

cordo dos interessados, os impostos e taxas devidas á Fazenda Publica, e as *debentures* anteriores á inscripção da *hypotheca*, segundo já ficou exposto no paragrapho 90, III, acima, preferem ao credito *hypothecario*, e *mutatis mutandis*, ao *pignoraticio*.

Como tambem, no mesmo paragrapho, se fez notar, a lei n. 3.724, de 15 de Janeiro de 1919, art. 25, estendera o privilegio excepcional, concedido ao trabalhador agricola ás indemnizações por accidente no trabalho, mas o decreto n. 24.637, de 10 de Julho de 1934, classificou essa preferencia entre os privilegios geraes, que cedem o passo ás garantias reaes.

A *antichrese* assegura ao credor *antichretico* o direito de reter a coisa dada em garantia, enquanto a divida não fôr paga. Extingue-se, porem, decorridos trinta annos, contados do dia da transcripção (Cod. Civil, artigo 760).

II. Differem os tres direitos reaes de garantia em que a *hypotheca* e o penhor dão direito á execução do bem *hypothecado* ou empenhado, direito que não confere a *antichrese*. Tem esta o poder de retenção, que não é dado á *hypotheca*. O penhor confere, igualmente, a posse do objecto empenhado, mas não lhe percebe os fructos o credor *pignoraticio*, ao passo que, para o *antichretico*, é com a percepção dos fructos, que se vae pagando. Accentuar-se-ão essas differenças com a analyse, em seguida, desses direitos reaes, que, alem das normas communs a todos, têm regras, que lhes são proprias.

As semelhanças procedem de serem direitos, que asseguram o cumprimento de obrigações e, por isso mesmo, serem accessorios, isto é, não se conceberem senão como ligados ás obrigações, cuja execução garantem, ás quaes imprimem, aliás, character real, numa substanciação, em que o accessorio predomina.

§ 95

REQUISITOS PARA A VALIDADE DAS GARANTIAS REAES

Os requisitos exigidos para a validade das garantias reaes são, segundo o art. 761 do Código Civil:

Declaração do total da dívida ou sua estimação;

Do prazo fixado para o pagamento;

Da taxa de juros, se houver;

Da coisa dada em garantia, com as suas especificações.

Declara a lei que, sem essas declarações, os contractos de penhor, antichrese e hypotheca deixarão de valer contra terceiros. Importa dizer: não podem constituir direitos reaes de garantia; são meras convenções entre as partes. Está expresso em lei; mas ainda que assim não fosse expressamente declarado, seria consequencia forçosa, não somente da noção de direito real, que prevalece contra todos, como dos principios juridicos referentes á especie. E' de tal evidencia a consequencia que não posso perceber a objecção que lhe oppõe o egregio AFFONSO FRAGA (1). A lei diz: sem taes declarações os contractos não valem contra terceiros; os direitos reaes valem contra terceiros; portanto, sem as declarações exigidas os referidos contractos são simples obrigações entre as partes; não se transformam em direitos reaes.

Diz o eminente civilista: "No penhor e antichrese, sejam ou não celebrados com a inserção das declarações legais, ao credor assiste o direito de reter os bens em seu poder, direito que pode exercer *erga omnes*, o que, por si só,

(1) *Direitos reaes de garantia*, n. 47.

já manifesta a natureza de um verdadeiro direito real". Mas, precisamente, a lei determina o contrario: *sob pena de não valerem contra terceiros*, isto é, de não se poderem exercer contra terceiros.

Supponha-se que faltem no contracto todas as declarações exigidas por lei. Qual é o objecto da garantia? Em que tempo o credor exigirá, pelos meios legaes, o cumprimento da obrigação, que se pretende garantida, embora não declarada, precisamente, nem estimada? O bem, a que sere fe refere o contracto, foi mencionado, sem as especificações necessarias para caracterizal-o; consta do contracto de penhor, que foi empenhada uma joia, e no contracto de hypotheca se menciona um predio. Não é possível, sobre essa indeterminação, fundar um direito real.

Figurou-se a ausencia de todas as declarações, que a lei exige. Mas a carencia de uma só basta, para que o contracto não possa valer contra terceiro, não possa ser fundamento de um direito real de garantia.

§ 96

DO VENCIMENTO ANTECIPADO DA DIVIDA ASSEGURADA POR GARANTIA REAL (1)

I. O cumprimento das obrigações, em geral, pode ser exigido antes de vencido o prazo estipulado no contracto ou estabelecido por lei, nos casos de concurso credito-

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 182, 222 e 223; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, II, §§ 192 e 193; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 43 e 45; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Direito commercial*, VII, ns. 376 a 388; AZEVEDO MARQUES, *Hypotheca*, ns. 29 e segs.; A. D. GAMA, *Da hypotheca*, ns. 147-150; BARÃO DE LORÊTO, *Tra-*

rio; de penhora, por outro credor, do bem dado em garantia real; e no de cessarem ou diminuirem as garantias do debito, fidejussorias ou reaes, sem que as reforce o devedor (Codigo Civil, art. 954).

Nas dividas garantidas por penhor, antichrese ou hypotheca applicam-se estas mesmas normas e outras, como em seguida se exporá, de accordo com o art. 762 do Codigo Civil.

II. Considera-se vencida a divida garantida por direito real:

1.º *Se, deteriorando-se ou depreciando-se a coisa dada em segurança, desfaltar a garantia e o devedor, intimado, a não reforçar.*

A deterioração e a depreciação da coisa dada em garantia a tornam impropria ao fim para o qual foi estabelecida. Deixa de assegurar o cumprimento da obrigação. E' claro, e está expresso na lei, que a depreciação económica, assim como a deterioração physica, somente autorizam a antecipação do vencimento da divida, se, de qualquer desses factos, resultar que o valor da garantia não cobre o do debito.

Não attende a lei á causa da deterioração. Opinam alguns que a diminuição do valor da garantia somente autoriza o vencimento antecipado da divida, quando resulte de degradação material ou de mudança no estado physico da coisa; não basta diminuição devida a causas geraes, como crises economicas e outras, para dar motivo ao venci-

balhos da Camara, II, ps. 146 e segs.; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 13; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 386-392 e 3.349-3.352; HUC, *Commentaire*, VII, ns. 287-289, e XIII, ns. 224-226; GUILLOUARD, *Des privilèges et hypothèques*, III, ns. 1.551-1.587, 1.615-1.622; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, II, ns. 689-704; EDUARDO ESPINOLA, *Codigo do Processo Civil da Bahia*, arts. 590-597, e as respectivas notas.

mento antecipado da divida (2). A razão jurídica e o preceito legal não apoiam essa distincção.

A razão jurídica lhe recusa apoio, porque a garantia real é dada para assegurar o pagamento integral do divida; se ella soffre degradação material ou desvalorização economica, já não pode realizar a funcção, a que é destinada, e, por esse motivo, para evitar que a garantia de todo se desfaça, cabe ao credor a faculdade de obviar a esse desastre. A causa da insufficiencia da garantia não interessa ao credor. O que lhe interessa é o facto da insufficiencia. Ainda nos casos em que a diminuição do valor da garantia resulte de caso fortuito ou força maior, ao credor cabe fundar-se nesse facto, para exigir, antecipadamente, o pagamento do debito.

Se, porem, o valor da garantia era insufficiente ao tempo em que foi dada, já não pode a credor invocá-la, para pedir reforço de garantia ou pagamento da divida antes do prazo, porque acceitou, contractualmente, essa insufficiencia. Não quer essa proposição dizer que, no caso de garantia inferior á divida, ao tempo da sua constituição, não seja licito ao credor exigir reforço e, não sendo attendido, executar o credito. O que se affirma é que o credor não pode allegar a inferioridade das garantias, por elle aceita no acto do contracto.

Intimado o devedor para reforçar a garantia desfalcada, se attende, continua a vigorar o prazo conferido em seu favor. Se não quer ou não pode reintegrar a segurança real, a divida torna-se exigivel, desde o momento em que se verifica essa falta ou incapacidade economica do devedor.

(2) AUBRY et RAU, *Cours*, III, § 286, *in fine*, p. 711 da 5.^a edição; PLANIOL-RIPERT et BECQUÉ, *Droit civil français*, XII, n. 441; AFFONSO-FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 49.

A nossa lei não deixa duvida quanto á interpretação que lhe foi dada: qualquer que seja a causa da insufficiencia superveniente da garantia, se o devedor não a reforça, o credor tem o direito de cobar a divida antes do vencimento do prazo.

O Codigo Civil diz: *Se, deteriorando-se ou depreciando-se a coisa dada em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar* . . . Deterioração é a degradação physica; depreciação é a diminuição do valor. Não se allude á causa; por isso, ainda quando a insufficiencia da garantia resulta de força maior ou de caso fortuito, o credor pode pedir reforço e, não o obtendo, exigir a solução do debito. Mas se assim é, como suppor que a depreciação resultante de crise economica (como ensinam os autores francezes) não torna a divida vencida? Esses autores interpretam o Codigo Civil francez, artigo 2.131, que somente se refere é *degradação* que é deterioração, facto de ordem physica (3), não cogita da depreciação economica, independente de qualquer degradação physica. Neste ponto, consequentemente, a lição desses mestres não nos aproveita. Aliás, GUILLOUNARD (3) apresenta opinião differente, dilatando o alcance do art. 2.131 do Codigo Civil francez, para abranger os casos de depreciação de ordem economica, sem deterioração.

As differentes legislações não regulam este caso de modo identico.

O Codigo Civil italiano,, art. 1.951 e 1.980, somente se refere á deterioração, que torne insufficiente a garantia. E' o ponto de vista do Codigo Civil francez, que tambem foi adoptado pelo venezuelano, art. 1.964.

(3) AUBRY et RAU, *Cours*, III, § 286, 4.º; BAUDRY-LACANTINÉRIE et LOYNES, *Droit civil*, II, n. 1.392; HUC, *Commentaire*, XIII, n. 225.

(3-a) *Traité des privilèges et hypothèques*, III, n. 1.618.

O Código Civil portuguez apresenta outro modo de ver. Refere-se á insufficiencia da garantia por *qualquer motivo*. Preceitua o art. 901: "Quando, por qualquer motivo, a hypotheca se tornar insufficiente para segurança da obrigação contrahida, o credor tem o direito de exigir que o devedor a reforce; e não o fazendo este, pode o credor pedir inteiro pagamento da divida, como se estivera vencida". A causa da insufficiencia é posta de lado, porque, em verdade, não ha razão para ser considerada.

2.º *Se o devedor cahir em insolvencia ou fallencia.*

Insolvencia é o estado economico do devedor, em que o seu activo é inferior ao passivo, ou, por outros termos, em que as dividas excedem a importancia dos bens do devedor.

AZEVEDO MARQUES negou a existencia de insolvencia civil em nosso direito, apesar das referencias em grande numero (25 vezes contou EPITACIO PESSÔA), que o Código Civil faz a esse desequilibrio economico (4). O fundamento, em que se apoiou o douto jurista, foi a rejeição, pelo Poder Legislativo, da fallencia civil, proposta com regulamentação adequada pelo Projecto Primitivo e aceita pelo Revisto. Mas a razão é improcedente, porque, se não aceitou o Poder Legislativo toda a ritualidade desenvolvida por aquelles Projectos, aceitou muitas das normas por elles estabelecidas, neste particular, e manteve o concurso de credores, nos arts. 1.554 e seguintes do Código Civil, que o Código do Processo Civil regulou em seus artigos 1.017 a 1.030.

(4) As idéas que defendeu AZEVEDO MARQUES foram combatidas por EPITACIO PESSÔA, no 2.º Parecer da Comissão de Justiça e legislação do Senado, em 1917, ps. 46-51, e, depois, por FERREIRA COELHO, *Código Civil*, vol. VIII, n. 56 e MARTINS TEIXEIRA, *Concurso de credores*, 1939, ps. 20-24.

Aberto o concurso de credores, porque a execução demonstrou que os haveres do devedor eram insufficientes para o pagamento de suas dividas, consideram-se estas vencidas (Cod. Civil, art. 954). Eis o estado de insolvencia perfeitamente qualificado, que, embora sem a ritualidade adequada, se equipara, na sua essencia, ao estado de fallencia.

A fallencia, no direito patrio, é instituto do direito commercial, que se acha, actualmente, regulado pela lei n. 5.746, de 9 de Dezembro de 1929, como execução collectiva, visando "aproveitar quanto possivel os elementos do activo do devedor, para o pagamento proporcional dos credores, mantendo entre estes a devida egualdade" (5), attendidas, entretanto, as preferencias, que a lei estabelece. Reunem-se os credores, arrecandam-se os bens do devedor, e liquidam-se os valores apurados entre os credores, respeitado o merito dos creditos.

Sendo a fallencia uma execução geral, todas as dividas commerciaes e civis do fallido consideram-se vencidas; todavia, ha que fazer restricções a esta regra. Assim é que, como expõe o egregio commercialista J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *não se consideram sujeitas a ella as obrigações que procedem de contractos bilateraes a prazo, as sujeitas a condição suspensiva, as letras hypothecarias emittidas pelas sociedades de credito real, as obrigações solidarias a prazo relativamente a terceiros coobrigados com o fallido, as fianças prestadas ao fallido, por dividas commerciaes ou civis ainda não vencidas* (6).

3.º *Se as prestações não forem, pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento.*

(5) J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial*, VII, n. 11.

(6) *Tratado de direito commercial*, VII, ns. 281 a 286.

Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renuncia do credor ao direito de execução immediata.

Não pagando cada prestação no tempo devido, o devedor incorre em falta, infringe o contracto, que fôra celebrado com a concessão ao devedor, de pagamento em frações, mas constituindo cada uma dellas uma divida garantida pelo bem vinculado ao credito integral. Dessa infracção do contracto pelo devedor, resulta o desapparecimento do prazo concedido, sob condição da pontualidade no pagamento das prestações.

Discutem os autores se a impontualidade no pagamento dos juros importa, igualmente, na antecipação do vencimento da divida (7). Em principio, não é licito estender aos juros o que a lei estatue a respeito das prestações, desde que ella os não mencionou. Mas as partes poderão estabelecer clausula a respeito declarando que o não pagamento dos juros importará antecipação do vencimento da divida, ou incluir nas parcellas das prestações e montante dos juros correspondentes.

Como a antecipação de vencimento da divida é estabelecida em favor do credor, este pode renunciar esse direito expressamente na escriptura, ou, tacitamente, recebendo a prestação atrasada. Neste ultimo caso, a renuncia somente se refere á prestação recebida com atrazo; pode o credor usar do direito de exigir o pagamento immediato, se, posteriormente, occorrer outra falta de pagamento, no prazo determinado.

4.º *Se perecer o objecto em garantia.*

O pericimento do objecto extingue, necessariamente, a garantia, que sobre o mesmo recáe. E' esse um caso parti-

(7) V. AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, ps. 110 e 111.

cular da regra geral, segundo a qual — *perece o direito, perecendo o objecto* (Cod. Civil, art. 77), por lhe faltar, então, um dos seus elementos essenciaes.

Dado o perecimento ou deterioração do objecto dado em garantia, se estiver seguro, se fôr desapropriado, ou se alguém tiver de responder pelo damno, a indemnização se subrogará na coisa destruida ou deteriorada, em beneficio do credor, como se fôra ella mesma, ou a parte desfalcada. Quando houver mais de um objecto dado em garantia, não se dará vencimento antecipado, quando o valor das que não soffreram perecimento, damno ou desapropriação, addicionado á indemnização, fôr sufficiente para cobrir o debito. E' o que, justa e racionalmente, estatue o § 2.º do art. 762 do Codigo Civil.

O segurador e a pessoa obrigada pelo damno, devem consignar, em favor do credor a somma necessaria ao pagamento da divida ou toda a importancia da indemnização se esta não cobrir a divida, ou apenas fôr equivalente á mesma.

Quando o preço da indemnização fôr applicado á reconstrucção do predio segurado, sobre este recahirá a hypotheca.

5.º *Se se desapropriar a coisa dada em garantia, depositando-se a parte do preço, que fôr necessaria para o pagamento integral do credor.*

Este caso é semelhante ao do numero anterior. Sobre a parte da indemnização depositada incide a garantia real; a divida considera-se vencida; o desapropriante não paga a indemnização, integralmente, ao dono da coisa, é, sim, obrigado a depositar a parte correspondente á divida garantida.

II. As regras, acima expostas, a respeito do vencimento antecipado, applicam-se, mais propriamente, á hy-

§ 98

DA CLAUSULA COMMISSORIA (1)

I. Consiste a clausula commissoria na estipulação de que o credor ficará com a coisa dada em garantia real, se a divida não fôr paga no vencimento. Prohibe-a o nosso Codigo Civil, art. 765, como a prohibiam o direito anterior (2) e o direito romano (3). Essa clausula é nulla; mas não contamina o contracto.

A prohibição tanto se refere ao acto constitutivo da garantia, quanto á convenção posterior. Nem ha razão para distinguir os dois momentos, porque o fundamento da nullidade da clausula commissoria é de ordem moral: a protecção do fraco em face da exploração gananciosa do argentario, que usa desse meio para extorquir do devedor, por preço irrisorio, o bem que este lhe dá em garantia do pagamento. O imperador Constantino reagiu contra a *aspereza* crescente dessa manobra ardilosa, e fulminou-a com a nullidade.

II. As legislações modernas seguiram-lhe a traça. O Codigo Civil francez, art. 2.078, 2.º parte, estatue: "E' nulla toda clausula que autorize o credor a se apropriar do penhor ou delle dispor sem as formalidades (prescri-

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 163; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 113; OURO PRETO, *Credito movel*, ns. 24 a 28; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 54; BARÃO DE LORÊTO, nos *Trabalhos da Camara*, II, ps. 151 e 152; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 631; HUC, *Commentaire*, XII, ns. 382-383 e 417; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 2.456-2.460.

(2) Ord., 4, 56, pr. e § 1.º; dec. n. 370, de 2 de Maio de 1890, art. 377, § 2.º; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*, art. 681; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 765.

(3) Cod., 8, 28, leis 4, 7 e 14, *initio*; 8, 35, lei 3.

ptas no primeiro membro do artigo). Dispositivo semelhante relativo á antichrese, art. 2.088.

O italiano, arts. 1.884 e 1.894, reproduz o estabelecido pelo francez. O suisso, art. 816, segunda parte, com referencia á garantia immovel, dispõe: "E' nulla toda clausula que autorize o credor a se apropriar do immovel, na falta de pagamento". A hespanhol, art. 1.859: "O credor não pode apropriar-se das coisas dadas em penhor ou hypotheca, nem dispor dellas". Não se refere á antichrese, porque, devendo o credor, por esse direito, pagar-se com a percepção dos fructos, mal se ajusta á antichrese o pacto commissorio. São os seguintes os dispositivos do Codigo Civil portuguez. Quanto ao penhor, o art. 864, autoriza o credor a ficar com o objecto mediante avaliação, que não seja feita por elle.

O nosso direito (Cod. Civil, art. 774, III) admite a venda amigavel do penhor, se expressamente estipulada no contracto, ou se o devedor nella consentir, mediante procuração especial, passada ao credor. Parece-me preferivel esta provisão á do Codigo Civil portuguez, por ser mais facil intervir o credor na avaliação do que na venda amigavel; e, consequentemente, menos assegurados se acham os interesses do devedor no direito portuguez.

Com referencia á hypotheca, o Codigo Civil portuguez, art. 903, depois de exigir a execução da hypotheca, em todos casos, "seja qual fôr o valor do predio e o da divida hypothecada, accrescenta: "salvo se o credor consentir em outra coisa".

O Codigo Civil argentino, arts. 322 e 323, condemna a clausula commissoria, mas permite que o devedor combine com o credor que a coisa empenhada pertença ao segundo pela avaliação, que da mesma se tiver feito no tempo do vencimento da divida. O do Uruguay, 2.338, declarava nulla toda clausula que autorize o credor a apropriar-se da coisa hypothecada, ou a dispor della privadamente; assim como a que prive o credor da faculdade de

pedir a venda da coisa, ainda quando o credito seja líquido e exigível. O Codigo Civil do Chile admitte que seja o objecto do penhor avaliado por peritos e adjudicado ao credor até á concorrência do credito, sem prejuízo do direito de prosseguir o mesmo, por outros meios, na solução da obrigação original. É-lhe vedado o direito de dispor do penhor ou delle se apropriar, senão pelos meios, que a lei offerece (art. 2.397). O credor hypothecario não se faz dono do immovel por falta de pagamento e a sua preferéncia sobre os outros credores será determinada pelo contracto hypothecario (art. 2.441). O Codigo Civil peruano dispõe, com louvavel simplicidade: “Ainda que a divida não seja paga, o credor não pode apropriar-se do penhor pela quantidade do credito, e é nullo o pacto celebrado contra esta disposição” (art. 1002). E quanto á hypotheca: “Ainda que não se cumpra a obrigação, o credor não adquire a propriedade do immovel pelo valor da hypotheca e é nullo o pacto que se celebrar contra esta prohibição (art. 1.024).

O Codigo Civil allemão, art. 1.149, não permite que, antes de vencido o credito (solange nicht die Forderung ihm gegenueber faellig geworden ist) o proprietario possa, afim de satisfazer o chedor, conceder-lhe o direito de exigir a transferencia da propriedade do immovel ou de effectuar-lhe a alienação, a não ser por via de execução. E, no art. 1.229, fulmina de nullidade a convenção, segundo a qual o credor pignoratício se aproprie do penhor ou este lhe seja cedido, se a divida não for paga no devido tempo (4).

Como se vê, o pacto commissório é, geralmente condemnado.

(4) Vejam-se mais os seguintes Codigos Civis: suiso, art. 816, 2.^a parte, austriaco, 1.371, venezuelano, 1.921 e 1.922, japonez, 349.

§ 99

INADMISSIBILIDADE DA REMISSÃO PARCIAL DO PENHOR
E DA HYPOTHECA

I. O direito real de hypotheca, ou penhor, pois que recáe sobre o bem no seu todo e em cada uma de suas partes, não pode ser remido, parciaimente, isto é, libertado do vinculo real, que subsiste enquanto a divida não é paga. A remissão ha de ser integral. O herdeiro ou successor do devedor responde, somente, por sua parte, mas o bem dado em garantia responde pela totalidade da divida; de modo que, se um dentre elles pagar o debito por inteiro fica subrogado nos direitos do credor (Codigo Civil, art. 766), assegurando-lhe a lei todas as vantagens decorrentes do crédito real, para exigir o pagamento da quota de cada um dos sucessores na divida, ou coobrigados por ella, inclusive o direito de execução do penhor ou da hypotheca.

A remissão, de que se tratará mais detidamente, em logar proprio, é a libertação do bem gravado pelo pagamento da divida ao credor. O proprio devedor pode remir o penhor, antes do prazo estabelecido para a solução do debito. Na phase da execução, podem remir o penhor a mulher, os ascendentes ou os descendentes, antes de ser assignada a carta de arrematação. Essas mesmas pessoas podem remir a hypotheca em execução, até ao momento acima indicado: á assignatura da carta de arrematação. O adquirente do predio hypothecado tambem pode remi-lo.

II. Não se refere o Codigo Civil á remissão da antichrese, porque o credor não executa o devedor antichretico, sob pena de perder a sua garantia, como a perderá se consentir que outro credor o execute, sem oppor o seu direito ao exequente, pois é, na phase da execução, que se

exerce o direito de remir. Pode, porem, o devedor pagar a divida antes do vencimento e assim libertar o seu predio. Assim procedendo, solve o debito, e, consequentemente redime o seu immovei. A remissão judiciaria, no decurso da execução é que pressuppõe o pagamento da divida por outrem, que não seja o devedor.

III. A palavra remissão é tambem tomada no sentido de perdão da divida por acto unilateral benefico do credor. Occorre esse emprego do termo no Direito das obrigações, designando um dos modos de extinguil-as. Ainda que, nos dois casos, haja a idéa de libertação, não ha identidade nos actos. No direito das coisas, remissão é libertação do bem gravado pelo pagamento da divida. No direito das obrigações é extincção da divida sem pagamento.

§ 100

DA APLICAÇÃO DO PRODUCTO DA EXECUÇÃO DO PENHOR E DA HYPOTHECA

Se o devedor não paga o que deve com garantia real, o credor executa a garantia, penhor ou hypotheca, e a execução demonstra se o valor da garantia apenas cobre a divida, é insufficiente ou excedente.

No primeiro caso, se, deduzidas as despesas judiciaes, o valor do bem cobre o da divida, sem deixar falta ou resto, o credor estará satisfeito, nada terá que reclamar e o devedor, inteiramente desobrigado.

Se o valor do bem empenhado ou hypothecado for insufficiente para solver a divida e as despesas judiciaes,

determina o Codigo Civil, art. 767, *continuará o devedor obrigado, pessoalmente, pelo restante*, porque a constituição da garantia real não exclue a pessoal. A garantia real retira da comum, determinados bens, destinados á solução da divida; mas, por esse facto, o credor não renuncia a differença entre o valor do seu credito e o que se verificar que é o do bem levado á praça. E, não obstante ser o credor meramente chirographario a respeito dessa differença, está dispensado de obter nova condemnação do devedor. Este será apenas citado para dar bens á penhora quantos bastem para a solução do restante da divida, seguindo-se os termos normaes do processo.

Tal é a regra adoptada entre nós. Parece, entretanto, a AFFONSO FRAGA, ser eia contraria á equidade, a qual, segundo pensa, exige que, extincta a garantia real pela sentença, que põe termo á execução, extincta esteja toda a divida, pois, "ordinariamente, os bens dados em garantia têm, de facto, valor excedente ao da divida". Os outros credores seriam beneficiados com essa solução "por ficarem livres de um concorrente no rateio", e tambem o seria o devedor, que, "com a completa liberação, teria outro estímulo para restaurar, pelo esforço e trabalho, a situação economica, que perdera" (1).

Sem duvida, organizado com essa orientação, o direito pignoratício e o hypothecario, ter-se-iam os resultados vantajosos, que o egregio tratadista aponta; mas, então, os credores tomariam cuidado em não aceitar garantias, que não lhes dessem certeza de completo pagamento, de onde, possivelmente, resultariam difficuldades para a vida economica da sociedade.

(1) *Direitos reaes de garantia*, n. 57.

CAPITULO II

DO PENHOR

§ 101

DADOS HISTORICOS

Entre as figuras de direitos reaes de garantia existentes no direito grego, encontramos o penhor, que se forma pela entrega de coisa movel ou immovel ao credor, o qual a detem em sua posse até ser pago, integralmente. A terminologia é imprecisa para distinguil-o da hypotheca; e, quando recahia sobre immovel, correspondia, em parte, á antichrese do direito moderno, porque o credor ihe colhia os fructos equivalentes aos juros do capital emprestado. A designação mais commum do penhor era *enekyron*, que indica a transferencia da posse ao credor (1). E essa variação da nomenclatura denuncia a inconsistência da figura jurídica.

(1) BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République athenienne*, III, 176 e segs.

A palavra *pignus* (penhor) apparece no começo da historia do direito romano, como penhora extra-judicial, na instituição da *pignoris capio*. Por um lado, o magistrado tinha o direito de penhorar os cidadãos, que desatendiam ás suas ordens, e, por outro, certos creditos privilegiados eram tutelados *per pignoris capionem*, nas acções da lei. Mas o contracto de penhor teve a sua origem no instituto da *fiducia*, em virtude do qual a coisa movel ou immovel, dada em garantia do cumprimento de uma obrigação, passava para o patrimonio do credor, por acto solemne, ao passo que, por pacto accessorio, o mesmo credor promettia restituil-a, quando fosse pago, podendo vendel-a ou tornal-a, definitivamente, sua, no caso de inadimplemento da obrigação. Com a progressiva decadencia do contracto de *fiducia* e protecção da posse pelo edicto, accentuou-se a figura do penhor convencional, identificando-se, como diz PADELETTI, "com o systema de credito real, usado nas provincias, onde se falava o grego, vale dizer com a *hypotheca*" (2).

Em sua forma definitiva, o penhor do direito romano consistia na entrega de uma coisa a titulo de segurança, dada ao credor, pelo pagamento da divida. Ao credor pignoraticio é reconhecida a posse defendida peios indictos, não somente contra terceiros, como, ainda, contra o proprio devedor. Com a criação da *hypotheca*, elle foi provido de uma acção real. Para reaver a coisa empenhada, quando o credor não a devolvia, em seguida á solução da divida, o devedor dispunha da acção *pignoraticia directa*. Por essa mesma acção, podia o devedor exigir prestação de contas pela falta de zelo do credor na conservação da coisa, ou pela percepção dos fructos, que devia imputar no pagamento dos juros e, depois, no capital (3).

(2) PADELETTI-COGLIOPLO, *Storia del diritto romano*, capitulos XIX e XLIV.

(3) GIRARD, *Droit romain*, ps. 532-533 da quinta edição.

§ 102

NOÇÕES GERAES (1)

I. PENHOR é o direito real, que submette coisa movevel, ou mobilizavel, ao pagamento de uma divida. Por outros termos, é o direito real, que compete ao credor sobre coisa movevel ou mobilizavel, susceptivel de alienação, que o devedor, ou alguém por elle, entrega, effectivamente, ao mesmo credor, em garantia do debito (Codigo Civil, art. 768).

A palavra penhor é tomada ora no sentido do direito real, que acaba de ser definido, ora no do objecto dado em garantia, ora no do contracto constitutivo do penhor. Tambem no direito romano o vocabulo *pignus* comprehendia o direito real e a coisa dada em garantia (2).

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 160 e segs.; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 109 e segs.; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, arts. 767 e segs.; DIONYSIO GAMA, *Penhor civil, mercantil etc.*; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, §§ 18 e segs.; MARTINHO GARCEZ, *Direito das coisas*, § 287; ALMACHIO DINIZ, *Direito das coisas*, § 69; OURO PRETO, *Credito movevel*, ns. 7 e segs.; S. VAMPRÉ, *Manual*, II, § 101; A. D. GAMA, *Contractos por instrumento particular*, ns. 813 e segs.; BARÃO DE LORÊTO, nos *Trabalhos da Camara*, II, ps. 152-157; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 628; LAURENT, *Cours*, IV, ns. 247 e segs.; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 2.388 e segs.; HUC, *Commentaire*, XII, ns. 345 e segs.; AUBRY et RAU, *Cours*, VI, §§ 431 e 432; *Code civil allemand, publié par le comité de lég. étrangère*, aos arts. 1.204 e segs.; ENDEEMANN, *Lehrbuch*, II, §§ 135 e 136; DERNBURG, *Pand.*, IV, §§ 261 e segs.; WINDSCHEID, *Pand.*, I, 224 e segs.; J. KOHLER, *Lehrbuch*, II, 2.^a parte, §§ 163 e segs.; CORDEIRO ALVAREZ, *Tratado de los privilegios*, cap. XII.

(2) Inst. 4, VI, § 7: *Nam pignoris appellatione eam proprie continere dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit.*

II. Os elementos essenciaes á formação do penhor são: *a*) o contracto escripto de onde consta o accordo das partes, que devem ser capazes; *b*) coisa movel ou mobili-zavel (penhor agricola), dada em garantia do pagamento de divida; *c*) a tradição do objecto empenhado ao credor, (excepto se o penhor fôr rural ou legal); *d*) uma obrigação principal, a que o penhor accede, dando segurança do seu cumprimento, porquanto o penhor, como direito real de garantia, presuppõe, necessariamente, uma relação juridica, mais frequentemente, o mutuo, a que sirva de garantia.

O contracto de penhor presuppõe, nos contrahentes, não somente a capacidade de obrigar-se, em geral, mas ainda, especialmente, a de alienar. Deve constar de instrumento particular ou escriptura publica (Codigo Civil, artigos 770 e 701), que determinará o valor do debito; a coisa dada em penhor de modo a individualizal-a, salvo se fôr fungivel, caso em que bastará declarar-lhe a qualidade e a quantidade; o prazo fixado para o pagamento; a taxa de juros, se houver (Codigo Civil, arts. 761 e 770). Sendo particular o instrumento, será lavrado em duplicata, ficando um exemplar com cada um dos contrahentes.

Discutia-se, antes do Codigo Civil, se o penhor mercantil exigia instrumento escripto para a sua validade (3). Segundo o Codigo Civil, o instrumento escripto é substancial para a constituição do penhor e esse preceito vale para o direito mercantil, como ramo, embora autonomo, do direito privado.

(3) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, nota 1 ao artigo 767; HENRIQUE MILET, *O penhor mercantil* (dissertação); DESCARTES MAGALHÃES, *Penhor mercantil, nos Estudos juridicos* dedicados ao professor FELINTO BASTOS, Bahia, 1916.

§ 103

DO OBJECTO DO PENHOR

I. O objecto do penhor *commum* deve ser coisa movel alienavel, pertencente ao devedor ou a terceiro, que voluntariamente a entregue ao credor pignoratício, para assegurar o pagamento da divida de outrem.

Sem expresso assentimento do proprietario, não é lícito dar coisa alheia em penhor. Parece ociosa essa proposição; mas não o é, pois que legislações ha que permitem, em dadas condições, o penhor de coisa alheia, e autores conceituados lhes dão apoio.

Fundadas na regra *en fait de meubles la possession vaut titre*, do art. 2.272 do Codigo Civil francez, é doutrina corrente na jurisprudencia da França que é valida "a entrega da coisa ao credor pignoratício, ainda que o constituinte do penhor não seja proprietario, contanto que o credor pignoratício estivesse de bôa fé, quer isso dizer, tenha acreditado que fôra immettido na posse pelo verdadeiro proprietario, e que a coisa não estivesse perdida nem fosse roubada" (1).

No intuito de assegurar o credor pignoratício de bôa fé, o Codigo Civil allemão, art. 1.207, dispõe: "Se a coisa não pertence a quem a deu em penhor applicam-se as disposições dos arts. 932, 934 e 935, referentes á aquisição da propriedade". Esses tres dispositivos abrem excepções á regra geral estabelecida pelo art. 929, segundo a qual somente o proprietario da coisa pode, efficazmente, alienal-a. Têm por fundamento juridico essas excepções a bôa fé do

(1) PLANIOL-RIPERT et BECQUÉ, *Droit civil français*, XII, n. 78; AUBRY et RAU, *Cours*, V, n. 432; BAUDRY-LACANTINÉRIE et TISSIER, *De la prescription*, ns. 868 e segs..

adquirente e obedecem á pressão de suppostas necessidades economicas. Applicando os mencionados dispositivos á theoria do penhor, o direito civil allemão permite que este possa ter por objecto coisa alheia, sem permissão do dono, desde que o credor pignoratício esteja de bôa fé.

O Código Civil suíço, art. 884, determina: aquelle que, de bôa fé, recebe uma coisa movel em garantia real, adquire o direito de penhor, ainda que a pessoa, que empenhou, não tenha a qualidade de dispor della; ficam, entretanto, reservados os direitos derivados da posse anterior dos terceiros.

Entre nós sempre prevaleceu a doutrina de que é nullo o penhor de coisa alheia, sem consentimento do dono (2), como preceituava o direito romano. Voluntariamente, podia o proprietario dar em penhor coisa sua, para garantir obrigação alheia, como tambem podia ratificar o penhor de coisa sua dada pelo devedor sem sua previa acquiescencia. E' o que nos diz PAULO: *aliena res pignori dari voluntate domini potest; sed et si ignorante eo data sit, et ratum habuerit, pignus valebit* (D. 13, 7, fr. 20) Dada, porem, coisa alheia em penhor e paga a divida, não podia o credor retel-a, sob fundamento de que o devedor não era dono. E' o que affirma o seguinte fragmento de ULPIANO: *Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest, pigneratitia experiri* (D., h. t., § 9, fr. 4).

Esse é o nosso direito. Cumpre salientar, aliás, de accordo com o direito romano, que o dono da coisa empe-

(2) COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 627, seguiu outro rumo, influenciado pelo direito prussiano e pelo francez. A verdadeira doutrina, porem, é a ensinada por LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 161, 3, e AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 63.

Em face do Código Civil, não é possível duvida. O art. 756 estatue que somente aquelle que pode alienar poderá empenhar e que o dominio superveniente revalida a garantia real estabelecida por quem possuia a coisa a titulo de proprietario.

nhada por outrem, sem o seu consentimento, não pode retirar-a do poder do credor pignoratício por autoridade própria. Poderá reivindicá-la judicialmente, porque, em nesso direito, os moveis são reivindicáveis.

II. O objecto do penhor é coisa movel alienável, corporea, podendo ser até fungível. Entrou em duvida se também as incorporeas, isto é, direito sobre coisas moveis, estão nesse caso. Questiona-se, em particular, a respeito do direito do credor pignoratício: — se lhe é permittido garantir divida sua com o objecto, que lhe foi dado em penhor. LAFAYETTE opinava que não era prohibido ao devedor dar em penhor a terceiro a propria coisa, que lhe estava empenhada (3), e funda a sua affirmação no direito romano (D. 20, 1, fr. 13, § 2). Mas dar em penhor a propria coisa, empenhada era furto. *Si pignore creditor utatur, furti tenetur* (D. 47, 2, fr. 54, pr.). Portanto o *sub-pignus*, o *pignus pignori datum*, somente se ha de entender como o penhor do direito de garantia, segundo explica MACKELDEY, cuja lição adoptou OURO PRETO (4).

Vale examinar se essa construcção se harmoniza com o nosso direito vigente.

O direito pignoratício recáe, immediatamente, sobre a coisa empenhada, a qual fica sob a posse directa do credor. Dado em penhor o vinculo juridico sobre a coisa empenhada, *ipso facto*, será transferida a propria coisa, pois que o penhor implica a posse do bem empenhado. Se o segundo credor pignoratício executar o seu devedor, que é, por sua vez, credor do primeiro devedor, forçosamente a execução recahirá sobre a coisa empenhada, porque o vinculo pignoratício, objecto do segundo penhor, não se desprende della. A posse da coisa empenhada constitue,

(3) *Direito das coisas*, § 161, 2, b.

(4) *Credito movel*, n. 17, e nota, citando MACKELDEY, *Droit romain*, § 340, n. 3.

conceitualmente, elemento substancial do penhor. Se, porém, o primeiro credor pagar a dívida? Como o primeiro credor é obrigado a entregar a coisa empenhada, o segundo penhor deixa de existir, entende LAFAYETTE (4-a). Por essa intelligencia do subpenhor, será esta relação jurídica insubsistente. Não é um direito real de garantia.

O direito romano não é interpretado harmonicamente pelos romanistas. A bibliographia allemã a respeito do nosso assumpto é extensa, o que deixa perceber que as opiniões são divergentes.

DERNBURG, que dedicou especial attenção a esta materia, conclue: "Vemos no sub-penhor, somente, uma expressão para indicar a dação em penhor do credito daquelle que dá o penhor, juntamente com o seu direito pignoratício". "As partes falam em sub-penhor, accrescenta, porque lhes importa, particulàrmente, a segurança mediante os direitos sobre o penhor constituído a favor do que empenha o seu direito pignoratício" (5). WINDSHEID nos dá a sua opinião nos termos seguintes: "O direito de penhor sobre um direito de penhor dá a faculdade de exercer esse direito em logar do credor pignoratício, a quem o mesmo compete" (6).

Considerando bem fundadas as opiniões desses dois grandes mestres, ponho de lado a douta controversia, que as fontes romanas suggerem, para affirmar que, tambem no direito patrio é permittido o subpenhor, mas entendido como a transferencia do direito pignoratício do primeiro credor ao seu proprio credor, dado que não é, juridicamente, possível desligar o direito pignoratício da coisa empenhada.

(4-a.) Nota 8 ao § 161 do *Direito das coisas*, com apoio em TROPLONG, *Nantissement*, n. 82 e *Digesto portuguez*, III, art. 1.220.

(5) *Pandectas*, trad. Cicaia, § 292, *in fine*.

(6) *Pandectas*, trad. FADDA e BENSA, I, 2.^a parte, § 239, 3.

As notas 13 e 14 do § citado apresentam estensa bibliographia sobre o assumpto, e as divergencias dos autores mais conceituados.

O decreto n. 24.778, de 14 de Julho de 1934, em seu art. 1.º declara que podem ser objecto de penhor os creditos garantidos por hypotheca ou penhor; e, no artigo 2.º, estatue que o *credor pignoratício poderá levar á praça os creditos dados em garantia, ou executar-os directamente para seu pagamento.*

O credor pignoratício, a que se refere o citado decreto, é o segundo, o que recebeu em penhor o credito em garantia do que lhe deve o primeiro, visto como este ultimo recebeu em penhor coisa movel e não credito. Ainda que a linguagem do decreto, em seu artigo segundo, não seja muito precisa, não se lhe pode dar interpretação differente da que acaba de ser exposta; consequentemente, se o segundo credor pignoratício pode executar, directamente, o credito, que lhe foi dado em garantia, vale dizer: o credito do primeiro credor pignoratício, o subpenhor, regulado pelo decreto n. 24.778, de 14 de Julho de 1934, importa em transferencia do direito pignoratício do primeiro credor. E, assim, fica, legalmente, confirmada a doutrina acima exposta com fundamento na logica jurídica e na autoridade de mestres. Já o decreto n. 21.499, de 9 de Junho de 1932, art. 5, autorizava garantia por creditos hypothecarios e pignoratícios; mas as providencias dadas pelo decreto n. 24.778, de 1934, são mais completas.

§ 104

DOS PENHORES QUE DISPENSAM TRADIÇÃO EFFECTIVA

A tradição effectiva da coisa empenhada é um dos elementos constitutivos do penhor. "Só se pode constituir o penhor, diz o Código Civil, art. 769, com a posse da

coisa móvel pelo credor". Ahi mesmo se abre excepção para o penhor agricola e o pecuario, "em que os objectos continuam em poder do devedor, por effeito da clausula *constituti*."

Outras excepções semelhantes foram creadas por leis exigidas pelas necessidades da vida economica em constante movimento de expansão. Assim é que o decreto numero 13.047, de 1919, permite ás pessoas naturaes e juridicas, que possuirem em suas fabricas tecidos e materia prima (algodão ou lãs nacionaes), contrahirem emprestimos com o Banco do Brasil, sob a forma de penhor mercantil (7); o decreto n. 2.502, de 24 de Abril de 1897, autoriza o penhor de mercadorias depositadas nos armazens das Alfandegas e Companhias de Docas, por meio de endosso dos *warrants*; os decretos-leis n. 1.271, de 16 de Maio de 1939 e n. 1.697, de 23 de Outubro do mesmo anno regulam penhores da mesma categoria, sendo que o primeiro dos decretos citados dispõe sobre penhor de machinas e apparelhos utilizados na industria, e o segundo mandou estender aos productos da suinocultura, no que fossem applicaveis, os dispositivos do primeiro; o decreto-lei n. 3.169, de 2 de Abril de 1941, considera objecto de penhor, independente de tradição effectiva, o sal e as machinas, instrumentos, utensilios, animaes, vehiculos terrestres e pequenas embarcações, quando servirem á exploração da salina.

Tambem o penhor legal se effectua independentemente de tradição effectiva e não é prejudicado pelo penhor industrial (dec.-lei n. 4.191 de 18 de Março de 1942).

(7) Sobre o penhor mercantil, consultem-se CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, VI, parte II, ns. 1.255 e segs.; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, ns. 74 e 75; e DIONYSIO GAMA, *Penhor civil, mercantil e agricola*.

§ 105

DOS DIREITOS DO CREDOR PIGNORATICIO (1)

São direitos do credor pignoratício:

a) Reter a coisa empenhada enquanto não fôr cumprida a obrigação, que o penhor garante, e não forem pagas as despesas de conservação e outras decorrentes da guarda e defesa de penhor (Codigo Civil, art. 772, segunda parte).

Este poder de retenção decorre, immediatamente, do direito pignoratício, que confere ao credor a posse do coisa, munida dos interdictos *retinendae* e *recuperandae possessionis* (2). Não se confunde este direito de retenção, com o que a lei concede ao possuidor de boa fé para garantia de bemfeitorias necessarias e uteis, ao locatario pelo mesmo fundamento, quando as bemfeitorias uteis são consentidas pelo locador e em outras relações juridicas semelhantes. Muito menos se confunde com a retenção não expressa em lei, mas resultante de situação analoga ás que acabam de ser lembradas, na qual o devedor obrigado a entregar uma coisa pode retardar a entrega, enquanto o seu credor não cumpre o que lhe deve por facto de que se origina a sua propria obrigação (3).

O credor pignoratício tem a posse fundada no seu direito real, que vincula a coisa para garantir o cumprimento de uma obrigação. A retenção nos casos acima refe-

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 163; OURO PRETO, *Credito movel*, ns. 57 a 59; DIONYSIO GAMA, *Contractos por instrumento particular*, 847-849; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 111; WINDSCHEID, *Pandectas*, trad. FADDA e BENZA, §§ 233, e, 234 e segs.

(2) OURO PRETO, *Credito movel*, n. 118; D. 13, 7, fr. 8, pr..

(3) V. o vol. I desta obra, § 62, IV.

ridos é mero direito pessoal, que não fundamenta interdictos, nem prevalece contra todos (4).

b) Exigir reforço ou substituição da coisa empenhada, que, sem culpa sua, se tenha deteriorado, extravariado ou perecido (Codigo Civil, art. 762).

c) Exigir do devedor satisfação do prejuizo, que houver soffrido por vicio da coisa empenhada (Codigo Civil, art. 773). Se o vicio é conhecido do credor, ao receber a coisa empenhada, não lhe cabe reclamar indemnização. *Si sciens creditor accipiat... morbosum, contrariam ei non competit*, escreveu PAULO (5).

d) Executir a coisa empenhada, tendo preferencia sobre os outros credores, exceptuando o trabalhador agricola, cujo credito será pago, precipuamente, a quaesquer outros pelo producto da colheita, para a qual houver corrido com o seu trabalho (Codigo Civil, art. 759). A victima de accidente no trabalho tambem goza de privilegio geral no concurso de creditos privilegiados (decreto

(4) Os nossos autores, LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 163, 5; OURO PRETO, *Credito movel*, n. 57, 2.º; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 111, 3.º; e os reinícolas como COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 628 e outros, attribuem ao credor pignoratico o direito de reivindicção. Tendo apenas a posse da coisa, o credor pignoratico, e continuando a propriedade, embora onerada, no patrimonio do devedor ou daquelle que a empenhou em beneficio deste, não lhe cabe a acção reivindicatoria. Além disso, o Codigo Civil lhe assegura os direitos de excussão e preferencia; mas não fala em reivindicção (art. 759). Os interdictos, com fundamento na posse, satisfazem, plenamente, a defesa della. Todavia, por ser o penhor direito real, os citados autores lhe attribuem o direito de sequela, por applicação do qual lhe compete retirar a coisa empenhada do poder de quem a detenha. E' a *pignoris persecutio* do direito romano.

(5) D. 13, 7, fr. 16, § 1.º *in fine*. Vejam-se, tambem: OURO PRETO, *Credito movel*, n. 57, 6.º; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 163, 4.º; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 111, 9.º; ZACHARIAE, *Droit civil français*, § 780, 3.º; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Commercial*, VI, parte segunda, n. 1.286, d.

n. 24.637, de 10 de Junho de 1934, art. 35), pela indemnização, que a lei lhe assegura e aos seus herdeiros e beneficiarios.

O privilegio dos trabalhadores agricolas justifica-se, escrevi alhures, como protecção especial do Estado, no intuito de impedir que sejam privados do producto do seu trabalho, por occasião da execução movida contra o estabelecimento agricola, onde consumiram as suas energias. Tem egual fundamento a garantia especial conferida á indemnização do operario, victima de accidente no trabalho.

O privilegio do trabalhador agricola é restricto ao producto da colheita para a qual tenha concorrido. Se o producto da safra fôr insufficiente para o pagamento integral dos salarios, ratearão, entre si os trabalhadores agricolas o que fôr apurado; pelo restante, serão credores chirographarios.

Segundo o decreto n. 6.437, de 1907, são operarios agricolas, os jornaleiros, colonos, empreiteiros, feitores, carroceiros, machinistas e outros empregados no predio rural. Ampliando, pela synthese, a noção de empregado, declara o decreto n. 24.637, de 10 de Julho de 1934: "Empregado é, para os fins da presente lei (sobre accidentes do trabalho), todo individuo que, sem distincção de sexo, idade, graduação ou categoria, presta serviços a outrem, na industria, no commercio, na agricultura, na pecuaria, e de natureza domestica, a titulo oneroso, gratuito ou de aprendizagem, permanente ou provisoriamente, fora da sua habitação, com as excepções do art. 64" (art. 3). Essas excepções são em grande numero e se referem aos empregados, que tiverem vencimentos mensaes, superiores a um conto de reis, aos technicos, contratados e outros, que não interessa mencionar neste livro e neste paragrapho, que apenas menciona a idéa de empregado em face da legis-

lação patria e no sentido de trabalhadores, que gozam de creditos privilegiados, seja na agricultura, seja em outras actividades economicas, nas condições acima referidas.

§ 106

DAS OBRIGAÇÕES DO CREDOR PIGNORATICIO

O Codigo Civil, art. 774, equipara o credor pignoratício ao depositario, quanto ás obrigações resultantes do penhor, e enumera essas obrigações, destacando tres grupos:

I. “Empregar, na guarda do penhor, a diligencia exigida pela natureza da coisa”. Esta diligencia é a que o bom pae de familia costuma empregar a respeito do que lhe pertence. *Ea igitur quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet a creditore exiguntur* (D. 13, 7, fr. 14). Afim de bem cumprir esta obrigação, reconhece-lhe o direito a competencia para usar dos meios assecutorios e conservatorios, assim como lhe impõe a responsabilidades pelas perdas e deteriorações acontecidas por sua culpa.

II. Entregar o penhor, “com os respectivos fructos e accessões, uma vez paga a divida” (1).

(1) “Aquelle que tirar, sem autorização legal a coisa propria, que se achar em poder de terceiro, por convenção ou determinação judicial, e em prejuizo d'elle”, commette crime de furto. (*Consolidação das leis penaes*, art. 332). Aplica-se esta disposição ao devedor pignoratício, que commetta essa infracção da lei.

O Codigo Penal (dec.-lei n. 2.848, de 7 de XII de 1940) não particulariza este caso.

O credor pignoratício tem a posse da coisa empenhada, para o fim de se assegurar do pagamento da dívida. Se recebeu esse pagamento integral, cessou o fundamento jurídico da sua posse, desfez-se o vínculo que mantinha a coisa em seu poder. Tem de restituil-a com os fructos e accrescimos, que a mesma tiver.

A restituição dos fructos é obrigatória, ainda quando a coisa principal tenha perecido, por caso fortuito, ensina OORO PRETO (2) e a sua doutrina é bem fundada nos principios. Isto no presupposto de ter sido paga a dívida, porque esses fructos são do proprietario. A posse do credor pignoratício não lhe confere o direito de perceber os fructos.

III. Entregar o que sobeje do preço, quando a dívida fôr paga, seja por excussão judicial, ou por venda amigavel, se lh'a permittir, expressamente, o contracto, ou lh'a autorizar o devedor, mediante procuração especial".

O contracto não pode autorizar a venda da coisa empenhada ao proprio credor; seria infringir o preceito do art. 765, que prohibe o pacto commissorio. Admitte-se, porem, que elle a adquirira pelo preço, que fôr alcançado, no momento.

A entrega da coisa empenhada com os seus fructos e accessões, ao ser paga a dívida, é obrigação elementar da constituição do penhor, que assegura o pagamento da dívida. Da mesma forma, no caso de venda amigavel ou judicial, o direito do credor limita-se á satisfação do seu credito e mais despesas resultantes da conservação, guarda e defeza da coisa empenhada. O que exceder dahi pertence ao dono da coisa. E' intuitivo.

IV. "Resarcir ao dono a perda ou deterioração de que fôr culpado". E' consequencia necessaria do principio

(2) *Credito movel*, ps. 82 a 83.

geral, que manda reparar o damno aquelle que causa prejuizo a outrem. Se, porem, o damno resulta de caso fortuito ou força maior, por elle não responde o depositario, ao qual é, legalmente, equiparado o credor pignoratício (art. 1.277 do Código Civil). Esta excusa somente lhe aproveita, se provada efficazmente, como exigem a lei, a razão juridica e a lição romana (D. XIII, 7, fr. 13 § 1.º).

A perda da coisa por caso fortuito ou força maior exime, naturalmente, o credor de qualquer responsabilidade; mas o seu direito creditorio subsiste, ainda que sem a garantia real (3).

§ 107

DOS DIREITOS DO DEVEDOR PIGNORATÍCIO

I. O devedor continua dono da coisa empenhada. Apenas cede, temporariamente, a posse directa, cabendo ao credor o direito de executar o penhor. Como proprietario, cabe-lhe tambem a posse indirecta (Código Civil, artigo 486), que a directa não annulla. Paga a divida, restaura-se a posse plena.

Se a coisa empenhada fôr de terceiro, que consentiu no vinculo sobre ella, em obsequio ao devedor, ou por outro motivo, é claro que a elle é que cabem a propriedade e a posse indirecta.

(3) Vod., VIII, 14, lei 15; OURO PRETO, *Credito movel*, n. 74.

II. Paga, integralmente, a divida com as despesas originadas do penhor, cabe ao devedor o direito de reaver a coisa empenhada, podendo exercer o interdicto recuperatorio; não, porem, a acção de reivindicacção contra o proprio ex-credor ou terceiro, que, indevidamente, a detenha.

III. Cabe, igualmente, ao devedor o direito de reaver o objecto do penhor, se, por outra causa, se extinguir o penhor (Codigo Civil, art. 802).

IV. Se a coisa tiver perecido por culpa do credor, responde elle pelo prejuizo dado ao devedor, como, igualmente, responde pelas deterioracções occorridas, que se devam attribuir á *exacta negligencia*, a que é obrigado, como depositario. isto é, a mesma diligencia e cuidado, que costuma ter com o que lhe pertence (Codigo Civil, artigo 1.266).

V. O Codigo Commercial, art. 278, assegura ao devedor pignoratício o direito de remir o penhor, pagando a divida ou consignando o preço em juizo. A mesma regra prevalece no direito civil; o credor pignoratício, equiparado ao depositario, é obrigado a entregar o objecto do penhor, desde o momento em que cessa o seu direito de posse directa. O direito romano assim decidira e AFFONSO FRAGA apoia essa decisào (1), que está de accordo com os principios de direito e a legislacção patria, como se acaba de ver. Não ha fundamento para a opinião dos que sustentam que depende da vontade do credor a remissào do penhor antes do vencimento da divida.

(1) *Direitos reaes de garantia*, n. 114, 5; mais DIONYSIO GAMA, *Contractos por instrumento particular* n. 852, D; e OURO PRETO, *Credito movel*, n. 84. Veja-se o § 99 deste volume. O que se não admitte é a remissào parcial.

§ 108

DAS OBRIGAÇÕES DO DEVEDOR PIGNORATICIO

I. O devedor pignoratício, ao pagar a dívida deve satisfazer as despesas legitimamente feitas pelo credor na conservação, guarda e defeza da coisa empenhada, como já ficou declarado, no § 105, letra *a*, com apoio no Código Civil, art. 772, 2.^a parte.

II. É também obrigado a indenizar os prejuízos causados pelos vícios ignorados da coisa empenhada (§ 105, letra *e*).

Cumpre-lhe mais:

III. Reforçar ou substituir o penhar que, sem culpa do credor, se tenha deteriorado ou haja perecido (parágrafo 105, *b*).

IV. Suprir o que fôr necessário não somente para inteira solução da dívida, como, ainda, para o pagamento das despesas judiciais, quando o producto da coisa empenhada não fôr sufficiente (1).

Essas obrigações do devedor são reflexos dos direitos do credor pignoratício; aos direitos deste, naturalmente, correspondem obrigações daquelle.

(1) Código Civil, art. 767; OURO PRETO, *Credito movel*, n. 85, 5.º; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 105, 5.º; DIONYSIO GAMA, *Contractos por escripto particular*, n. 854, E; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 631, n. 5.

CAPITULO III

DO PENHOR LEGAL

§ 109

NOÇÃO E CASOS DE PENHOR LEGAL (1)

I. Penhor legal é o que resulta, não da vontade expressa das partes, como no penhor commum, e sim de determinação da lei. É um verdadeiro direito real, uma vez constituído, e não um penhor tacito (*pignus tacite constructum*, nem mero privilegio pessoal, como em algumas legislações se acha estabelecido, nem mero direito de retenção. Confere ao credor a posse da coisa sobre que recáe; e

(1) OURO PRETO, *Credito movel*, ns. 60 e 61; AFFONSO FRAGA, *Direitos reais de garantia*, § 28; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 704; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 2.426 e 2.427; PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *Droit civil français*, XII (suretés réelles), ns. 238 e segs.; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, I, ns. 111 e segs.; GUILLOUARD, *Des privilèges et hypothèques*, ns. 245 e segs.; *Code civil allemand*, publié par le Comité delég. étr., notas aos arts. 559 e 585; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 136, d; DERNBURG, *Pandette*, 268 e 269; WINDSCHEID, *Pandette*, I, n. 231.

o direito de vendê-la, judicialmente, para pagar-se do que lhe é devido.

Do direito de retenção, com o qual alguns escriptores o confundiram, differe, particularmente: a) pela tomada de posse do objecto, que se acha em poder do devedor, o que não se dá no direito de retenção, que presuppõe a posse do retentor; b) homologada a posse pelo juiz e citado o devedor para allegar defeza em 24 horas, segue-se a execução do penhor; não obedece a esse rito o direito de retenção, que funciona como simples defeza; c) criação especial da lei, esta indica as pessoas a quem compete, exclusivamente, o penhor legal; o direito de retenção é permitido a qualquer credor, que tenha de restituir determinada coisa ao seu devedor-credor, desde que haja connexidade entre a dívida e o credito; d) o penhor legal recáe, somente, sobre moveis do devedor, que se encontrem na casa do credor, ou guarnecendo o predio ou commodo alugado; o direito de retenção applica-se a moveis e a immoveis, sem determinação de lugar, onde se achem; e) o penhor legal é activo: o credor apossa-se do objecto, que está em poder do devedor; o direito de retenção é negativo; o devedor-credor recusa a entrega da coisa emquanto não é pago; f) o penhor legal inicia-se por um acto de ordem privada, que se completa com a intervenção do Poder Judiciario; o direito de retenção se exerce sem essa intervenção do juiz. O penhor legal é uma das figuras de direito real de garantia; o direito de retenção não entra nessa categoria (2).

II. O Código Civil concede o penhor legal:

1.º Aos hospedeiros, estalajadeiros ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, moveis, joias ou dinheiro, que os seus consumidores ou freguezes

(2) *Código Civil commentado*, III, obs. 2 ao art. 776.

tiverem comsigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despezas ou consumo, que ahi tiverem feito.

2.º Ao dono do predio rustico, ou urbano, sobre os bens moveis, que o rendeiro ou inquilino, tiver guardando o mesmo predio, pelos alugueis ou rendas (Codigo Civil, art. 776).

Essa garantia especial concedida, desde afastadas eras, traduzindo um sentimento geral de justiça, é um meio encontrado para facilitar pela segurança, quando não o é pela bôa fé, as relações entre as pessoas acima indicadas, sob os numeros um e dois do art. 776 do Codigo Civil. Chega um passageiro desconhecido a uma casa fornecedora de pousada ou alimento e nella é acceito. Se o hospedeiro ou fornecedor de alimentos não tivesse a garantia dos objectos, que entram com o hospede em sua casa, para pagamento das despezas ahi feitas pelo primeiro vindo, forçosamente não o accitaria, senão mediante condições, que o pudessem collocar a coberto de qualquer risco, e isso embaraçaria, muitas vezes, o recémvindo, como tambem a expansão do negocio do hospedeiro.

Tem, assim, um fundamento social esse direito dos que fornecem pousada e alimentos, a quem lhes pede os seus serviços. Antes de invental-o, a humanidade recorria a outros expedientes necessários á intromissão do commercio e ao entrelaçamento das relações da vida social.

Hoje, nas grandes cidades, os locadores de predios procuram garantir-se por certos meios mais praticos, sem que, todavia, se despojem do privilegio, que a lei lhes concede.

III. Podem ser objecto de penhor legal todas as coisas moveis alienaveis e penhoraveis, que se encontrarem em poder do hospede, freguez ou inquilino, sendo proprias.

Tem o penhor a defeza dos interdictos, como o penhor convencional. Não lhe cabe, porem, o direito de cobrir com o mesmo penhor outra divida, ainda que do mes-

mo genero. Se não constituiu sobre os mesmos objectos outro penhor, ou no primeiro não incluiu taes objectos, não adquiriu direito real de garantia.

IV. Se o proprio devedor subtráe o objecto empenhado, incorre em responsabilidade penal (3).

§ 110

DA FORMAÇÃO DO PENHOR LEGAL

Aquelle, a quem a lei concede o penhor legal, pode tomar em garantia do seu credito, um, ou mais objectos petencenres ao devedor, que se achem, com o mesmo na casa ou estabelecimento do credor (Codigo Civil, artigo 778). O penhor não resulta da ismples entrada dos objectos na casa ou estabelecimento do hospedeiro, fornecedor de alimento ou locador. Inicia-se com a tomada de posse pelo prestador dos serviços e se completa com a homologação do juiz. Tomada a posse do objecto, *requererá o credor, acto continuo, a homologação, apresentando a conta, por menor, das despezas do devedor, a tabella de preços junta á relação dos objectos retidos e pedindo a citação delle para, em vinte e quatro horas, pagar ou allegar defeza* (Codigo Civil, art. 780).. Com a homologação do juiz, resolve-se o penhor legal em penhora, ou penhor judicial, seguindo-se os termos da execução: deposito em mão de terceiro, avaliação e arrematação, ou adjudicação.

Se houver notorio perigo na demora da homologação, o penhor se considera perfeito e acabado, antes dessa

(3) Ver nota 1 do § 106.

formalidade (Codigo Civil, art. 779), abrindo-se, desde logo, a phase da execução, como em qualquer acção de penhor.

Esta norma tanto se applica ás dividas de hospedeiros, fornecedores de pousada e alimentos (Codigo Civil, art. 776, n. I), como aos locadores de predio rustico ou urbano (artigo citado n. II), com a seguinte differença:

Os credores do primeiro grupo devem extrahir a conta da divida, *conforme a tabella* impressa, previa e ostensivamente exposta na casa, dos preços da hospedagem, da pensão, ou dos generos fornecidos, *sob pena de nullidade do penhor* (Codigo Civil, art. 777). Presuppõe a lei, neste caso, um contracto de adhesão aos preços expostos, pelos serviços a serem prestados, e conhecimento de estar a divida resultante do mesmo contracto sujeita á garantia do penhor legal, que fôr constituido.

Os credores do segundo grupo terão de apresentar, em vez de contra extrahida conforme tabella de preços, o seu contracto e a prova do não pagamento do aluguel, ou, se não houver contracto escripto, a prova do não pagamento, pela ausencia dos recibos, que deveriam corresponder ao tempo da divida, meio de prova applicavel a ambos os casos, como é de primeira intuição.

O Projecto primitivo (art. 902), de accordo com o de COELHO RODRIGUES (art. 1.661) somente exigia apresentação de conta extrahida de tabella, impressa e exposta ostensivamente, dos preços, nos casos de hospedagem e fornecimento de alminetos. O art. 780 do Codigo Civil não se referiu, exclusivamente, a essa classe de credores, os do n. I do art. 776; mas, dos seus dizeres, resalta, indubitavelmente, que somente a elles se fere, quando exige o tabella de preços. A' classe dos locadores adapta-se a mesma regra, sem essa particularidade, que não se lhe ajusta.

§ 111

LEGISLAÇÃO COMPARADA

O direito romano conhecia o penhor legal do locador de predios urbanos. O locador de predios rusticos tinha penhor legal sobre os fructos do predio locado. E a defeza desse direito consistia na *preclusão*, direito de impedir que se removesses do immovel os objectos empenhados (1).

O Codigo Civil francez, art. 2.102, confere não garantia real, e sim privilegio especial aos creditos de aluguel ou arrendamento de immoveis, sobre os fructos da colheita do anno e sobre o preço de tudo que guarnece a casa ou fazenda e de tudo o que serve para a exploração desta. Goza tambem privilegio sobre as bagagens do viajante, transportadas para a sua casa, o estaiajadeiro ou dono de hotel, em garantia do pagamento dos fornecimentos, que fizer (art. 2.102, 1.º e 5.c).

No mesmo sentido dispõe o Codigo Civil venezuelano (art. 1.944, ns. 4 e 5). O italiano, art. 1.958, 3.º, igualmente ao locador de immoveis attribue privilegio especial sobre os fructos colhidos no anno, sobre os generos, que se acham na residencia e machinario annexo ao immovel rustico e sobre o mais que serve para cultivar o predio ou a guarnecel-o; e 8.º, ao hospedeiro, sobre a bagagem do viajante levada á sua casa, pelas despezas que este ahi fizer. O Codigo Civil argentino, art. 1.558, confere ao locador, para segurança de seus credito, o direito de retenção dos fructos existentes na casa arrendada, assim como de todos os objectos, com que esteja mobiliada,

(1) D. 20, 2, frs. 3 e 4, § 1; 13, 7, fr. 11, § 11; 19, 2, fr. 24, § 1; DERNBURG, *Pandette*, I, parte segunda, § 268, a e b.

guarneçada ou provida, que pertençam ao locatario. E' semelhante ao citado artigo do Codigo Civil argentino o 1.942 do chileno. O locador tem o direito de retenção.

O allemão, art. 585 confere ao locador direito de penhor (*Pfandrecht*), quando o immovel arrendado se destina a uma exploração agricola. O penhor se estende aos fructos do immovel e ás coisas impenhoraveis segundo o art. 715, n. 5, do Codigo do Processo Civil. No aluguel simples (*Miete*), ao locador é attribuido penhor sobre as coisas introduzidas na immovel pelo locatario (2), excluidas as impenhoraveis (art. 559). O hoteleiro tem direito de penhor sobre as coisas introduzidas no hotel pelo hospede, para garantir as despesas deste, com a morada e outras prestações, inclusive adeantamentos (artigo 704).

Por outro lado, o hoteleiro, segundo o direito civil allemão, responde pelos prejuizos, que soffre o hospede, se não forem causados pelo proprio hospede, ou pessoa que elle tenha admittido em sua companhia (Codigo Civil, art. 701). Não tem valor o cartaz pelo qual o hoteleiro se exima dessa reponsabilidade; mas esta se restringe até mil marcos, excepto se accitou a guarda dos objectos, sabendo que eram de valor ou se o damno fôr causado por sua culpa, ou por culpa de sua gente (art. 702).

Outros Codigos Civis não se referem ao penhor legal, nem aos privilégios dos hoteleiros e locadores do coisas moveis ou immoveis. Mencione-se, porem, ainda o Codigo Civil do Perú, que, no art. 1.507, submete, especialmente, ao pagamento da renda: 1.º, a colheita da fazenda e, em geral, todo o producto ou fructo, que se cria ou ela-

(2) Reputam-se *coisas introduzidas* (*eingebraucht Sachen*) as que os hospedes entregam ao hoteleiro ou ás pessoas do hotel, encarregadas de receber os objetos dos hospedes, ou estes os collocam no lugar por taes pessoas designados, ou no destinado a esse fim (art. 701, 2.ª al.º).

bora com auxilio da coisa arrendada; 2.º, os bens moveis ou semoventes, que o arrendatario tiver introduzido no immovel arrendado, assim como as bemfeitorias necessarias e uteis que tiver feito nelle; 3.º, os moveis introduzidos pelo inquilino na casa, as mercadorias nos armazens, os fructos nos celeiros e assim outras especies em casos semelhantes; 4.º, os do subarrendatario. A preferencia concedida ao locador refere-se ao ultimo anno transcripto e ao semestre corrente (art. 1.508). Os animaes, machinas e instrumentos necessarios ao trabalho e cultivo do predio arrendado não se embargam nem arrematam, para pagamento da renda, senão quando o arrendamento se dissolve ou termina (art. 1.509).

CAPITULO IV

DA CAUÇÃO DE TITULOS DE CREDITO (1)

§ 112

DA CAUÇÃO DOS TITULOS DE CREDITO PUBLICO

Os titulos de divida da União, dos Estados e dos Municipios, quando nominativos, podem ser dados em garantia da solução de debitos (Codigo Civil, art. 759).

O objecto do penhor de titulos de credito publico, ou particular, é o titulo, coisa movel corporea, embora representativa de direitos. O Codigo Civil preferiu a denominação especial de caução, em vez de penhor, para melhor traduzir o seu pensamento, que é significar não haver transferencia de posse, tratando-se de coisas incorporeas, nos casos agora considerados. Empenham-se documentos

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 161 e 162; LACERDA DE ALMEIDA, II, § 111; OURO PRETO, *Credito movel*, n. 15; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 31; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 2.298-2.114; HUC, *Commentaire*, XI, ns. 361-367; *Code Civil allemand* publié par le Comité de lég. étr., aos arts. 1.273 e segs., ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 144; DERNBURG, *Pand.*, I, § 292.

representativos de credito, não os direitos: dão-se em penhor coisas corporeas, como no penhor commum. Como, porem, essas coisas representam direitos, o seu penhor tem consequencias particulares e reclama regras especiaes.

Esta caução dispensa a entrega dos titulos ao credor.

Sendo modificação da propriedade, a caução de titulos da divida publica da União deve constar de assentamento na repartição da Fazenda Nacional incumbida desse serviço, o que se fará mediante apresentação do instrumento do penhor.

As apolices nominativas estaduaes ou municipaes recebem nas repartições competentes, onde se fazem os assentamentos, a clausula do gravame.

As apolices ao portador podem ser objecto de penhor irregular, como das coisas fungiveis (Codigo Civil, artigo 770, 2.ª parte) ou se empenham como coisas individualdas, de accordo com o instrumento respectivo.

§ 113

DA CAUÇÃO DOS TITULOS DE CREDITO PESSOAL

I. Os titulos de credito pessoal podem tambem ser objecto de penhor, segundo preceitua o Codigo Civil, artigo 790, attendendo ao que as contingencias da vida social haviam creado.

Esta forma especial de penhor ou caução exige para se constituir a tradição dos titulos ao credor, e deve constar, como o penhor commum, de instrumento, em que se determine o valor dos titulos, a sua natureza e mais especificações, que os individualizem (Codigo Civil, artigos 791, 770 e 771). Por essas formalidades, a caução de ti-

tulos de divida pessoal obedece ás normas do penhor commum; todavia, ha nessa figura de relação jurídica algumas particularidades, que lhe dão feição especial, em que o penhor se combina com elementos da cessão, sem com ella se confundir.

Assim é que, segundo o art. 792 do Codigo Civil, a caução de títulos de divida particular autoriza o credor a praticar os actos seguintes, que são de grande importância:

a) Conservar a posse dos títulos caucionados, que lhe são entregues pelo caucionante, podendo recuperar-lhes a posse por todos os meios civis ou crimes, de quem quer que os detenha, inclusive o proprio dono;

b) Fazer intimar, ao devedor dos títulos caucionados, que não pague ao seu credor, emquanto durar a caução. O credor pignoratício, neste caso, não age como dono dos títulos caucionados; mas, tendo a posse dos títulos (coisa corporea), o seu devedor não pode usar do direito representado pelos títulos de credito empenhado, exigindo seu pagamento, e aquelle que se acha obrigado para com elle pelos mesmos títulos não os pode pagar, emquanto dura a caução. Recebendo a intimação, o devedor do título caucionado não poderá receber quitação do seu credor (art. 794). Tem o mesmo effeito que a intimação judicial a notificação particular por carta ou outra communicação escripta, a que o devedor responda. E, se o devedor, independentemente de intimação ou notificação se declara por escripto sciente do caucionamento, as consequência deste se produzem. E' ao credor caucionario que se paga a divida do título caucionado; se assim não fosse, a caução, constando apenas de uma retenção de títulos, pouca vantagem offereceria nas relações da vida economica.

Mas o caucionate, por seu lado, poderá resgatar a caução, e a situação do seu devedor volverá ao estado anterior. Ficará obrigado ao credor primitivo e este poderá exigir-lhe a solução do debito.

c) Usar das acções, recursos e excepções convenientes, para assegurar os seus direitos, bem como os do credor caucionante, como se deste fôra procurador especial.

d) Receber a importancia dos titulos caucionados e restituil-os ao devedor, quando este solver a obrigação por elles garantida.

II. O credor caucionado é considerado, por lei, depositario dos titulos e responsavel ao credor caucionario, pelo que receber, além do que este lhe devia (Codigo Civil, art. 793).

Se o credor caucionante quitar o devedor, ficará obrigado a saldar, immediatamente, a divida para a garantia da qual prestara caução: e o devedor, que sciente de estar caucionado o seu titulo de debito, acceitar quitação do credor caucionante, responderá, solidariamente, com este, por perdas e damnos ao coucionado.

III. O penhor ou caução das acções nominativas das sociedades por acções, só se constitue pela averbação do respectivo acto, documento ou instrumento no livro de *Registro das Acções Nominativas*. A sociedade tem o direito de exigir para o seu archivo um exmplar do documento ou instrumento. A coução ou penhor das acções ao portador, das mesmas sociedades opera-se pela tradição dellas ao credor, depois de cumpridas as formalidades do penhor commum (decreto-lei n. 2.627, de 26 de Setembro de 1940, art. 28). A' sociedade anonyma, porem, é vedado acceitar as proprias acções em penhor ou caução, salvo para garantia da gestão de seus directores (artigo citado, paragrapho unico).

A caução ou penhor das acções não impede que o accionista exerça o direito de voto. Todavia, será licito estabelecer, no instrumento da caução ou penhor, que o dono das acções não poderá, sem o conhecimento do credor caucionado ou pignoratício votar em certos casos (decreto-lei citado, art. 83).

§ 114

DA CAUÇÃO DE TÍTULOS DE CREDITO REAL

O Código Civil não se referiu á caução ou penhor dos títulos de credito real. Mas não tendo prohibido essa operação e sendo ella de grande utilidade para a vida economica, devemos consideral-a como enquadrada nos principios do Código, por applicação da analogia. Tendo-se aberto controversia a respeito, sobreveio o decreto numero 24.778, de 14 de Junho de 1934, e a resolveu, declarando:

“Art. 1.º Podem ser objecto de penhor os creditos garantidos por hypotheca ou penhor os quaes, para esse effeito, considerar-se-ão coisa movel.

Art. 2.º O credor pignoraticio poderá levar á praça os creditos dados em garantia ou executal-os, directamente, para o seu pagamento”.

CARVALHO DE MENDONÇA, em longo e bem argumentado parecer esclarecera o assumpto, antes da haver lei regulando, particularmente, a especie; e a lei, intervindo, adoptou as conclusões do eminente commercialista (1).

Ouvido a respeito, cheguei sem desconhecér que a vida social, mais uma vez, quebrara a rigidez dos moldes classicos, a conclusão semelhantes, em parecer, que em seguida reproduzo, trasladando-o do *Tratado de direito commercial* do grande mestre, onde se acha.

Disse eu então:

“O assumpto exige grande ponderação pelo valor dos interesses, que lhe são objecto e pelas duvidas, que, na au-

(1) Encontra-se esse parecer no *Tratado de direito commercial*, volume VI, parte II, nota 2, ás ps. 598-601 da 3.ª edição.

sencia de dispositivo expresso de lei, têm levantado alguns juristas de reconhecida competencia.

Desde, porem, que se firmem os principios reguladores da materia e se attenda ás reacções sociaes, a disciplinar, a solução se desprenderá, naturalmente.

Exponhamos, pois, as noções geraes, applicaveis á especie.

A caução de titulos de credito é variedade do penhor, a que a lei teve necessidade de consagrar disposições especiaes, afim de prover de accordo com as modificações, que ella introduz no instituto (Codigo Civil, arts. 779- 795). Mas, nos traços fundamentaes, essa figura juridica é penhor, como a classifica o Codigo. Quer isto dizer: é direito real de garantia, que se constitue pela tradição ao credor de um objecto movel, susceptivel de alienação, afim de lhe assegurar o pagamento do debito.

Para a constituição do penhor são necessarios os seguintes elementos: I. Objecto movel. II. Tradição effectiva desse objecto ao credor pignoraticio. III. Vinculo, que submete o objecto empenhado á segurança do pagamento da divida. IV. Forma escripta. V. Transcripção, que é a formalidade complementar do penhor.

A divida é presupposto necesasrio e não elemento constitutivo d'elle; é o principal de que o penhor é o accessorio.

Examinemos os dois primeiros elementos, porque os outros não interessam á solução do caso, que nos preoccupa.

I-a) *Oobjecto movel* — A expressão objecto movel equivale a bem movel, que o Codigo Civil define nos arts. 47 e 48, e em cuja classe inclue tambem os direitos de obrigação, com as acções respectivas. E a prova de que a expressão *objecto movel* do art. 768 comprehende direitos de obrigação, quando se corporificam em titulos transferiveis, é que o Codigo Civil estabeleceu normas para a

caução dos títulos de credito. Os títulos, que se caucionam, são representativos de obrigação, de direitos creditórios. O bem é, naturalmente, a coisa representada, não o simples documento; como, porém, o bem, neste caso, é immaterial, o documento lhe dá a forma pela qual se apresenta nas relações da vida social

II.-b) *Alienavel* — O objecto do penhor, seja coisa corporea, fungivel, infungivel, ou representativa, de valor, ha de ser alienavel, porque o penhor é começo de alienação, a qual se completa, se, por falta de pagamento, é necessario vender ou adjudicar o objecto empenhado.

III.-c) *Tradição* — O objecto do penhor deve ser effectivamente entregue ao credor pignoratício, que sobre elle exerce posse. Quando o objecto do penhor é direito de credito, que não pode ser, materialmente, detido, faz-se a tradição do titulo, que o representa e materializa.

A obrigação garantida por hypotheca ajusta-se, perfeitamente, ás noções que acabam de ser expendidas: — é objecto movel, por ser direito de obrigação; é alienavel; e, concretizada no titulo, é susceptivel de tradição.

Devemos concluir, que pode ser objecto de penhor.

Objecções: a) O art. 44 do Codigo Civil considera immoveis para os effeitos legais: I. os direitos reaes sobre immoveis . . . A hypotheca, sendo direito real sobre immovel, é tambem immovel, portanto não pode ser objecto de penhor.

Resposta — O que se empenha não é a hypotheca, direito real sobre immovel e sim a obrigação por ella garantida, que, por estar garantida por direito real, não perde a sua natureza de obrigação.

Não confundamos coisas substancialmente distintas: a obrigação e a hypotheca. Esta ultima é que não pode ser objecto de penhor, por ser immovel. Tambem não

pode ser objecto de hypotheca, em nosso direito, que, enumerando as coisas, que podem ser dadas em hypotheca, não a menciona (Codigo Civil, art. 810).

b) O art. 790 do Codigo Civil refere-se ao penhor de titulos de credito pessoal; de onde se infere a exclusão do penhor de titulos de credito real.

Resposta — Ahi não ha prohibição. Haverá omisão; e esta se preenche com as disposições dos casos analogos, segundo a regra do Codigo Civil, Introducção, artigo 7.º.

Desde que não ha prohibição de dar em penhor titulos de credito hypothecario, a impossibilidade juridica de os dar em garantia pignoratícia somente poderia provir da propria natureza dos titulos. Mas a natureza desses titulos não é obstaculo, a que possam ser dados em caução. Constituido o penhor, notifica-se o devedor hypothecario e faz-se a respectiva averbação á margem da inscripção da hypotheca. Se, vencido o penhor, não fôr paga a divida, que elle garante, o credor pignoratício executal-o-á, procedendo-se, então, como na execução do penhor commum. E' a lição de CARVALHO DE MENDONÇA, em seu luminoso parecer, que adopto por ser exacta a applicação dos principios.

Obstaculo haveria, se o credito garantido por hypotheca se tornasse insusceptivel de cessão; desde, porem, que pode ser cedido, não lhe repugna o empenhamento.

Executado o penhor, o credito empenhado passa para o patrimonio de quem o tiver adquirido na execução; e, como a hypotheca é accessoria da obrigação principal, acompanhal-a-á nessa mutação. Reduzir-se-á o caso a uma mudança de credor em virtude de sentença.

c) O eminente jurisconsulto, que, no Senado, propoz a correcção do art. 790, que sahira defeituosa, quanto á forma, em sua primeira edição, affirmou que os titulos de credito real não se prestam á caução, e, por isso apenas

se referiu, na redacção, que deu ao dispositivo, aos titulos de credito pessoal.

Resposta — Esta affirmacção tem, certamente, grande valor, attendendo-se a quem a proferiu; mas não é interpretação authentica, nem exprime o pensamento do Corpo Legislativo, no momento em que a lei foi votada. E' uma opinião individual, ainda que muito respeitavel. A lei, desde que é publicada, tem vida propria, independente das opiniões emittidas pelos que tomaram parte em sua elaboracção. Essas opiniões valem como doutrina e não como explicacção irrecusavel do pensamento contido na lei.

CAPITULO V

DO PENHOR RURAL (1)

§ 115

EVOLUÇÃO DO PENHOR RURAL NO DIREITO PATRIO

I. Em 1885, o decreto n. 3.272, de 5 de Outubro, em seu art. 10, autorizou os Bancos, as Sociedades de credito real e qualquer capitalista a fazer emprestimos aos agricultores, a curto prazo, sob o penhor de colheitas pendentes, productos agricolas, de animaes, machinas, instrumentos e quaesquer outros accessorios não comprehendidos nas escripturas de hypotheca e, quando o estivessem, precedendo consentimento do credor hypothecario.

(1) OURO PRETO, *Credito movel*, ns. 41 e segs.; *Trabalhos da Camara*, III, p. 114 e V, ps. 290 e 309; ALMEIDA OLIVEIRA, *Lei das execuções*, notas 26-29, na primeira parte e ns. 1-40, na segunda; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, §§ 29 e 30; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 2.710-2.711; PLANIOL-RIPERT et BECQUÉ, *Droit civil français*, XII, ns. 154, 256, 259, 260 e 264; ROSSEL et MENTHA, *Droit civil suisse*, II, ps. 304-305; R. SALVAT, *Derecho Civil argentino (derechos reales, II)*, ns. 2.555, 2.575 e 3.057.

Esse penhor ficava em poder do mutuário, devia ser inscripto no registro hypothecario da situação do immovel e prevalecia contra qualquer privilegio. Na sua execução applicar-se-iam, quanto ao processo, as normas estabelecidas para as acções hypothecarias.

O regulamento n. 9.549, de 23 de Janeiro de 1886, arts. 106 a 118, desenvolveu os preceitos do decreto anterior, traçando as linhas essenciaes do instituto. Determinou o tempo maximo da duração do penhor agricola, exigiu escriptura publica ou termo judicial para a sua constituição, ordenou que a cessão da divida pignoratícia tambem teria de ser feita por escriptura publica ou termo judicial, attribuiu ao cessionario ou subrogado direitos contra o devedor, eguaes aos do cedente ou subrogante. Facultou ao devedor constituir novo penhor, quando o valor dos bens excedessem o debito anterior; mas, effectuado o pagamento de qualquer das dividas, permaneceriam os bens empenhados pela restante, em sua totalidade. Definuiu os direitos do credor pignoratício, os quaes dependeriam, para valer contra terceiros, de sua inscripção no registro hypothecario.

Accentuando o pensamento de auxiliar a lavoura por meio de emprestimos de capital, garantidos por instrumentos aratorios, machinas, animaes e quaesquer objectos ligados ao serviços de estações ruraes, fructos colhidos ou armazenados, foi publicado o decreto n. 165, de 17 de Janeiro de 1890, que criou os bilhetes á ordem, pagaveis em mercadorias, gozando das garantias da letra de cambio.

Maior desenvolvimento ao credito movel em beneficio da lavoura imprimiu o regulamento hypothecario, n. 370, de 2 de Maio de 1890, que aproveitou as idéas dos actos anteriores, no que apresentavam de acceptavel e accrescentou providencias novas. Os arts. 362 a 374 occupam-se com o penhor agricola, que comprehende os animaes e outros objectos ligados ao serviço de situações ruraes e immoveis por destino. Talvez, se estendesse, nessas

determinações, um pouco além do que a prudencia e a technica permittiam. Os arts. 375 a 378 estabelecem as normas reguladoras do credito agricola movel. E os arts. 379 e 380 referem-se aos bilhetes de mercadorias já creados pelo decreto n. 165, de 17 de Janeiro, cujos dispositivos sobre este assumpto reproduzem.

O decreto n. 2.415, de 28 de Junho de 1911 considerou susceptiveis de penhor agricola coisas, que não haviam sido incluídas nos actos acima citados: gomma elastica, piaçava, cacau e herva mate.

O Codigo Civil, nos arts. 781 a 783, regula o penhor agricola e nos arts. 784 a 788, o penhor de animaes. Este ultimo, o penhor pecuario, não fôra posto em relevo pelos dispositivos legaes anteriores. A idéa apparece no *Projecto* de COELHO RODRIGUES, arts. 1.676 e seguintes, acompanhado pelo *Projecto primitivo*, arts. 882 a 886 e pelo *Revisto*, arts. 927 a 931.

Depois do Codigo Civil, foram publicados: o decreto n. 13.407, de 13 de Janeiro de 1919, que autorizou o penhor mercantil de tecidos e materia prima (algodão e lãs nacionaes) em garantia de emprestimos feitos no Banco do Brasil; a lei n. 492, de 30 de Agosto de 1937, que regulou o penhor rural e é, actualmente, o assento legal da matria; e o decreto-lei n. 2.616, de 20 de Setembro de 1940, que dispõe sobre o registro do penhor rural.

II. A discussão do *Projecto* de Codigo Civil, no que se refere ao penhor agricola ou pecuario, merece uma referencia. A Commissão da Faculdade Livre de Direito, do Rio de Janeiro, censurou o *Projecto* por ter reduzido o objecto do penhor e restringido o prazo respectivo, afastando-se assim do estabelecido no deirect n. 370, de 2 de Maio de 1890; e o relatôr da Camara dos Deputados adoptou a censura (2).

(2) *Trabalhos da Commissão especial da Camara*, vol. III, p. 116.

Mais radical e em sentido opposto, foi a critica do Snr. ANDRADE FIGUEIRA. Condemnava o penhor agricola por ter sido invenção de intermediarios e por não aproveitar ao lavrador, nem aos Bancos, nem aos proprios intermediarios. Indo ao amago da questão, propunha a eliminação desse instituto, por subverter conceitos juridicos essenciaes, com transformar coisas immoveis em moveis, os fructos pendentes, e dar ao objecto do empenho um valor ficticio. Para eile o penhor agricola devia restringir-se aos fructos depois de colhidos. Seria o penhor commum. "O que é preciso, dizia, é extirpar essa idéa de converter em móvel o que é immovel; o que é preciso é não alterar a natureza do penhor" (3).

A sua critica, porem, não vingou. E o penhor agricola foi mantido com os accrescimos propostos pela Comissão da Camara dos Deputados.

§ 116

NOÇÃO GNERICA DO PENHOR RURAL

I. *Penhor rural é o que tem por objecto productos e instrumentos agricolas, assim como animaes utilizados na industria pastoril, agricola ou de lacticinios, que se conservam em poder do devedor, mas se acham vinculados ao pagamento de divida relacionada com a exploração das mencionadas industrias.*

(3) *Trabalhos citados, vol. V, ps. 290-291.*

Compreende duas especies: o agricola e o pecuario, conforme a coisa empenhada é elemento de exploração agricola ou gado.

A escriptura publica ou particular do contracto de penhor rural deve conter:

I Os nomes, prenomes, estado, nacionalidade, profissão e domicilio dos contractantes;

II O total da divida ou a sua estimação;

III O prazo fixado para o pagamento;

IV A taxa dos juros, se houver;

V As coisas ou animais dados em garantia;

VI A denominação, confrontação e situação da propriedade agricola, onde se encontrem es coisas ou animaes empenhados e bem assim a data da escriptura de sua aquisição ou arrendamento e numero de sua transcripção immobiliaria (lei n. 492 de 30 de Agosto de 1937. art. 2.º, § 2.º)

Pode o penhor rural ser ajustado em garantia de obrigação de terceiro. Neste caso, as coisas ou animaes empenhados ficam em poder daquelle que deu a garantia ou sob a sua responsabilidade (lei citada, art. 3.º)

Fallecendo aquelle que tem, na sua posse e guarda, as coisas ou animaes empenhados, o credor pode requerer ao juiz a nomeação de um depositário (art. 3.º, § 1.º). No caso de abandono dos objectos de penhor, pode o juiz confiar-lhe a conservação e guarda (art. 3, § 4)

O credor, ou endossatario de cedula rural pignoratícia, tem o direito de verificar e inspeccionar o estado das coisas ou animais empenhados, por si ou por pessoa de sua confiança, assim como o de pedir informações escritas ao devedor ou a quem empenhou bens seus em beneficio de terceiro. Se não lhe facultarem a verificação ou lhe recusarem as informações, poderá o credor, se lhe con-

vier, considerar, immediatamente, vencida e exigível a dívida (art. 3, §§ 2 e 3)

Coisas inanimadas de estabelecimentos agricolas ou animaes de fazendas de criação podem ser dados em penhor rural, embora os immoveis, onde se encontram esses bens, estejam hypothecados; mas esse penhor não prejudica a prelação da hypotheca, nem lhe restringe a extensão (art. 4) (1)

Poderá ser constituído segundo penhor rural sobre os mesmos bens, desde que o valor destes possa cobrir o das dividas; mas ao pagamento dellas fica assegurado o direito de prioridade (art. 4, § 1.º), e a garantia subsiste integra para o pagamento da divida coberta pelo segundo penhor (§ 2.º)

Por applicação do art. 762, ns. IV e V, do Codigo Civil, o preço da indemnização, nos casos de desapprópriação, de seguro ou de damno, toma o lugar dos bens empenhados (lei citada, art. 5)

II O penhor rural, tal como o traçou a lei n. 492 de 30 de Agosto de 1937, adoptando a orientação seguida pela legislação anterior e retocando-a em varios pontos, é forma anormal ou mixta entre o penhor commum e a hypotheca. Como esta, recáe sobre immoveis, quando tem por objecto frutos pendentes ou em via de formação, madeira preparada para o corte, elementos accessorios de estabelecimentos agricolas; e, ainda como ella, não destaca os bens gravados da posse do devedor. Esta construcção de penhor rural levou escriptores suissos a denominarem-no *hypotheca movel* (2) No direito civil

(1) O Codigo Civil, art. 783, exigia annuencia do credor hypothecario; dada no proprio instrumento de constituição do penhor.

(2) ROSSEL et MENTHA, *Droit civil suisse*, II, ps. 304 e 305.

suisso essa designação é adequada, porque o penhor semelhante ao de que trata a nossa lei tem por objecto coisas realmente móveis, como é o gado (3); mas, no direito brasileiro, além do penhor pecuário, temos o agrícola, no qual ha, a par de coisas moveis empenhadas, coisas imóveis; não se ajusta ao nosso penhor rural a classificação de hypotheca movel

Alem disso, para accentuar a anormalidade do penhor rural, elle pode ter por objecto coisas que ainda não adquiriram a sua forma definitiva: as colheitas em via de formação. Nessa extensão dada ao penhor rural, aliás, como lembra AFFONSO FRAGA (4), não ha novidade, pois que a *Ordenação* do livro IV, titulo 56, principio, fala de penhor de coisa movel ou immovel; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 627, entre os bens, que podem ser empenhados, menciona os fructos pendentes dos bens de raiz, fundando-se no direito romano (D. 20, 1, § 15, pr.), que facultava a hypotheca dos fructos pendentes, do filho no ventre da escrava (*partus ancillae*) e do feto do gado. Vem de longe a idéa; mas, dado o conceito do penhor commum, tal como o temos em nosso direito, de vinculo real sobre moveis transferidos, temporariamente, ao credor, o penhor rural é figura juridica discrepante da pureza dos principios

III O Codigo Civil suiso, a que acima se alludiu organiza o penhor pecuário do modo seguinte: — Art. 885 Podem constituir-se penhores de gado, sem transferência da posse, por meio de inscripção em registro publico e aviso dado ao official das execuções, para garantir empréstimos a estabelecimentos de credito e sociedades cooperativas, que tenham obtido da autoridade compe-

(3) V. adiante o n. III deste mesmo paragrapho.

(4) *Direitos reaes de garantia*, n. 79.

tente do cantão, onde têm a sua séde, o direito de realizar essas operações.

A construcção juridica differe da estabelecida no direito patrio, pois que somente em garantia de creditos de certos estabelecimentos ou sociedades cooperativas é permitido o penhor de gado, e é necessário que a autoridade cantonal competente haja autorizado as entidades indicadas a realizar essas operações. Entre nós, a lei é mais liberal; permite garantir com o penhor rural qualquer divida, comtanto que sejam de agricultores ou criadores, em proveito da exploração agricola ou pecuaria.

Não regula o Codigo Civil suiso o penhor agricola propriamente dito.

O Codigo Civil do Mexico assim dispõe, no seu artigo. 2.857: — Tambem podem ser objecto de penhor os fructos pendentes dos bens de raiz, que devem ser recolhidos em tempo determinado. Para que este penhor produza effeito contra terceiro, é necessario que se inscreva no Registro Publico da situação do immovel respectivo.

Aquelle que dá os fructos em penhor se considera depositario delles, salvo convenção em contrario.

A *Reforma* projectada do Codigo Civil argentino denomina o penhor agricola e pecuario *prenda con registro*, porque dispensa tradição e se constitue pela inscripção no registro creado para esse effeito. O devedor fica com as coisas empenhadas a titulo de depositario. Ese penhor recae sobre machinas moveis ou fixas, instrumentos, fructos correspondentes ao anno agricola do contracto, sejam pendentes ou separados, madeiras, productos de mineração e os da industria nacional, como tambem se-moventes de todo genero (arts. 1.792 e 1.793). Outras disposições completam a estructura do instituto (arts. 1.794 a 1797).

§ 117

DO PENHOR AGRICOLA

Podem ser objecto de penhor agricola:

I. Colheitas pendentes ou em via de formação, que resultem de previa cultura, quer de producção espontanea do solo;

II. Fructos armazenados, em ser, ou beneficiados e acondicionados para venda;

III. Madeira das matas, preparadas para o corte ou em toros, ou já serrada e lavrada;

IV. Lenha cortada ou carvão vegetal;

V. Machinas e instrumentos agricolas (lei n. 492 de 30 de Agosto de 1937, art. 5.º)

Esta enumeração differe um pouco da que faz o Código Civil, art. 781. As colheitas em via de formação deviam ser, para o Código Civil, as *do anno do contracto*. Pareceu ociosa essa clausula, que, aliás, dava maior precisão e clareza ao dispositivo. A lei accrescentou aos objectos indicados pelo Código Civil o carvão vegetal e supprimiu o numero referente aos animaes de serviço ordinario do estabelecimento agricola, para enquadrá-lo na enumeração dos objectos do penhor pecuario, o que tambem não parece acertado, porque esses animaes são elementos componentes do estabelecimento agricola e não bens da industria pastoril, ou individuos de rebanhos das fazendas de criação.

O prazo da duração do penhor não excederá de dois annos, prorrogaveis por mais dois. Aliás esse prazo se torna indeterminado, porque, ainda vencido, subsiste a garantia enquanto subsistirem os bens empenhados (lei citada, art. 7.º pr., modificada pelo decreto-lei n. 4.360, de 5 de Junho de 1942, art. 1.º).

Quando o objecto do penhor agrícola fôr colheita pendente ou em via de formação, estender-se-á a garantia á immediatamente seguinte, se se frustrar ou fôr insufficiente a empenhada, desde que o credor concorde em financiar a nova colheita. Para isso o devedor o notificará, com 15 dias de antecedencia. Não fixa a lei o ponto de partida desse prazo; devemos entender que se ha de contar da data da notificação. Não querendo ou não podendo o credor financiar a nova safra, tem o devedor o direito de contractar novo penhor com outro capitalista em garantia de debito não excedente ao primeiro. Havendo excesso do valor da nova colheita sobre a divida, que ella garante, reverterá em favor da divida anterior (artigo 7.º, § 1.º).

Não entrando em accordo as partes, sobre esse ponto, o primeiro credor poderá requerer ao juiz da situação do immovel que especia mandado afim de estender-se o penhor á colheita immediata (art. 7, § 2.º).

Podem as partes convencionar que os fructos sejam remetidos ao credor, que ficará como depositario delles ou será autorizado a vendel-os, prestando contas ao devedor como seu commissario (art. 8).

O locatario, o colono ou qualquer prestador de serviços necessitam do consentimento expresso do proprietario para contractar penhor agrícola (art. 9).

A prorrogação do prazo do vencimento da divida garantida por penhor agrícola se documenta por escripto particular, assignado pelas partes e averbado á margem da transcripção do penhor (art. 7, § 4.º).

São essas as disposições que, segundo a lei n. 492 de 1937, dão forma ao penhor agrícola. Algumas dellas requintam a anormalidade dessa figura do penhor pela falta de firmeza das relações, preponderancia dos direitos do credor e extensão do vinculo para colheitas successivas independentemente da vontade do devedor penhorante

§ 118

DO PENHOR PECUARIO

“Podem ser objecto de penhor pecuario os animaes. que se criam pascendo para a industria pastoril, agricola ou de lacticinios, em qualquer de suas modalidades, ou de que sejam simples accessorios ou pertences de sua exploração”, diz a lei n. 492, de 1937, art. 10. Devemos entender que pode ser objecto desta forma de penhor o gado vaccum, cavallar, muar, ovidio e capridio.

O Codigo Civil não contemplava os animaes ligados ao serviço de uma situação agricola, segundo já foi observado, como objectos de penhor pecuario, por serem accessorios do estabelecimento e participarem da natureza delle. O decreto n. 370, de 2 de Maio de 1890, art. 362, b, tambem incluia esses animaes entre os objectos do penhor agricola. E parece mais logica essa distribuição.

Nas outras disposições, harmonizam-se a lei e o Codigo

A escriptura do penhor pecuario, sob pena de nulidade, deve designar os animaes com a maior precisão, indicando o lugar, onde se encontram e o destino, que têm, mencionando, de cada um a especie, denominação commum ou scientifica, raça, grau de mestiçagem, marca, signal, nome, se tiver, e todos os caracteristicos por que se distinguem (lei, art. 10 § unico). O Codigo Civil, art. 784, é synthetico, diz, porem, resumidamente, a mesma coisa

Não pode o devedor vender o gado sem o expresso consentimento escripto do credor (Codigo Civil, art. 786, lei n. 492, art. 12, pr.) O gado fica em poder do devedor, mas, vinculado ao pagamento da divida por este contrahida, não pode ser vendido nem mesmo distrahido do estabelecimento, onde se encontrava ao firmar-se o contracto, sem accordo do credor, pois taes actos importam

alteração no contracto e desvio do vinculo. O devedor tem a propriedade e a posse restrictas pela finalidade do penhor. A lei o considera depositario, embora não lhe tire a utilização do gado empenhado.

Quando o devedor pretenda vender o gado, ou, por negligente, ameace prejudicar o credor, poderá este requerer que se depositem os animaes sob a guarda de terceiro, ou xigir que se lhe pague a divida immediatamente (Codigo Civil, art. 786, lei n. 492, art. 12, § 1.º). Esta providencia é a sancção legal da regra precedente: defende os direitos do credor, actua sobre o animo do devedor para que se mantenha na linha do dever, ou funda a repressão, se este não attender á advertência.

Os animaes mortos serão substituidos por outros da mesma especie, que ficarão subrogados no penhor (Codigo Civil, art. 787, lei n. 492, art. 12, § 2.º). Esta substituição presume-se, mas deve constar de menção addicional ao respectivo contracto, para valer contra terceiros (Codigo Civil, art. 787, paragrapho unico e lei n. 492, art. 12, § 3.º).

O prazo do penhor pecuario não deve exceder de tres annos, aliás prorogaveis por egual periodo, averbando-se a prorrogação no titulo respectivo. Vencida a prorrogação, o penhor será excutido ou reconstituido (Codigo Civil, art. 788, lei n. 492, art. 13, decreto-lei n. 4.360, de 5 de Junho de 1942, art. 2.º).

Nos arts. 14-30, a lei n. 492, de 30 de Agosto de 1937 regula o credito móvel pela letra rural pignoratícia, expedida pelo official de registro de immoveis do lugar, onde se acham os bens empenhados, o que ficará averbado á margem da transcrição do penhor agricola ou pecuario.

Essa cedula é transmissivel por endosso em preto, sem clausula alguma restrictiva ou condicional, e investe o endossatario nos direitos do endossante contra os signatarios anteriores e contra o devedor pignoratício.

CAPITULO VI

DA TRANSCRIPÇÃO DO PENHOR

§ 119

DOS REGISTROS EM QUE SE INSCREVE OU TRANSCREVE O PENHOR

I. O penhor rural transcreve-se no registro de imóveis da comarca, em que estiverem situados os bens empenhados (lei n. 492, de 30 de Agosto de 1937, art. 2, confirmado pelo decreto-lei n. 2.612, de 20 de Setembro de 1940, art. 1.º). No mesmo registro, averbam-se as cessões, as subrogações e os cancellamentos.

O decreto n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939, art. 178, n. XIII, mandava *inscrever* no registro de imóveis o contracto de penhor rural. Mas o decreto-lei n. 2.612 de 20 de Setembro acima citado exige *transcrição*. A inscrição é registro por extracto e a transcrição registro por copia integral do titulo.

II. O penhor *commum*, quando feito por instrumento particular transcreve-se no registro de titulos, determina o decreto n. 4.857 de 9 de Setembro de 1939,

com as alterações feitas pelos decretos n. 5.318, de 29 de Fevereiro de 1940 art. 134, II. Quando feito por escritura publica não necessita de ser registrado, mas nada impede que o seja, se o dezerar o interessado, credor ou devedor (decreto citado, art. 134, VIII).

III. A caução de títulos de credito pessoal e da divida publica federal, estadual ou municipal será transcrita no registro de títulos e documentos (decreto citado, art. 134, III) (1)

IV. O interesse principal da transcrição do penhor é do credor, pela segurança e authenticidade, que, por essa formalidade, adquire o documento do seu direito. Mas ao devedor também cabem direitos na relação pignoratícia, a que se recorre; por isso, também elle, como o credor, exhibindo o respectivo instrumento particular nos termos do art. 35 do Código Civil, pode fazer transcrever o penhor (Código Civil, art. 800)

V. O cancelamento da transcrição no registro de títulos e documentos poderá ser feito em virtude de sentença, ou de documento authenticico, de quitação ou de exoneração do título registrado (decreto citado, art. 174). O devedor pignoratício, apresentando a quitação do credor com firma reconhecida, se o documento fôr particular poderá fazer cancellar a transcrição. O mesmo direito compete ao adquirente do objecto do penhor por adjudicação, compra, successão ou remissão, exhibindo o seu título, que será restituído, depois de registrado em sua íntegra (Código Civil, art. 801, decreto citado, art. 178).

A compra, a que se refere este dispositivo, é a da coisa empenhada. O comprador entrega o preço ao credor pignoratício, que a vendeu, de accordo com o deve-

(1) Veja-se o § 112.

dor (Codigo Civil, art. 774, III) e está autorizado a promover o cancellamento do penhor.

O adquirente por sucessão, se encontra o penhor extinto, mas não cancellada a respectiva transcrição, obterá o cancellamento, exhibindo o documento da quitação em devida forma.

VI. A inscrição do penhor rural, no registro de immoveis, independe do consentimento do credor hypothecario. Será promovida pelo credor ou pelo devedor.

CAPITULO VII

DA EXTINCCÃO DO PENHOR

§ 120

DOS MODOS PELOS QUAES SE RESOLVE O PENHOR (1)

I. Resolve-se o penhor:

- a) Extinguindo-se a obrigação principal;
- b) Percendo a coisa;
- c) Renunciando o credor;
- d) Dando-se adjudicação judicial, remissão, ou venda amigavel do penhor, se a permittir, expressamente, o contracto, ou fôr autorizada pelo devedor, ou pelo credor;
- e) Confundindo-se, na mesma pessoa, as qualidades de credor e dono da coisa.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 167; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 115; OURO PRETO, *Credito movel*, ns. 104 a 112; AFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 38; S. VAMPRÉ, *Manuel*, II, § 109; *Codigo Civil*, art. 802.

II. O penhor é constituído para assegurar o pagamento de uma obrigação. E' direito accessorio desta. Se a obrigação se extingue desaparece a razão de ser do penhor; elle extingue-se por via de consequencia e falta de fundamento.

Os modos pelos quaes se extingue a obrigação estão declarados no Codigo Civil, arts. 930 a 955: pagamento directo, por consignação, com subrogação, por imputação, quando ha mais de um debito, por dação em pagamento, por novação, por compensação, por transacção, por confusão, pela remissão da divida e ainda pela annullação do debito.

Cumpre, entretanto, notar que, se a obrigação se extingue pelo pagamento feito com subrogação, como, em lugar della outra nasce, para esta outra se transporta a garantia pignoratícia (Codigo Civil, art. 988).

Se o pagamento da divida não fôr integral, subsiste a garantia pignoratícia.

III. O objecto do penhor é uma coisa movel determinada. Se essa coisa perece, o penhor fica sem objecto, o vinculo constitutivo do direito real desfaz-se por falta de ponto de apoio. Todavia, se a coisa dada em penhor estava no seguro ou foi destruida por acto culposo de alguém, ou desapropriada por utilidade publica, recáe o penhor sobre a indemnização do seguro, ou paga pelo responsavel, ou realizada pelo desapropriante. Em taes casos, a extincção será simples substituição de objecto.

Se, em vez de perecimento houver deterioração ou perda parcial, subsistirá o vinculo pignoratício, que deverá ser reforçado, ou excutido o penhor, respondendo o devedor, pessoalmente, pela divida restante.

IV. O credor pode renunciar o penhor, desde que seja capaz civilmente e o acto se realize por modo valido em direito. A renuncia da divida garantida pelo penhor envolve a deste; mas, se a renuncia se limita á garantia

pignoraticia, a dívida subsiste, embora desacompanhada do direito real, que lhe assegurava prelação.

Em tres casos, o Codigo Civil presume a renuncia do credor pignoraticio (art. 803):

a) Quando elle consente na venda particular do penhor pelo devedor, sem reserva do preço para o pagamento da dívida. Neste caso, entende-se que a renuncia attinge a obrigação principal, porque é o devedor que recebe o preço da coisa empenhada com assentimento do credor pignoraticio, que já abrija mão da garantia do seu credito.

b) Quando restitue ao devedor a posse da coisa empenhada. No penhor rural, o devedor tem a posse directa ou derivada dos bens empenhados. Neste caso a restituição da posse indirecta ou originaria deve constar de actos, que manifeste, claramente, a vontade de renunciar.

Esta modalidde da renuncia não acarreta a da obrigação, restringe-se ao direito real (Codigo Civil, artigo 1.054).

c) Quando o credor annuir na substituição do penhor por outra garantia. Haverá, neste caso, um contracto entre o credor e o devedor, em virtude do qual a coisa empenhada se liberta do vinculo real pignoraticio, e se estabelece outra garantia differente para o pagamento da dívida.

V. Não pagando a dívida pignoraticia, o devedor se encontrará na situação de ser excutido o penhor, pelo credor, salvo se do contracto constar autorização expressa para que a coisa seja vendida amigavelmente pelo credor, ou se o devedor der procuração especial ao credor para effectuar a venda amigavel (Codigo Civil, art. 774, III.).

Em falta de accordo para a venda amigavel, dar-se-á a execução do penhor. Não se apresentando licitante, que offereça preço igual ao da avaliação, com os abatimentos consequentes, pode o credor requerer que o bem lhe seja adjudicado. Se o valor do bem adjudicado exceder a im-

portancia da divida, o credor adjudicatario entregará c excessõ ao devedor.

Na execução do penhor, não se dá concurso credito-rio, porque ella se restringe ao objecto empenhado, o qual, sujeito por direito real ao pagamento da divida pignora- ticio, não abre espaço á apuração do valor de outros credi- tos além do pignoraticio, salvo quanto ao excessõ, se hou- ver, entre o valor do objecto empenhado e a divida.

VI. Se o domínio da coisa empenhada se resolve, o penhor se extingue, porque o penhor presuppõe, da parte do penhorante, o direito de propriedade. Só aquelle que pode alienar, declara o art. 756, principio, do Codigo Ci- vil, poderá empenhar. Ora um dos elementos constitutivos do direito de propriedade é o poder de dispor; logo, se fal- ta esse poder, por não existir a propriedade, não é pos- sivel subsistir penhor (2).

VII. Extingue-se o penhor por confusão, quando o credor adquire a coisa empenhada, porque nelle se reu- nem, então, as qualidades de credor e dono da coisa.

Se a confusão se der somente em relação a uma par- te da divida, a garantia pignoraticia subsistirá inteira, em relação ao resto (Codigo Civil, art. 804), em virtude do principio da indivisibilidade da garantia real, que recáe sobre a totalidade do bem e sobre cada uma de suas par- tes. Se, por exemplo, um dos co-devedores redime o pe- nhor (Codigo Civil, art. 766), fica subrogado nos direi- tos do credor, que assim desinteressou, isto é, tornou-se credor pignoraticio, com a garantia real abrangendo a to- talidade do bem, para exigir o pagamento, de cada um dos coobrigados e excutir o penhor contra os outros co-deve- dores.

(2) Veja-se o § 91. O penhor não pode recahir sobre coisa per- tencente a outrem, se este não dá o seu consentimento.

VIII. Pode o penhor ser constituído por determinado tempo. Findo o prazo, extingue-se o penhor. Os romanos mencionavam este caso, de modo geral (3), e o nosso direito o reconhece, de modo geral, especialmente, em relação ao penhor agrícola, que se convencionava pelo prazo de um anno prorogavel por mais outro (lei n. 497, de 30 de Agosto de 1937, art. 7.º, pr.), e ao pecuario, cujo prazo maximo é de dois annos, prorogavel por equal periodo (lei citada, art. 13).

IX. Alguns autores ainda se referem á nullidade da obrigação principal e á sua prescripção, como casos particulares da extincção do penhor; mas ambos elles entram no caso geral da extincção da divida, acima considerado sob o numero II. Evidentemente, não pode sobreviver o penhor á obrigação cuja implemento elle assegura.

Diz-se que a prescripção extingue a obrigação civil, mas deixa subsistir a natural. Pondo de lado essa designação equívoca, admittindo que haja obrigação naturaes, ha que ponderar o seguinte: O penhor tem por fim assegurar o cumprimento de uma obrigação; e para que essa obrigação tenha o seu cumprimento assegurado por vínculo real, ha de ser exigivel judicialmente; mas a obrigação natural não é exigivel coercitivamente, e se o penhor a tornasse coercitivamente exigivel, deixaria de ser natural. Não ha, pois, razão plausivel para tomal-a em consideração.

(3) D. 20, 6, fr. 6, de ULPIANO.

CAPITULO VIII

DA ANTICHRESE (1)

§ 121

NOÇÃO E DADOS HISTORICOS

I. *Antichrese é o direito real sobre immovel alheio, em virtude do qual o credor o possui, afim de perceber-lhe os fructos e imputal-os no pagamento da divida, juros*

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 168-171; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 117-120; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, n. 376; A. DIONYSIO GAMA, *Da antichrese; Contractos por instrumento particular*, ns. 868 a 881; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, §§ 40-57; MARTINHO GARCEZ, *Direitos das coisas*, § 322; S. VAMPRÉ, *Manual*, II, §§ 119 e segs.; ALMACHIO DINIZ, *Direito das coisas*, § 75; T. DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 768 e nota 2; COELHO DA ROCHA, §§ 668-670; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 2.490-2.499; PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *Droit civil français*, XII, ns. 280-304; HUC, *Commentaire*, XII, ns. 407-419; AUBRY et RAU, *Cours*, VI, ns. 436 e segs.; KOHLER, *Lehrbuch*, II, 2.^a parte, § 168; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, § 114, 3, e 136, 3; DERNBURG, *Pandette*, I, § 278; WINDSCHEID, *Pandette*, § 234, nota 5; *Trabalhos da Camara*, V, ps. 311-313, discurso de COELHO RODRIGUES; CALVINO, vb. *Antikresis*; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, I, ps. 321-323; R. SALVAT, *Derechos reales*, II, ns. 2.673-2.722.

e capital, ou somente dos juros (Codigo Civil, art. 805. pr. e § 1.º).

Este é o conceito da antichrese em nosso direito; mas é a ultima phase de uma evolução, que se veio processando através dos seculos. Eruditas investigações apontam o contracto antichretico na legislação do Egypto antigo.

No direito romano, a antichrese é um pacto adjecto ao penhor de movel ou de immovel e não uma forma especial de contracto. O penhor não autoriza o credor a utilizar-se da coisa empenhada; mas, intervindo o pacto antichretico, elle pode colher os fructos da coisa, em cuja posse se acha para assegurar-lhe o pagamento da divida, imputando-os nos juros.

Aliás as fontes romanas apresentam esta forma juridica em phase ainda inconsistente. Assim é que os autores nos falam de antichrese tacita, de antichrese sem contracto de penhor e de antichrese em sentido proprio, como o contracto, em virtude do qual o devedor concede ao credor os fructos de uma coisa em logar dos juros (2). E, attendendo á etymologia, esse é o verdadeiro sentido da antichrese (*antichrese* contra o gozo). E' o penhor em que o credor tem o gozo da coisa empenhada.

O direito canonico viu na antichrese um desfarce da usura e a reprovou.

Essa prevenção ostentava o direito portuguez das Ordenações, que, no livro quarto, titulo sessenta e sete, colloca a antichrese entre os condemnados contractos usurarios. "Tal contracto de apenhamento, ahi se declara, feito com clausua que o credor haja em salvo as rendas e fructos da coisa apenhada, até ser pago de sua divida, será usurario, e haverão os contrahentes as penas conteudas neste titulo".

(2) DERNBURG, *Pandette*, § 278. Poucas referencias se deparam no *Corpus juris romani* a respeito da antichrese, e Justiniano prohibiu a sua applicação aos immoveis ruraes.

Modificaram-se, depois, as idéas, por influencia de BENTHAM, que fez a *Defeza da usura*, e do principio da liberdade contractual, que se traduziu, entre nós, com a lei de 24 de Outubro de 1932, declarando, em seu art. 1.º: "O juro ou premio do dinheiro, de qualquer especie, será aquelle que as partes convencionarem". Em virtude dessa nova ordem de idéas, a antichrese, que pelas Ordenações só era permittida entre o senhorio directo e o emphyteuta, pode ser, livremente, convencionada.

A lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, reformando a legislação hypothecaria existente, incluiu a antichrese entre os onus reaes, que podem ser instituidos sobre os immoveis (art. 6). E o decreto n. 3.433, de 25 de Abril de 1865, art. 261, reproduziu esse dispositivo, sem definir a figura juridica da antichrese. Foram substituidos a lei e o decreto citados, pelos decretos n. 169-A, de 19 de Janeiro de 1890, e n. 370, de 2 de Maio do mesmo anno, que deram certo relevo á antichrese, sem todavia, desprendel-a da orbita da execução hypothecaria em determinados casos. O regulamento das sociedades de crédito real, mandado observar pelo decreto n. 3.471, de 3 de Junho de 1865, já havia, de certo modo, ainda que deficientemente, caracterizado a antichrese na execução do immovel hypothecario pela referidas sociedades (2). Á essa forma de antichrese é que se referiram os citados decretos numeros 169-A, de 19 de Janeiro de 1890, art. 19, §§ 3.º a 5.º,

(2) Art. 70 — Não convindo, porem, á sociedade a excussão do immovel hypothecado, poderá elle requerer o sequestro do immovel, para pagar-se pelas suas vendas, pelo modo, que se faculta no artigo seguinte.

Art. 71 — O sequestro se resolverá:

§ 1.º Ou no deposito em poder do devedor, obrigando-se este, como depositario judicial, a entregar a sociedade os fructos e rendimentos do immovel hypothecado, deduzidas as despezas, que forem ajustadas entre elle e a sociedade.

§ 2.º Ou em antichrese, requerendo a sociedade a immissão de posse do immovel para administral-o, por si ou por outrem, até o pagamento da annuidade, juros della e despezas da administração.

e n. 370, de 2 de Maio do mesmo anno, arts. 340 a 345, dando-lhe mais efficiencia em beneficio da sociedade de credito real.

II. Alguns autores apontam serios inconvenientes na antichrese, razão peia qual, dizem, ella é de pouco uso (3). Parece, entretanto, que essas prevenções exprimem, ao menos em parte, os suspeitas de usura. Accusam-na de retirar o immovel da posse e do gozo do proprietario; de entravar a circulação dos bens e de esgotar o valor de credito do immovel, impedindo o devedor de obter sobre elle novas garantias; de ser um modo de pagar-se o credor por suas proprias mãos. Mas parecem frageis essas censuras. Se o immovel é voluntariamente, reirado da gestão do devedor, para que o credor o explore e possa pagar-se com os rendimentos obtidos, é, naturalmente, porque o devedor não soube tirar do bem as vantagens que elle poderia produzir. Não impede a antichrese que o immovel por eila gravado possa ser vendido; naturalmente, quem o adquirir tratará de liberal-o. Se o devedor não pode onerar o predio com outra antichrese, nada o impede de hypothecal-o, e assim ainda o predio lhe garantirá novo credito. A antichrese não é onus perpetuo, nem o credor antichretico pode reter o immovel indefinidamente, além de responder pelos fructos que deixar de perceber.

III. E' ocioso examinar se a antichrese, no direito patrio, é direito real ou pessoal. A lei hypothecaria de 1864, o seu regulamento, os decretos 169-A, e 370 de 1890, assim como o Codigo Civil a classificam entre os direitos reaes. Na lei e nos decretos anteriores á codificação, apparece como onus real, e o Codigo Civil, collocando-se

(3) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *Suretés réelles*, I, n. 282; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 41, com apoio em COLIN et CAPITANT, *Droit civil français*, II, ps. 752-753.

no ponto de vista de uma construção mais geral e positiva, a disciplina como direito real de garantia, ao lado do penhor e da hypotheca.

E' opponivel contra terceiro e adhere ao immovel para a percepção de suas utilidades pelo credor. Em doutrina, portanto, se lhe deve, tambem, reconhecer o caracter de direito real, porque é penhor de immovel, confere a posse do bem sobre cujos fructos recáe, acompanha o mesmo nas mutações convencionaes da propriedade, e tem caracter exclusivo.

IV. Recaindo a antichrese sobre fructos de immovel, apresenta pontos de semelhança com o penhor agricola.

Uma e o outro são direitos reaes de garantia, destinam-se a saldar uma divida com o rendimento do immovel, que oneram. Differem, porem, em que: a) na antichrese, o immovel é entregue ao credor, para que o administre e colha para si os fructos, enquanto que, no penhor agricola, o immovel permanece na posse do devedor, ou de quem o deu em garantia pignoratícia, não podendo, entretanto, desviar os fructos do vinculo, a que estão sujeitos; b) se o valor do rendimento cobre a divida e deixa margem, sobre esta pode o devedor constituir novo penhor, mas, na antichrese todos os fructos do immovel estão vinculados ao pagamento da divida, o que impossibilita a constituição de segunda antichrese sobre o mesmo immovel; c) além disso, o penhor agricola se inscreve, e a antichrese se transcreve no registro de immoveis, segundo preceituam o decreto n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939, art. 178, a, XIII; a lei n. 492, de 30 de Agosto de 1937, art. 2.º (quanto ao penhor rural); o citado decreto n. 4.857, no mesmo artigo, letra b, n. II, e o Codigo Civil, art. 796.

§ 122

DA CONSTITUIÇÃO DA ANTICHRESE

I. A antichrese constitue-se por um contracto, em virtude do qual, o devedor, ou alguém por elle, entrega um immovel ao credor, para que este, fazendo seus os fructos e os rendimentos, se pague da divida, ou somente dos juros.

O contracto deve ser lavrado por escriptura publica (Codigo Civil, art. 134, II) e transcripto no registro de immoveis (Codigo Civil, art. 676, e decreto n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939, art. 178, b, II). Será dispensada a escriptura publica se o valor do direito real não exceder de um conto de reis.

O contracto antichretico, tal como, em geral, os actos juridicos, presuppõe, para a sua validade, que sejam capazes as pessoas, que o celebram.

O immovel será entregue ao credor, que sobre elle exerce a posse directa e a propriedade sobre os fructos, que perceber. A tradição do immovel, só por si, não completa a constituição do direito real, que somente com a transcrição se ultima. Antes della, ha um contracto, uma relação pessoal, desprovida dos predicados do direito real. Essa é a doutrina do Codigo Civil, que differe da que se encontrava no regulamento n. 370, de 2 de Maio de 1890, artigo 241, que tornava a transcrição necessaria para que os onus reaes valessem contra terceiros, como se não fosse da essencia do direito real prevalecer *erga omnes*. Não se concebe direito real sem esse predicado.

A transcrição pode ser requerida pelo credor, ou pelo devedor, pessoalmente, ou por pessoa que os represente, assim como pelo terceiro, que der a garantia pelo devedor.

II. A antichrese pode ser constituída sem ligação com a hypotheca, ou combinar-se com ella, segundo estatue o Código Civil, art. 805, § 2.º:

“O immovel hypothecado pode ser dado em antichrese pelo devedor ao credor hypothecario, assim como o immovel sujeito a antichrese pode ser hypothecado pelo devedor ao credor antichretico”.

Não pode, porem, o devedor hypothecario dar em antichrese o immovel hypothecado a outrem, que não seja o credor hypothecario; porque o direito de retenção antichretico se não pode formar contra a hypotheca anterior. O direito do credor hypothecario anterior ao antichretico implede que se constitua situação juridica em opposição, quer á faculdade de exigir reforço, quer a de excutir a hypotheca vencida, ou por antecipação, nos casos em que determina a lei. E, sendo o mesmo o credor hypothecario e o antichretico, os interesses não se chocam. Em virtude da antichrese, o credor irá amortizando a divida ou recebendo os juros, e na qualidade de hypothecario, se lhe convier, poderá excutir o immovel, sem prejuizo de sua preferencia sobre o preço.

Admitte-se, entretanto, que o devedor hypothecario o immovel onerado com antichrese a outro credor (Código Civil, art. 808, principio), porque este em nada prejudica a retenção nem a percepção dos fructos do credor antichretico, e quando accitou a garantia hypothecaria não ignorava a limitação della, resultante da antichrese.

Parecerá, talvez falta de symetria nessas proporções: o predio hypothecado somente ao credor hypothecario poderá ser dado em antichrese, ao passo queo predio gravado com antichrese poderá ser hypothecado a outro credor. Mas é que as situações juridicas differem. No primeiro caso, a espehera de influencia da hypotheca absorve o campo em que poderia se estabelecer a hypotheca; e, no segundo, a fruição do credor antichretico pode coexistir com o vinculo hypothecario. Se a data da execução hypothecaria antece-

der ao termo da antichrese, o arrematante, ou o adjudicatario, supportará o onus antichretico.

§ 123

DO OBJETO DA ANTICHRESE

Em nosso direito, somente os immoveis podem ser objecto de antichrese (Codigo Civil, art. 805). Se alguem der em garantia de sua divida um bem movel, para que o credor, com os fructos que perceber, se vá pagando, não constituirá antichrese e sim penhor, com autorização dada ao credor de se utilizar da coisa, imputando os rendimentos na divida.

O immovel deve ser alienavel. Só aqueile que pode alienar pode dar em antichrese, e só as coisas, que se podem alienar, poderão ser dadas em antichrese, preceitua o art. 756 do Codigo Civil, admitindo, entretanto, que o dominio superveniente revalide a garantia, desde a data da transcripção, se quem a deu possuia a coisa a titulo de proprieaario (parapho unico).

E' certo que a antichrese não visa, directamente, o immovel e sim os seus fructos; mas o direito á percepção dos fructos do immovel, como resultado da sua cultura e administração pelo credor, que o retem por direito opo-nivel a todos, é relação juridica incompativel com a inalienabilidade. Diz-se que a hypotheca é um começo de alienação; a antichrese será alienação temporaria da posse e da utilização do bem, porque, sendo direito real, exerce esses poderes dominicaes, sem interposição de pessoa, como seria forçoso, se fosse direito pessoal. E' *jus in re* e não *ad rem*.

A antichrese não attingue a propriedade do immovel, que se mantem no patrimonio de quem o deu em garantia, que o pode alienar, com o onus, que adhire ao mesmo: a retenção pelo credor, afim de colher os fructos e applical-os á solução da divida, segundo o que fôr combinado.

§ 124

DOS DIREITOS DO CREDOR ANTICHRETICO

Cabem ao credor antichretico os seguintss direitos:

I. *Direito de retenção do immovel.* Esta retenção característica da antichrese é a posse directa, com o caracter de direito, que prevalece *erga omnes*, e perdura emquanto subsiste a divida, para a pagamento da qual foi estabelecido esse onus. Não pode, porem, prolongar-se além de trinta annos (Codigo Civil, art. 760), contados da data da transcrição, prazo aliés excessivo. Não havendo transcrição, não haverá direito real antichretico. Podem, entretanto, convencionarem as partes prazo menor.

II. *Direito de gozo e percepção dos fructos.* O credor antichretico pode fruir directamente o immovel, ou arrendal-o a terceiro, salvo estipuição em contrario (Codigo Civil, art. 806). Muitas vezes, acontecerá que ao credor não convenha explorar, pessoalmente, o immovel; é razoavel que lhe seja facultado arrendal-o a terceiro e embolse a renda. Pode, porem, o devedor não desejar que vá ter a mãos desconhecidas o seu immovel, cultivado technica e carinhosamente; e, então combinará com o credor que a fruição do immovel seja pessoal.

Sendo a percepção dos fructos e rendimentos do immovel antichretico destinada a compensar a divida em sua totalidade, ou somente os juros, esse direito ha de ser exercido dentro dos limites de sua finalidade.

III. *Direito de sequela.* Como direito real, que é, prevalece contra todos. Desse direito resultam as seguintes consequências:

a) Se o devedor, ou quem, por elle, deu o immovel em antichrese, alienar esse bem, o onus antichretico seguillo-á, com os attributos, que a lei lhe concede. Onde quer que se encontre o immovel gravado, sobre elle exerce o credor os seus direitos de retenção e de percepção dos fructos e rendimentos.

b) Contra o offensor de sua posse, dispõe o credor dos interdictos de manutenção, prohibitorios e recuperatorios, assim como de todas as medidas defensivas da posse.

Não se acha munido o credor antichretico da acção reivindicatoria, como entendem alguns autores, por não ser dono do immovel. E' a mesma posição do credor pignoraticio. O seu direito de sequela, alem de se traduzir pela adherencia ao immovel, quando este muda de dono, defende-se com os remedios possessorios.

IV. Se o immovel gravado por antichrese fôr objecto de execução por credores chirographarios ou ainda hypothecarios posteriores á transcripção desse onus real, o credor antichretico pode oppor-se por meio de embargos á penhora (Codigo Civil, art. 808, pr.).

Se, porem, permittir a execução do immovel por outro credor, sem oppor o seu direito de retenção ao exequente, não terá preferencia sobre o preço. Também não a terá sobre a indemnização do seguro, quando o predio fôr destruido, nem sobre a da desapropriação (art. cit., § 2.º). O mesmo deve dizer-se da somma que pagar o responsavel pelo perecimento da coisa sujeita á antichrese. E a razão de assim se decidir é que são os fructos do immovel que estão sujeitos ao pagamento da divida, e a retenção é o meio que a lei faculta ao credor antichretico, afim de elle fazer seus esses fructos. Se consente na penhora do immo-

vel, é que abriu mão do seu direito de retenção, condição da percepção dos fructos. Se é elle proprio que executa o immovel, é porque renunciou o seu direito. Em ambos os casos, terá de concorrer com os chirographarios; os credores hypothecarios posteriores á transcripção da antichrese, terão preferênciã sobre o preço do immovel, porque o credito real prefereã o pessoal; tal é a condição em que fica o credor antichretico sem o direito de retenção.

O perecimento do immovel importa extincção da antichrese, por falta de objecto.

§ 125

DAS OBRIGAÇÕES DO CREDOR ANTICHRETICO

I. Administrador de coisa aheia em proveito proprio, o credor antichretico "responde pelas deteriorações, que, por culpa sua, o immovel soffrer", como declara o Codigo Civil, art. 807. Esta obrigação decorre de outra mais geral, que é a de conservar o bem alheio com o zelo, que empregaria na conservação do seu. O preceito de PAULO, *ea, igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur* (D. 17, 7, fr. 14), applica-se a todo aquele que usufrue bem aheio, inclusive o credor antichretico.

II. Dessa obrigação geral, decorrem outras. Assim é que o credor antichretico responde tambem "pelos fructos, que, por sua negligencia, deixar de colher" (Codigo Civil, art. 807, *in fine*). Aliás esta responsabilidade pelos fructos tem outro fundamento, ainda. Os fructos e rendimentos do immovel antichretico hão de ser percebidos

para solução da dívida; se o credor negligencia o aproveitamento do immovel, procede contra a razão de direito, em virtude da qual se acha investido na posse desse bem, e prejudica o devedor, que lh'o entregara afim de com os fructos percebidos amortizar a sua dívida. Haverá, neste caso, violação do contracto antichretico.

III. Tambem está obrigado o credor, sob pena de responsabilidade, a manter o genero de exploração do immovel estabelecido pelo proprietario, salvo accordo com este. Pela antichrese, o devedor entrega o bem tal como é, no momento do contracto e o credor, que deve conhecer os rendimentos, que o devedor está auferindo, com a sua exploração, acceta pagar-se com o que produzir o bem submettido á mesma especie de cultura. Se esta lhe parecer inefficiente, ou não accetar esse modo de pagamento, ou entra em eccordo com o devedor para introduzir outro methodo, seja por occasião do contracto antichretico, seja posteriormente.

IV. E' obrigação do credor antichretico fazer os reparos uteis e necessarios, que a utilização do immovel exigir, pagar foros e impostos, tirando essas despezas, precipuamente, do que render o immovel. Se este nada render, correrão esses gastos por conta do devedor, se outra coisa não se tiver convencionado; ou será devolvido o immovel ao devedor, dissolvendo-se o contracto antichretico, em razão da imprestabilidade desse bem para o fim, a que foi empregado, e, neste ultimo caso, se cancellará o registro do direito real antichretico.

V. Outra obrigação do credor antichretico é prestar contas da sua administração, com os objectivos da bôa conservação e da prudente administração do immovel, assim como da exacta applicação dos rendimentos á compensação da dívida, feita a deducção dos gastos, a que se referiu o n. IV. acima.

Sem esta prestação de contas, periclitariam os justos interesses do devedor em mãos pouco diligentes ou inescrupulosas, e a propria figura juridica da antichrese ficaria desnaturada.

VI. Finalmente, solvida a divida, ou findo o prazo estipulado, é obrigação do credor restituir o immovel ao devedor ou á pessôa, que, por este, o deu em garantia do debito; pois que esse facto determina a cessação da causa, que autorizava a sua posse. Se não cumpre essa obrigação por acto seu, voluntario, será forçado, judicialmente, a fazel-o, usando o proprietario da acção reivindicatoria ou de interdicto contra o esbulho. Ainda que tenha outro credito contra o mesmo devedor, não pode o credor reter o immovel dado em garantia, depois de finda a relação antichretica.

§ 126

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO DEVEDOR ANTICHRETICO

O devedor antichretico, se é dono do bem dado em garantia do seu debito, tem direitos, que emanam desse facto, os quaes não se apagam com o gravame antichretico.

Tem o direito de exigir que o credor, na posse e administração do seu immovel, proceda segundo as normas de um zeloso administrador, para conserval-o, segundo o recebetu, e delle extrahir os fructos e rendimentos, com que se pague; que, sem o seu assentimento não altere o modo de cultura do predio; que o indemneze das deteriorações resultantes de culpa directa ou indirecta; que lhe restitua o bem, uma vez extincta a divida.

Para tornar efficiente esses direitos, dispõe o devedor dos remedios juridicos adequados.

Com o proprietario cabe ainda ao devedor antichretico o direito de alienar o ommivel, que passará ao adquirente com o onus da naticchrese.

Na qualidade de devedor, a posição de quem contracta pagar o seu debito por meio de antichrese é inteiramente passiva, depois da tradição do immovel gravado ao credor. Este retém e administra o bem e se faz pagar com os fructos produzidos. Somente quando o credor prejudica o devedor é que elle pode usar dos direitos que a lei lhe confere para a defeza de seus legitimos interesses, segundo acima ficou exposto. Não é, porem, como obrigado que então se apresenta.

§ 127

DA TRANSCRIPÇÃO DA ANTICHRESE

A transcripção do contracto antichretico, celebrado por pessoas capazes e segundo as regras do direito, no registro de immoveis, é que transforma a relação pessoal em direito real. Antes da transcripção ha tão somente um contracto, creando obrigações entre as partes; com ella firma-se o direito real de antichrese, pois que os direitos reaes sobre immoveis só se constituem ou transmittem, entre vivos, depois da transcripção, declara o art. 676 do Codice Civil, o que, por varias vezes se tem recordado neste livro, affrontando o que haja de enfadonho na repetição, porque alguns juristas ainda, segundo parece, não se desprenderam da influencia do direito civil anterior á codificação, nesta parte, apesar da sua inconsequencia substancial.

apontada por TEIXEIRA DE FREITAS e LAFAYETTE, a cujo senso juridico repugnava existir um direito real, que não prevalecesse *erga omnes*.

A transcrição da antichrese faz-se no registro de immoveis da situação do predio gravado, segundo ordena o decreto n. 4.857, de 9 de Setembro de 1939, com as alterações do decreto n. 5.318, de 29 de Fevereiro de 1940. art. 178, b, II e 179.

§ 128

DA EXTINÇÃO DA ANTICHRESE

A antichrese, constituida para garantir uma obrigação extingue-se com a extincção da mesma obrigação. Como coisa accessoria segue a sorte da principal. A obrigação extingue-se pelo pagamento integral, pelo perecimento do immovel gravado, pela renuncia do credor, pela confusão e pela execução do immovel, promovida pelo credor ou por outrem, sem que o credor lhe opponha embargos, fundado no seu direito de retenção.

Pagamento é a execução, espontanea ou solicitada da prestação devida. Podem solver a obrigação: o devedor, sendo juridicamente capaz; pessoa por elle incumbida desse acto liberatorio; qualquer interessado no extincção do vinculo obrigacional; e, ainda, alguém sem mandato, sem conhecimento do devedor e até contra a vontade deste, com tanto que realize o pagamento em nome e por conta do devedor (1).

Pode o pagamento se effectuar, tambem, pelos seguintes modos:

(1) Código Civil, art. 930; D. 43, 3, fr. 53; *Direito das obrigações*, § 31.

Por consignação ou depósito judicial da coisa devida (Codigo Civil, arts. 972 a 984); com subrogação, quando os direitos do credor se transferem para o terceiro que solveu a obrigação ou emprestou o necessario para solvel-a (Codigo Civil, arts. 985 a 990); por imputação, quando ha mais de uma divida, mas, neste caso, não se extinguirá a antichrese, porque resta ainda uma divida por ella garantida (Codigo Civil, arts. 991 a 994); por dação em pagamento (Codigo Civil, arts. 995 a 998); por novação, se não houver accordo para manter a garantia antichretica (Codigo Civil, arts. 999 a 108); por compensação nos termos do Codigo Civil, arts. 109 a 124; peio vencimento do prazo: pela nullidade da obrigação.

A prescripção não é modo de extinguir a obrigação garantida por antichrese, porque, enquanto o credor a exerce, não é possivel crear-se a situação contraria da qual resulte a liberação do devedor (2). E a antichrese não se extinguindo por algum dos modos acima indicados, perdura por espaço de trinta annos.

Cor a antichrese, direito real, se acha transcripta no registro de immoveis, a sua extincção deve ser cancellada, por averbação no mesmo registro (decreto n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939, art. 178, c. V).

§ 129

LEGISLAÇÃO COMPARADA

O direito portuguez das Ordenações era adverso á constituição de antichrese, por desfarçar o vicio da usura.

(2) Veja-se o que ficou dito no § 120, IX.

segundo se disse no § 122 deste livro. Mas entende COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 670, escholio, que tornando-se licitos as juros, se restabeleceu a antichrese, de accordo com o direito romano e o uso moderno, podendo recahir sobre moveis ou immoveis e expõe as principios reguladores dessa garantia, nos §§ 668 a 670. Entretanto, na Codificação de 1867 não ha referencia ao direito antichretico.

O Codigo Civil da Austria, art. 459, permite que o credor use da coisa empenhada, se nisso consentir o devedor; o portuguez tambem não se oppõe a esse accordo. mas não é possivel estendel-o á garantia antichretica, por não ter sido essa figura destacada no Codigo Civil.

O projecto de Codigo Civil francez não mencionava a garantia antichretica, e o Codigo, afinal, veio a disciplinal-a a pedido de tribunaes do Sul (1). No art. 2.085. elle apresenta a antichrese do ponto de vista do credor antichresista: "a faculdade da perceber os fructos do immovel, com o encargo de os imputar, annualmente, nos juros, se os ha, e, depois no capital do credito". E' um contracto real autonomo, que exige forma escripta, ou seja, instrumento particular, completa-se pela tradição do immovel e transcripção do acto constitutivo. Pode tambem resultar de sentença que reconheça a convenção verbal concluida entre devedor e credor, seja que aquelle a confesse ou que este a prove por juramento. Antes de 1918, a compensação dos juros com os fructos se tornava usuraria se o valor destes excedesse a taxa legal dos juros convencionaes autorizados. A lei de 18 de Abril de 1918, porem, suspendendo a limitação da taxa os juros convencionaes. eliminou esse vicio, temporariamente (2).

(1) PLANIOL, RIPERT e BECQUÉ *Suretés réelles*, n. 283.

(2) Obra citada, n. 295.

A jurisprudencia franceza, ao contrario do que ensinam AUBRY et RAU, BAUDRY-LACANTINERIE e outros, inclina-se, hoje, a attribuir o direito de preferencia do credor antichresista sobre o preço da venda judicial do immovel, quer seja o proprio credor o exequente, quer sejam exequentes os credores hypothecarios anteriores. Fundam-se essas decisões mais recentes no art. 2.088 do Codigo Civil, que confere ao credor antichresista o direito de excutar o immovel. Parece que esse direito somente compete ao credor, no caso de nulidade da antichrese viciada por clausula commissoria (3). Mas, se essa orientação se firmou, é differente, em ponto capital, o direito antichretico francez do brasileiro.

O Codigo Civil italiano, arts. 1.891 a 1.897, consagra disposições semelhantes ás do francez, e no artigo 1.894 é mais positivo no attribuir, ao credor antichretico, o direito de, "na falta de pagamento", pedir pelos meios legais a expropriação do seu devedor".

O hespanhol, arts. 1.881 a 1.886, seguiu as pegadas do francez, inclusive na parte que confere ao credor o direito de excutar o immovel se não fôr pago.

O argentino trata mais extensamente da antichrese como direito real sobre immovel (arts. 3.239 a 3.261). O contracto antichretico fica perfeito com a tradição do immovel, sem outra qualquer formalidade. Não somente o proprietario, que disponha dos fructos do immovel, como, ainda, o usufructuario e o marido podem constituir antichrese; este ultimo empenha os fructos do immovel da mulher, durante a constancia do casamento. O credor não pode vender o immovel, mas tem o direito de excutir-o. As bemfeitorias feitas pelo credor devem ser in-

(3) Eis como são o art. 2.088 do Codigo Civil francez: Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu; toute clause contraire est nulle: en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales.

demnizadas pelo proprietario até á concorrência do accrescimento de valor resultante, contanto que não exceda á importancia gasta pelo credor. Não é licito contractar, que o credor se torne proprietario do immovel se não fôr pago, nem lhe seja transferido o dominio pelo preço fixado por peritos officiaes ou eleitos pelas partes. Mas é permittido ao devedor vender o immovel ao credor, antes ou depois do vencimento da divida. O direito de retenção do credor antichretico prevalece contra os terceiros adquirentes do immovel, contra os chirographarios e contra os hypothecarios posteriores ao estabelecimento da antichrese; mas, se excutir o immovel não tem privilegio sobre o preço da venda.

Este ultimo dispositivo exarado nos arts. 3.254 e 3.255, do Codigo Civil argentino, é caracteristico da antichrese, direito real de retenção do immovel, para a percepção dos fructos em pagamento da divida, e corresponde ao art. 808, principio e § 1.º, do Codigo Civil brasileiro; foi combatido por TROPLONG, mas defendido por ZACHARIAE, AUBRY et RAU, DURANTON, como tudo expõe VELLEZ SARSIEL, o codificador argentino, em nota ao primeiro dos artigos acima citados.

A construcção juridica da antichrese, no Codigo Civil do Chile, é divergente (arts. 2.435 a 2.445). A antichrese não constitue direito real; mas a posse do credor é respeitada. Não prevalece contra direitos reaes, nem contra arrendamentos anteriores constituídos sobre o immovel. O immovel hypothecado pode ser dado em antichrese ao mesmo credor, e o dado em antichrese pode ser hypothecado. Equipara-se a antichrese ao arrendamento. O credor pode, a qualquer tempo, restituir o immovel e promover o pagamento de seu credito por todos os meios legais.

O Codigo Civil do Uruguay aceitou o ponto de vista do chileno, negando o caracter de direito real á antichrese e equiparando-a, tambem, ao arrendamento sob certas relações. Egualmente, fica assegurado ao credor anti-

chretico o direito de excutir o immovel, para haver o seu pagamento (arts. 2.349 a 2.358).

O Codigo Civil peruano, arts. 1.004 a 1.009, traça em linhas concisas o perfil da antichrese, que approxima do arrendamento, excepto quanto a entrega da renda. Nega ao credor o direito de reter o immovel por outra divida, se não lhe foi concedido esse direito.

O Codigo Civil venezuelano seguiu a orientação do italiano. A antichrese não é direito real; só produz effeito entre as partes e seus herdeiros. A edição de 1873 introduzira uma clausula contradictoria com essa concepção contida nos outres dispositivos. A reforma de 1916 restabeleceu a orientação anterior, em concordancia com o artigo 1.807 do Codigo Civil italiano (4). A materia da antichrese occupa os arts. 1.929 a 1.935 do Codigo.

No Japão, a antichrese é tratada como direito de penhor sobre immovel, que obriga o credor antichresista a pagar as despezas de administração, que deve ser orientada segundo a destinação do immovel, e não permite cobrança de juros sobre a divida. Esse penhor não pode durar mais de dez annos, ainda que as partes hajam estipulado prazo maior. E' licito, entretanto, renovar o contracto (Codigo Civil, arts. 356 a 361).

O direito germanico actual, segundo o espelham o Codigo Civil da Austria, já referido, o allemão e o suiso, não regulam a antichrese nos moldes do direito patrio e daquelles que, como o nosso, destacam essa figura de direito sob a forma especial de penhor sobre immovel.

O Codigo Civil allemão regula o penhor sobre coisas moveis e sobre direitos. Não ha penhor sobre immovels. Na secção referente ao penhor sobre moveis, mencione-se o *Nutzungspfand*, que consiste no direito de usar da

(4) ALEJANDRO PIETRI HIJO, *El Codigo Civil de 1916*, nota ao artigo 1935.

coisa e de perceber-lhe os fructos. Se a coisa entregue ao credor pignoratício é, naturalmente, frugifera, presume-se, em caso de duvida, que lhe compete a percepção dos fructos (art. 1.213). Quando o credor tem direito de perceber os fructos da coisa empenhada, está obrigado a prestar contas da sua administração; e o producto liquido da utilização é imputado nas despesas e no pagamento dos juros, se são devidos (art. 214).

O Codigo Civil suizo declarou que certos direitos reaes não podem mais ser constituídos nos termos das disposições do registro predial (andares de casas pertencentes a diversos proprietarios, propriedade de arvores em terreno alheio, *antichrese*, etc.) não serão inscriptos, mas, simplesmente, mencionados, de modo sufficiente. E quando se extinguirem, não poderão mais ser restabelecidos (art. 45 do Titulo final). E o art. 793 do Codigo somente admite penhor immovel sob forma de *hypotheca*, *cedula hypothecaria* ou letra de renda.

CAPITULO IX

DA HYPOTHECA EM GERAL (1)

§ 130

NOÇÃO E DADOS HISTORICOS

I. *Hypotheca é um direito real, que recae sobre immovel, navio ou aeronave, alheio, para garantir qualquer obrigação de ordem economica, sem transferencia da posse do bem gravado para o credor. Inclue-se na definição o navio e a aeronave, porque temos hoje, como outros*

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, II, §§ 172 a 278; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, 3.^a ed, ps. CLXXVI e segs. da Introd. e 727 e segs.; LACERDA DE ALMEIDA *Direito das coisas*, II, §§ 124 a 209 e notas finais — E e F; DIDIMO, *Direito hypothecario*; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*; DIONYSIO GAMA, *Da hypotheca*; S. VAMPRÉ, *Manual do Codigo Civil*, II, §§ 113 e segs.; MARTINHO GARCEZ, *Direito das coisas*, §§ 326 a 393; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, ns. 184 a 494; ALMACHIO DINIZ, *Direito das coisas*; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, todo o volume; JOSÉ DE ALENCAR, *A propriedade*, ps. 67 a 92; MELCHIADES PICANÇO, *Direito das coisas*, ps. 243 a 267; LAURENT, *Cours*, IV, ns. 437 e segs.; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 2.645 a 3.504; PLANIOL, RIPERT

povos, a hypotheca naval e da aeronave. LAFAYETTE havia definido a hypotheca — "direito real constituido em favor do credor sobre coisa immovel do devedor ou de terceiro, tendo por fim sujeital-a, exclusivamente, ao pagamento da divida, sem todavia tirai-a da posse do dono". Ao tempo em que o egregio jurisconsulto escreveu o *Direito das Coisas*, não existia a hypotheca maritima, desaparecidas as hyopthecas de embarcações estabelecidas pelo Codigo Commercial, por força do disposto na lei de 24 de Setembro de 1864, arts. 1 e 2, nem a da aeronave, creada pelo Codigo do ar.

II. As origens conhecidas da hypotheca encontram-se no direito grego e no romano.

BEAUCHET mostra a semelhança dos primordios desse direito de garantia nas leis da Attica e de Roma (2). A primeira forma indicada é a da venda *a retro*. O devedor vendia ao credor o bem destinado a garantir a divida, sob a condição de lhe ser restituído, quando o credor estivesse pago. Esta segurança muito se assemelha com a *mancipatio fiduciae causa* dos romanos. A segunda forma correspondente ao *pignus romanus*, que consiste na transferencia da posse, e não mais da propriedade, posse que o

et BECQUÉ, *Suretés réelles*, XII, ns. 325 a 768; HUC, *Commentaire*, XIII, ns. 168 a 407 e XIV, ns. 1 a 230; GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, quatro vols.; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, dois vols.; AUBRY et RAU, *Cours*, III, §§ 256 e segs.; *Code Civil allemand*, publié par le Comité de lég. comp., II, notas aos arts. 1.113 a 1.190; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, §§ 113 e segs.; KOHLER, *Lehrbuch*, II, 2.^a parte, §§ 141 e segs.; ROSSEL et MENTHA, *Droit civil suisse*, II, ps. 231 e segs.; SANCHEZ ROMAN, *Derecho civil*, III, ps. 780 e segs.; R. SALVAT, *Derechos reales*, II, ns. 2.184 e segs.; CORDEIRO ALVARES, *Tratado de los privilegios*, Cap. XXI; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, 3.^a parte, ns. 393 e segs.; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, I, §§ 213 e segs.; COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, §§ 633 e segs. e nota DD, no fim do volume.

(2) *Histoire du droit privé de la République athénienne*, III, 175 e segs. da ed. de 1897.

credor mantem até ser pago. Podia recahir sobre moveis ou sobre immoveis. Na terceira forma de garantia, o bem destinado a realizal-a conservava-se na propriedade e posse do devedor, mas passaria ao credor, se, vencida a divida, não a satisfazia o devedor. E' a hypotheca (3). Em algumas cidades hellenicas o credor tem apenas um direito eventual de penhora, que depende da insolvabilidade do devedor.

III. Em outro paragrapho, o 101, já se fez referencia ao descobramento do credito real no direito romano, passando pelo instituto da *fiducia*, do *pignus* e da *hypotheca*.

Entendem alguns autores, como DERNBURG, que a hypotheca do direito romano procede do direito grego. Sustentam outros, como GIRARD e CUCQ, a independencia da evolução juridica de que resultou essa garantia real na Grecia e em Roma. O nome é, sem duvida, grego; mas, observa GIRARD, o nome não é a coisa (4). Que haja semelhanças é innegavel. Desse facto, porem, não se segue que não tenham razão os que vêm na hypotheca do direito romano o producto de uma evolução organica das garantias anteriormente existentes, a *fiducia* e o *pignus*, especialmente uma adaptação do penhor a certas contingencias da vida economica.

MARCIANO affirmou que *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* (D. 20, 1, fr. 5, § 1.º). Mas a differença é fundamental, porquanto, no penhor, o credor tem a posse do bem e na hypotheca a posse persiste com o devedor. A illusão talvez proviesse de que o penhor e a hypotheca podiam recahir, indifferentemente, sobre coisa movel ou immovel. Mas a verdade é que se não confundem os dois institutos, e a proclamou ULPIANO: *Pro-*

(3) Diz-nos BEAUCHET, *Opere citato*, p. 179, que, além da palavra *hypotheca*, se encontram outras para designar a mesma relação juridica.

(4) *Droit romain*, 5.ª ed., nota 1 á pag. 769.

prie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem (D. 13, 7, fr. 9, § 2.º).

A hypotheca é direito real, garantidor de qualquer divida, principal ou accessoria, podendo ser estabelecida antes da divida, que vae garantir e podendo estender-se a nova divida contrahida com o mesmo credor (5).

O credor por hypotheca tem *ojus possidendi*, direito de posse; não, como o pignoratício, desde logo, mas no vencimento da divida, e a sua acção pode ser movida contra qualquer possuidor da coisa dada em hypotheca, seja o devedor ou não. Cabe-lhe, tambem, o *jus distrahendi*; em virtude do qual o credor está autorizado a vender a coisa hypothecada, imputando no preço a somma devida e restituindo o restante. Esta clausula, que, a principio, devia ser expressa, tornou-se parte integrante da relação hypothecaria, exercendo o credor o direito de venda como consequencia juridica do inadimplemento da obrigação garantida por hypotheca. *In venditione . . . suum creditor negotium gerit*, affirmou PAPINIANO (D. 13, 7, fr. 42, *in fine*).

A *lex commissoria*, anteriormente usada, era perigosa para o devedor; prohibiu-a, por isso, CONSTANTINO (Cod. VIII, 34, l. 3).

A hypotheca podia ser *convencional*, resultante de contracto sem formalidade especial; *legal*, por favorecer certos credores; e *testamentaria* (6).

Podiam ser objecto de hypotheca, segundo GAIO, todas as coisas susceptiveis de venda e não somente as coisas corporeas, como a principio. Até o *pignus nominis*, isto é,

(5) GIRARD, *op. cit.*, p. 775; D. 13, 7, fr. 8, § 5; Cod. 8, 27, l. unica, de Giordano. Veja-se tambem BONJEAN, *Institutes*, I, ns. 1.121 e seguintes.

(6) EDUARD CUQ, *Institutions juridiques des romains*, II, 1902, ps. 307-309.

um credito, podia ser objecto de hypotheca, e o proprio *pignus*, como já se viu quanto ao penhor (6). A hypotheca de credito, o que equivale á caução de titulos de credito do nosso direito, conferia ao credor hypothecario o direito de exigir o pagamento da divida, como cessionario, e o de vender o credito, afim de se pagar pelo producto da venda (Cod. IV, 39, l. 7).

IV. O systema romano manteve-se em Portugal com pequenas modificações, e, ao tempo em que escreveu COELHO DA ROCHA, era "o mais embaraçado e confuso". As Ordenações apenas se referem á hypotheca, no livro quarto, titulo terceiro, para conceder ao credor a faculdade de exigir do terceiro possuidor do bem gravado a solução do debito ou a entrega do bem. A lei de 20 de Junho de 1774, tendo por fim *extinguir a confusão dos concursos no fôro e fixar a jurisprudencia sobre as preferencias dos dos credores*, segundo o depoimento do civilista portuguez citado, "muito longe de conseguir o fim, que se propoz, veio, talvez, augmentar a confusão". Afinal, depois do Codigo Commercial e da Reforma Judiciaria, foi publicado o Registro das hypothecas. Em 1867 foi publicado o Codigo Civil, que se occupa das hypothecas, desde o artigo 887 até 948, distinguindo-as como legaes e voluntarias. Existe hypotheca legal em favor da fazenda nacional, das pessoas privadas da administração do seus bens, da mulher casada, do conjuge sobrevivivo, para pagamento do apanagio, do credor de alimentos, dos estabelecimentos de credito real, dos coherdeiros, para pagamento das tornas, dos legatarios de quantia ou valor determinado, ou de prestações periodicas.

V. A nossa primeira organização hypothecaria, que veio substituir o direito romano e as Ordenações do reino, foi a da lei n. 317, de 21 de Outubro de 1843, se-

(6) EDUARDO CUQ, *op. cit.*, p. 309. *Pignus pignoris*.

guida do seu regulamento mandado observar pelo dec. n. 842, de 14 de Nov. de 1846, que LAFAYETTE considerou "imperfeito e manco", por deixar subsistirem as "hypothecas geraes incompativeis com um systema regular de publicidade" (7). Veio, depois a lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, seguida dos seus regulamentos, decretos ns. 3.423, de 26 de Abril de 1865, e 3.471, de 3 de Julho de 1865, que, embora se lhe apontassem defeitos, realizou incontestavel progresso nas relações juridicas por ella dominadas.

A lei hypothecaria de 1864 proveio de um projecto apresentado, dez annos antes, pelo jurisconsulto Nabuco de Araujo á Camara dos Deputados, ao qual elle mesmo apresentou, em 1855, um substitutivo, que obteve approvação desse corpo legislativo. Após larga discussão no parlamento, foi approvada, no Senado, a proposição da Camara, sancionado o projecto de lei e, por fim, publicado o acto legislativo.

Assignalam-se os seguintes meritos dessa lei:

a) Criou o *registro geral hypothecario* para a *transcripção* dos titulos translativos do dominio de immoveis, assim como dos constitutivos e translativos de onus reaes sobre immoveis.

b) Organizou a inscripção das hypothecas.

c) Estabeleceu a *especialização* das hypothecas, em geral.

d) Attribuiu á hypotheca prevalencia sobre os privilegios e outras quaesquer preferencias.

e) Baseou na prioridade da inscripção da hypotheca o *ssu direito de preferencia* sobre as psoteriormente inscriptas.

Aponta-lhe alguns defeitos LAFAYETTE, que, aliás, não lhe recusa encomios. Os motivos economicos sacrifi-

(7) *Direito das coisas*, § 173, 2.

caram, em ponto da maior importancia, o elemento juridico: "expungiram-se casos de hypothecas legaes, que tinham por si a sabedoria dos seculos e razões ponderosas de justiça e equidade"; "desarmou-se o devedor de meios de defeza inauferviveis, derogando-se, para esse fim, principios fundamentaes do direito das acções e do processo" (8).

Com a proclamação da Republica, publicaram-se o decreto n. 169-A, de 19 de Janeiro de 1890 e o seu regulamento mandado observar pelo decreto n. 370, de 2 de Maio do mesmo anno. O decreto n. 169-A seguiu a ordem da lei de 1864, com algumas alterações determinadas pelo progresso social e economico do paiz. Nas execuções, utilizou-se da lei n. 3.272, de 5 de Outubro de 1890. O regulamento n. 370, de 2 de Maio de 1890 organizou o registro geral, desenvolveu os preceitos da lei hypothecaria, providenciou sobre o credito real, agricola e movel. Por sua vez, o Codigo Civil, arts. 809 a 855 se occupou com o direito hypothecario, creando a hypotheca de navios, que foi organizada e regulamentada pelos decretos 15.788, de 8 de Novembro de 1922, e 15.809, de 11 de Novembro do mesmo anno.

§ 131

DAS OBJECÇÕES LEVANTADAS CONTRA A HYPOTHECA

I. Não têm faltado graves censuras á hypotheca, em nome da moral e da justiça. Entre nós fizeram-se eco dessas objurgatorias, em particular, JOSÉ DE ALENAR e AFFONSO FRAGA.

(8) *Direito das coisas*, § 173, 4.

O primeiro dedica 25 paginas de seu bello estylo de artista da palavra, para desnudar a immoralidade e a injustiça desse pretendo *jus in re*, que é mais uma limitação ao direito de liberdade, um sacrificio da personalidade humana, creada pelo desnorteamento da lei civil (1).

Para resaltar "as terriveis consequencias" "dessa desastrosa instituição, figura o genial escriptor o caso de "um homem exausto de forças, miseravel, talvez enfermo, soccorrido por outro, que lhe empresta o necessario para a sua cura e subsistencia, até que possa voltar ao trabalho... Correm os tempos. O artista restabelecido adquire, de repente, por sua industria, ou por doação alguns bens e, impellido pela ambição, ou por qualquer circumstancia fortuita, hypotheca esses bens a um credor, mediante juros enormes. O dinheiro proveniente desse ultimo emprestimo é consumido (quem sabe?) na satisfação de torpes vicios e paixões desregradas".

Em virtude da hypotheca, o primeiro credor, honesto e caridoso, não será pago, porque o segundo credor, "usurario talvez, e especulador, que veio acaroçoar o vicio e a improbidade", goza o direito de preferencia, não obstante o contracto hypothecario ser nullo, no rigor da justiça, visto como os haveres do artista já se acharem obrigados ao pagamento do primeiro emprestimo.

A hypotheca judiciale merece-lhe mais acre censura do que a convencional. Ha dois credores, um cujo credito é liquido e outro menos seguro. Este ultimo, embora contestavel o seu direito, acciona o devedor e obtem sentença em seu favor. Essa sentença gera a hypotheca judiciaria, direito real. E, assim, o direito contestado, que era apenas pessoal, torna-se real; e o liquido e certo continua meramente pessoal. A commissão do parlamento belga, incumbida de examinar a projecto de lei hypothecaria, dizia:

(1) *A propriedade*, ed. Garnier, 1883, ps. 67 a 92.

“A hypotheca judiciaria será uma especie de premio concedido áquelle que, só conslutando o seu interesse, foi o primeiro a destruir o credito do devedor”. A commissão franceza, em situação identica, affirmava que a instituição do credito territorial seria irrealizavel emquanto não se extinguisse a hypotheca judiciaria.

Da hypotheca legal diz: “Foi á sombra do mais nobre dos sentimentos que a hypotheca legal insinuou-se, como uma serpe, na legislação civil”. Inventada para proteger interesse dos fracos, a mulher casada e os interdictados, a hypotheca legal foi logo reclamada por outros interesses menos sagrados: os do Estado, das victimas do crime, dos coherdeiros, das corporações de mão morta (2). Mesmo, porem, “na sua parte mais nobre, mais generosa e mais interessante, na protecção á mulher e ao orphão, a hypotheca legal offende, sacrifica direitos respeitaveis”. “O credor legitimo é de repente espoliado do que, rigorosamente, lhe pertence, pelo facto de contrahir o seu devedor uma hypotheca convencional”. Essa injustiça assume proporções com a hypotheca legal, que abrange todas os bens immoveis do responsavel existentes e futuros, pois que é geral, e garante importancia liquida ou illiquida.

E accentua: “A estultice da hypotheca legal está, especialmente, neste ponto: constitue-se um direito real em favor de uma divida, que não existe e pode nunca existir; e como não é possivel determinar o valor dessa divida hypothecaria, a garantia que se lhe dá depende, unicamente, das posses do onerado, será maior ou menor do que fôr necessario.”

Mais ainda: pela hypotheca legal reduziu-se o homem á natureza de coisa, e gravou-se nelle a hypotheca. E' uma monstruosidade.

(2) Ao tempo, em que escreveu ALENCAR, o nosso direito mantinha o direito excepcional das corporações de mão morta: igrejas, ordens religiosas, confrarias, irmandadas, misericordias, hospitaes.

“Mas não! Diz o grande escriptor: é preciso ler esses monumentos da legislação, como se lêem os livros sagrados, despidendo a idéa das figuras e imagens da linguagem primitiva. A jurisprudencia, como a genesis, escreveia, talvez, uma parabola juridica, e é preciso despir essa linguagem da forma material, para entendel-a. Essa hypotheca, que recae sobre a pessoa, não é, na sua essencia, o direito real, bruto e estúpido da legislação romana; é sim o vinculo, que prende o homem, se grava e imprime nelle, coagindo-o ao cumprimento das obrigações contrahidas; é o dominio do devedor suspenso, mas imminente, alerta, para cabir, no primeiro instante, sobre qualquer valor adquirido pelo devedor.”

Attenua-se a ultima investida da critica, mas subsystemem as anteriores, algumas dellas bem fundadas, porem, que já não encontram objecto na forma actual da hypotheca das legislações hodiernas. Despido, porem, dos inconvenientes apontados e de outros, por ventura, existentes, o instituto da hypotheca é destinado a conservar o seu posto, no quadro do direito civil, porque é uma das bases, em que se apoia o credito, indispensavel ao movimento e ao progresso da riqueza social.

II. AFFONSO FRAGA dedica o § 59 do seu precioso livro sobre *direitos reaes de garantia* (3) a demonstrar que a *hypotheca* é um instituto repugnante á ethica.

“Constituindo uma excepção ao principio da razão natural, de que todos os bens do devedor, moveis e immoveis, presentes e futuros, constituem a garantia de todos os seus credores, é, affirma o jurisconsulto, sem nenhuma duvida, uma immoralidade, porque, quebrando a egualdade, que deve reinar entre todos os credores, consagra na pratica, uma injustiça, tanto mais clamorosa quanto é, principalmente, feita contra os que, simples e

(3) *Direitos reaes de garantia*, ps. 403 a 408.

incautos, numa sociedade carcomida pelo dolo e corrupção, confiam, ainda, na palavra dos seus semelhantes e na eugaldade perante a lei”.

Corrobora a sua condemnação com palavras que PAUL PONT recorda, extrahida das obserções do tribunal de appellação de Lyon ao projecto do Código Civil francez: *talvez a hypotheca seja do numero dessas instituições essencialmente viciosas, que seja impossivelmente melhorar e que se deve extirpar, absolutamente, sem procurar, inutilmente, regularizal-a.*

Essas objecções não me parecem ferir a essencia do instituto, e sim, tão somente, certos defeitos que aos poucos, a evolução juridica vem eliminando com a especialização, a publicidade e outros principios, que imprimem á hypotheca, sem desvios condemnavéis pela moral e pelo sentimento de justiça, a sua verdadeira funcção social de movimentar as riquezas ligadas ao solo, transformal-as e augmental-as, sob o influxo do credito, que se expande, sentindo-se seguro, e deixa ao devedor a liberdade de continuar na posse de seus bens immoveis, extrahindo delle as utilidades, que produz, gozando-o, melhorando-o, valorizando-o

§ 132

DOS SYSTEMAS HYPOTHECARIOS

I. *Systema francez* — O systema francez, segundo o Codigo Civil de 1804 (1), sob certas relações apre-

(1) Code Civil, arts. 2.114 a 2.203. AUBRY et RAU, *Cours*, III, §§ 257 e segs.; GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, minucioso na parte historica e claro na doutrinaria; PLANIOL-RIPERT et BECQUÉ, *Suretés réelles* (XII do *Traité de droit civil*) ns. 325 e segs.; PAUL PONT, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques*.

sentado regresso na legislação do paiz, visto como as leis da Revolução continham preceitos, que depois a doutrina considerou essenciaes a um bom regimen hypothecario, e alguns delles foram adoptados, modificando o Codigo, como seja, entre outros o principio da transcripção, introduzido pela lei de 23 de Março de 1855, a qual se seguiram outras, sobre a mesma e outras materias referentes á hypotheca.

Apesar das differenças, que existem, entre privilegios e hypothecas, as leis francezas tratam, simultaneamente, dos dois institutos. Aqui apenas será considerado o regimen hypothecario.

O direito francez distingue tres especies de hypothecas: a convencional, a legal e a judiciaria. E' direito real, ordinariamente immovel, accessorio e indivisivel. Pode ser constituída para garantia de dividas futuras ou eventuaes, como a legal em favor de menores, interdictos e mulheres casadas. Entre as hypothecas mobiliarias, destacam-se a dos navios (hypotheca maritima e fluvial), das aeronaves, dos warrants agricolas e petroleiros

Incorre na censura dos juristas e economistas o regimen hypothecario francez, por inconsistente, quanto á publicidade dos actos de translação da propriedade e falso quanto á segurança que offerece ao credito territorial.

II. *Systema italiano* — O regimen hypothecario do direito italiano é um aperfeiçoamento do francez (2). O Cod. Civil Italiano (3) estabelceu, de modo mais firme, os dois principios fundamentaes do regimen hypothecario, a especialização e a publicidade; com o que desapareceram as hypothecas geraes; as leaes dos menores, interdictos e mulheres casadas ficaram submettidas aos mes-

(2) NICOLA STOLFI, *Diritto civile*, vol. II, parte I, ns. 870 e segs. e parte III, ns. 452 e segs.

(3) Arts. 1.964 a 2.075.

mos princípios, da hypotheca convencional e somente re-câe sobre bens presentes.

O objecto commum da hypotheca é a coisa immovel; ha, porem, certos moveis sobre os quaes pode recahir em direito real: o navio, a aeronave, o automovel.

Para a Eritréa, a Libia e o Dodecaneso, foi estabelecido o regimen tedesco. As provincias, que se achavam sob a soberania da Austria e volveram á da Italia, informa STOLFI que ainda não tinham completado a implantação dos livros territoriaes (4)

III. *Systema germanico* — O Codigo Civil allemão (5) reuniu na secção VIII do livro III (direito das coisas) tres especies de onus reaes: a hypotheca, a divida predial e a renda predial. A divida predial é onus independente do credito, embora possa ser constituída para garantir credito. E' onus, em virtude do qual certo immovel fica vinculado ao pagamento de determinada divida a favor daquelle em beneficio do qual existe a divida (art. 1. 191). A renda predial é estabelecida de modo que certa somma tenha de ser paga periodicamente, sob garantia de um immovel (art. 1. 199).

Somente da hypotheca tratará este numero.

A hypotheca é um gravame, em virtude do qual um immovel fica sujeito, em proveito do credor, ao pagamento de um credito, que lhe pertence. O credito pode ser futuro ou condicional (art. 1. 113).

O onus hypothecario ha de recahir sobre o predio inteiro, excepto nos casos de condominio, nos quaes, a fracção do condomino é susceptivel de hypotheca (art.

(4) *Diritto civile*, II, parte 3.º, n. 458.

(5) Codigo Civil, arts. 1.113 a 1.190; KOHLER, *Lehrbuch*, II, 2.ª parte, §§ 134 e segs.; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, §§ 114 e segs.; *Code civil allemand* publié par le Comité de lég. étr., II, aos arts. 1.113 e seguintes.

1.114) E somente o proprietario pode constituir hypotheca sobre o seu immovel, em proveito do titular do credito garantido. Esta ultima determinação imprime á hypotheca feição accessoria.

A hypotheca deve ser inscripta no livro predial, e a inscrição deve mencionar o credor, o total da divida, a taxa dos juros, o total, em dinheiro, das prestações accessorias, se houver.

O credor recebe, em seguida, uma letra hypothecaria, salvo convenção em contrario inscripta no livro territorial, ou prohibição legal (1.116).

A hypotheca estende-se aos productos e a outras partes constitutivas, separadas do immovel, assim como aos seus accessorios (art. 1.120); mas esses productos, partes integrantes separadas e accessorias podem ser alienados, antes da penhora do credor (art. 1.121). Até a penhora pelo credor, o proprietario pode dispor do preço dos alugueis ou arrendamentos; depois são fructos comprehendidos na hypotheca (arts. 123 e 124). Em caso de seguro do objecto da hypotheca, esta se estende ao credito contra o segurador, se o seguro tiver sido feito pelo proprietario ou pelo que possui a titulo de proprietario (Eigenbesitzer). Cessa o gravame sobre o credito contra o segurador, se o objecto assegurado fôr reconstruido ou se fôr paga uma indemnização para reconstitui-lo (art. 1.127). Quando, segundo as clausulas do seguro, o segurador somente se obriga a pagar a indemnização para a reconstrucção do objecto, o pagamento feito ao segurado não pode ser impugnado pelo credor hypothecario (art. 1.130).

Quando um credito é garantido pela hypotheca de diferentes immoveis, a hypotheca é solidaria (*Gesamthypothek*), isto é, cada um dos immoveis está sujeito ao pagamento integral do credito, e o credor pode executar qual preferir pela totalidade ou por uma parte do credito,

ou distribuir o credito pelos immoveis gravados (art. 1. 132)

E' nulla a convenção de não alienar o immovel hypothecado (art. 1. 136)

O proprietario do immovel gravado pode oppor á hypotheca excepções, que tenha o devedor pessoal contra o credito, assim como excepções pertencentes ao fiador. Morrendo o devedor, o proprietario não pode se preva-lecer de que o herdeiro só responde, de modo limitado, pe-la divida (art. 1. 137)

A inscripção da hypotheca no livro predial faz pre-sumir (so wird vermutet) a sua existencia em nome do titular, não somente em relação ao credito como ás ex-cepções do titular acima referidas (art. 1. 138)

Quando o credor renuncia a hypotheca, o propieta-rio adquire-a, devendo o acto constar do livro predial (art. 1. 168). Pertence egualmente ao proprietario a hy-potheca, se o credito por esta garantido não chega a se formar (*nicht zur Entstehung gelangt*) ou se extingue (1. 163)

Quando o proprietario tem uma excepção perempto-ria contra a hypotheca, o direito do credor fica sem va-lor e o proprietario pode exigir d'elle que, renuncie (art. 1. 169). Se o credor é desconhecido, pode ser declarado excluido de seu direito por via de processo provocatorio, quando tenham decorrido dez annos após a ultima ins-cripção no livro predial se, drante esse tempo, o direito do credor não foi reconhecido pelo proprietario, de modo a interromper a prescripção. Havendo um dia marcado para o pagamento, os dez annos se contam desse dia. Com a sentença de exclusão do credor, o proprietario ad-quire a hypotheca e a cedula hypothecaria do credor ca-duca (art. 1. 170)

Tambem pode ser excluido de seu direito o credor desconhecido, quando o proprietario, tendo o direito de pagar ou de denunciar, consigna o montante do credito por

conta do credor, renunciando o direito de resgate. Decorridos trinta annos contados da sentença de exclusão, o credor perde o direito de embolçar a quantia depositada, que se devolve ao depositante (art. 1.171).

A hypotheca transforma-se em divida predial, quando se reune á propriedade de uma só pessoa, sem que o credito passe ao proprietario (art. 1.177). Extingue-se a hypotheca dada em garantia de juros atrazados ou outra, prestações accessorias, quando ella se reune á propriedade da mesma pessoa (art. 1.178).

Havendo accordo das vontades do credor e do proprietario, assim como inscripção no livro predial, pode a divida hypothecaria ser substituida por outra (art. 1.180).

Quando o credor é pago com o immovel, extingue-se a hypotheca (art. 1.181).

Para o levantamento da hypotheca por acto juridico, é necessario o consentimento do proprietario (art. 1.183).

Alem da hypotheca negociavel (*Verkershypothek*), a que se referem, principalmente as disposições dos arts. 1.113 a 1.183), disciplina o Codigo Civii allemão a hypotheca de segurança (*Sicherungshypothek*), nos arts. 1.184 a 1.190. Nesta forma de hypotheca, o direito do credor se determina, exclusivamente, de accordo com o credito, e no livro predial ella ha de inscrever-se como hypotheca de segurança (art. 1.184). Não se emitta, cedula neste caso (art. 1.185). Pode, porem, a hypotheca de garantia, ou segurança, converter-se em hypotheca ordinaria e vice-versa (art. 1.186). Os titulos ao portador, as letras de cambio e outros valores cessiveis por endosso, somente podem ser assegurados por esta forma de hypotheca (art. 1.187). Para constituir uma hypotheca de segurança em favor de um titulo ao portador, basta que o proprietario declare ao official do livro predial que constitue a hypotheca e que esta seja inscripta no livro predial (1.188). Pode ser constituida uma hypotheca de-

terminando somente a importância mais elevada pela qual responderá o imóvel, devendo essa importância ser inscripta no registro predial (art. 1.190)

Como resulta do exposto acima, differe, essencialmente, do nosso, o systema regulado pelo Código Civil allemão

IV. *Systema argentino* — Foi mantido pela reforma do Código, ainda não adoptada pelo Poder Legislativo da grande democracia platina (6), o systema hypothecario do Código Civil, que RAYMUNDO SALVAT considerou “plenamente incorporado na orientação das legislações e nas doutrinas modernas”.

Não ha hypothecas tacitas ou legaes. Toda hypotheca é convencional; especial, quanto a determinação do objecto gravado e ao credito garantido; e inscripta no registro respectivo, para valer contra terceiros. E' um direito *real, accessorio*, pois que se constitue para segurança de um credito e é *indivisivel*.

Pelo Código Civil, somente os immoveis podem ser objecto de hypotheca. O Código Commercial, porem, regula a hypotheca naval, das embarcações de mais de 20 toneladas (art. 1.351); a lei sobre debentures autoriza a uma forma especial de hypotheca sobre moveis e immoveis, presentes e futuros, a qual se denomina *garantia flo-tante*.

A *Reforma* accitou esse plano, com pequenas modificações, ora ampliativas, ora restrictivas e eliminatorias. Assim, por exemplo, o art. 3.120 do Código Civil dissera: “Os direitos reaes de usufructo, servidão, uso de habitação e os direitos hypothecarios não podem hypo-

(6) Reforma del Código Civil, I, *Informe*, ps. 178 e segs), II, *Proyecto*, ps. 642 e seguintes, arts. 1.715 a 1.760; Código Civil, arts. 3.108 a 2.203; SALVAT, *Derecho civil argentino, Derechos reales*, II, ns. 2.184 e seguintes.

thecar-se". A Reforma acrescenta: as coisas immobilizadas por accessão, separadamente do immovel principal; as partes de um condominio de indivisão forçosa; as partes materiaes de um immovel, a não ser que formem fracções determinadas de uma extensão maior, susceptíveis de constituir, por si mesmas, objecto de dominio independente.

Alguns artigos do Codigo Civil não subsistiram; ou porque a parte geral, referente á constituição e á caducidade dos direitos reaes, estabelece regras applicaveis á hypotheca e não deviam ser reproduzidas no capitulo especialmente consagrado á hypotheca; ou porque a mudança de systema, quanto ao regimen dos direitos reaes, impoz a eliminação de certos dispositivos.

Quanto á indivisibilidade, a Reforma achou conveniente attenuar-lhe o rigor, declarando que, se ao executar-se a hypotheca ou dividir-se o immovel gravado, for este susceptivel de commoda divisão, a venda ou a partilha se fará, attendendo-se a essa circumstancia.

Quando a hypotheca abranger varios bens, o juiz poderá estabelecer a ordem para a execução dos bens gravados.

E assim outras soluções foram estabelecidas, para dar maior flexibilidade ás regras do Codigo Civil.

Systema peruano — Podem ser objecto de hypotheca os immoveis alienaveis. Não o podem os creditos e os direitos de arrendamento. A hypotheca se constitue por escriptura publica ou testamento e deve ser inscripta no registro de immoveis. A anterioridade da hypotheca se decide pela data da inscrição.

O credor pode exigir o pagamento do devedor por acção pessoal, e do terceiro possuidor do bem hypothecado por acção real. O uso de uma dessas acções não exclue o da outra (arts. 1.010-1.025 do Cod. Civil).

Além da hypotheca voluntaria, disciplina o Codigo Civil a legal (arts. 1.026-1.028), como a do immovel vendido sem que tenha sido pago o preço; a do immovel cuja construcção ou reparação se tenha ministrado trabalho ou materiaes pelo empresario; a dos bens adquiridos em partilha com a obrigação de fazer abonos em dinheiro a outros condminos

§ 133

DA NATUREZA E DOS CARACTERES DA HYPOTHECA

I. Segundo a nossa lei, que, neste assumpto, assimilou o que a doutrina firmara e a experiencia sancionara, a hypotheca é, como já ficou anteriormente affirmado, um *direito real de garantia*, de estructura distincta, cujos caracteres essenciaes são os dos seus congeneres:

E' direito real, accessorio de um credito.

E' direito real indivisivel.

Dando as noções geraes sobre os caracteres dos direitos reaes, já ficaram indicados os da hypotheca, o mais importante delles (1). Volvendo ao assumpto, com referencia á hypotheca, as idéas adquirirão mais vigor e clareza.

I. A hypotheca é um *direito real de garantia*, porquanto recáe sobre determinada coisa corporea, vinculando-a por que a possa excutir a credor, se não fôr pago da divida, que ella garante.

(1) Vejam-se os §§ 90, 93 e 94.

Entendem alguns autores que a *hypotheca* é direito real essencialmente differente dos outros direitos reaes sobre coisas alheias. Mas, incontestavelmente, a *hypotheca* apresenta os caracteres dos direitos reaes sobre coisas alheias. Adhere á coisa gravada, segue-a por toda a parte, é exclusiva, é provida de acção real, prevalece contra todos, salvo excepções muito limitadas

Ao lado desses caracteres geraes, possui os que lhe são proprios, assim como a estrutura especial, que a individualiza entre os direitos congeneres. Mas, irrecusavelmente, entra, muito logicamente, no quadro dos *jura in re aliena*, e na subclasse dos direitos reaes de garantia

III. *E' direito accessorio.* Comò direito real de garantia, a *hypotheca* é direito accessorio, pois que é destinada a assegurar o cumprimento de uma obrigação de ordem economica, dependendo a sua existencia da existencia dessa obrigação. No proprio *systema germanico*, a *hypotheca* é direito accessorio.

De ser a *hypotheca* um direito accessorio resulta: que se extingue com o credito; que, cedido o credito, a *hypotheca* o segue, ou, antes, a elle adhere formando uma relação juridica complexa; a nullidade da obrigação garantida pela *hypotheca* determina a nullidade da garantia.

IV. *Indivisibilidade.* Este caracter da *hypotheca* já foi exposto no § 93, por ser *commum* aos direitos reaes de garantia. Ahi se disse em que consistia esse predicado; consiste na submissão do bem gravado, integralmente e em cada uma de suas partes, ao pagamento da divida assegurada. E tambem se indicavam as consequencias da indivisibilidade. E' materia já explanada. Neste momento, não é necessario senão affirmar, novamente, que a *hypotheca* é indivisivel, como os outros direitos reaes de garantia.

§ 134

PRINCIPIOS QUE DEVEM ORIENTAR A HYPOTHECA

I. Um regimen hypothecario, para satisfazer o equilibrio dos interesses do credor e do devedor, assim como da sociedade, de ordem economica ou moral, deve obedecer a dois principios fundamentaes: a *publicidade* e a *especialização*.

O principio da publicidade consiste em que a hypotheca somente pela inscripção adquire categoria de direito real, com o direito de preferencia, e o de sequela.

O disposto no art. 848 do Codigo Civil parece crear duvida a esse respeito, quando preceitua: "As hypothecas somente valem contra terceiros, desde a data da inscripção. Emquanto não inscriptas, as hypothecas só subsistem entre as partes".

Este artigo, que não consta dos projectos, foi introduzido pelo Senado, á ultima hora, e necessita ser convenientemente explicado, para não crear uma desastrosa desharmonia com o systema adoptado pelo Codigo Civil. A interpretação systematica lhe dará o verdadeiro sentido.

Quer o artigo transcripto dizer que, desde a data da inscripção, a hypotheca é direito real, prevalecendo *erga omnes*. "Emquanto não inscriptas, as hypothecas só subsistem entre os contractantes," declara a segunda parte do art. 848. Importa dizer: emquanto não inscripta, a hypotheca é, meramente, clausula de um contracto. direito pessoal, *jus ad rem*.

A relação hypothecaria inicia-se pelo contracto em virtude do qual o bem offerecido em garantia do pagamento da divida é pelo credor acceto com essa finalidade. Celebrado o contracto com as formalidades da lei, ha uma

obrigação. Com a inscrição essa obrigação pessoal se transforma em direito real

E como é ao direito real hypothecario que a lei attribue acção executiva, devemos reconhecer que, antes da inscrição, o credor não tem esse remedio excepcional, para fazer-se pagar: tem somente acção ordinaria oriunda do contracto.

A publicidade tem neste caso uma significação especial. Não consiste, somente, no facto de tornar conhecida a relação de direito, a que se refere. Como a transcrição é modo de adquirir a propriedade immovel, entre vivos, a inscrição é modo de transformar o direito pessoal creado pelo contracto em direito real de garantia.

II. A *especialidade* consiste na determinação precisa do bem sobre o qual recáe o onus hypothecario, e tambem na somma garantida. O art. 761 do Codigo Civil exige que nos contractos de penhor, antichrese e hypotheca declarem, para a sua validade, quando assumirem a forma de direitos reaes: o total da divida, ou sua estimação, a taxa de juros, o prazo fixado para o pagamento e a coisa dada em garantia com as suas especificações (1).

III. Permite o Codigo Civil, art. 818, que o valor do bem dado em garantia hypothecaria possa ser ajustado entre os interessados, servindo esse valor de base para as arrematações, adjudicações e remissões.

Procede esse dispositivo de emenda do Senado, contra a qual foram levantadas objecções, que, entretanto, não conseguiram afastar-a, talvez por que reproduzia idéa consignada no art. 141 § 11 do decreto 169 A, de 19 de Janeiro de 1890, ainda que limitada pelo regulamento n. 370, de 2 de Maio do mesmo anno, art. 382.

(1) Veja-se adeante o § 176, referente a inscrição da *hypotheca*.

Não obstante essa avaliação dada no contracto por accordo das partes, é licito proceder a nova avaliação, quando o bem tiver de ir á praça, desde que nisso concordem os interessados. Tambem, se houve grande depressão ou forte augmento no valor do bem hypothecado é justo que se proceda a nova avaliação.

IV. A hypotheca convencional tem no contracto a sua especialidade: é *especial*. A legal necessita de ser especializada, e assim a judicial.

A especialidade, completando a publicidade, é, por egual, util ao credor e ao devedor, pela segurança dos direitos determinados, que a cada um delles compete.

§ 135

DO OBJECTO DA HYPOTHECA

I. Podem ser objecto de hypotheca, no direito patrio:

- a) Os immoveis.
- b) Os accessorios dos immoveis conjunctamente com elles.
- c) O dominio directo
- d) O dominio util.
- e) As estradas de ferro
- f) As minas e pedreiras, independentemente do solo, onde se acham.
- g) Os navios.
- h) As aeronaves (1).

(1) Decreto n. 483, de 8 de Junho de 1938, art. 137.

As legislações estrangeiras não dispõem uniformemente a respeito. Já vimos que, pelo Código Civil allemão, somente os immoveis podem ser objecto de hypotheca (art. 1.113), e que o direito italiano admite a hypotheca sobre varios outros bens (1a). O Código Civil francez, art. 2.118 considera susceptiveis de hypotheca: os bens immoveis, que estão no commercio, e os seus accessorios reputados immoveis; o usufructo dos mesmos bens e accessorios, durante a sua existencia. Tambem consideram o usufructo de immoveis susceptivel de ser hypothecado: o hespanhol, art. 1.874, o portuguez, 890, o argentino, 3.109, o uruguayo, 2.331, o venezuelano, 1.593, 2.º, e o italiano, 1.967.

II. *Immoveis* — Os immoveis, a que se refere o numero anterior, são os mencionados no art. 43, I e II do Código Civil, immoveis por natureza, comprehendendo: o solo com a superficie, os seus accessorios e adjacentes naturaes, como sejam: as arvores, os fructos pendentes, o espaço aereo e o subsolo; e, ainda, a semente lançada á terra e as construcções fixadas no solo, as fontes, os cursos e os reservatorios d'agua.

As construcções e edificios fixados no solo somente podem ser hypothecados com a porção do solo, onde se encontram, de modo que, se forem destruidos, a hypotheca subsiste, sobre o solo. O mesmo se diz das plantações.

O decreto n. 5.481, de 25 de Junho de 1928, art. 3, faculta a hypotheca dos apartamento isolados nos edificios de mais de cinco andares, construidos de cimento armado, ou materia similar incombustivel, desde que taes apartamentos conttenham, pelo menos, tres peças.

As fontes, reservatorios e cursos d'agua, se constituirão uma unidade juridica autonoma e se possam vender

(1-a) Veja-se o que se expoz no § 133, II. E quanto aos Codigos argentino e peruano, veja-se esse mesmo §, ns. IV e V.

independentemente do terreno, em que se acham, podem ser objecto de hypotheca, diz STOLFI (2).

A nua propriedade do immovel pode hypothecar-se, visto como é licito alienar-a. O adquirente supportará o onus do usufructo. Este é que o nosso direito não permite hypothecar, porque é inalienavel, a não ser para a consolidação da propriedade na pessoa do nu proprietario. O mesmo se dirá do immovel gravado com uso e habitação.

O immovel commum a dois ou mais proprietarios pode ser hypothecado em sua totalidade, consentindo todos, ou na parte de qualquer dos condominos, se o immovel fôr divisivel. Effectuada a divisão, sobre a parte do devedor hypothecante recahirá a hypotheca, vigorando os seus effeitos, desde o momento da sua constituição, porque a divisão é, meramente, declaratoria e não attributiva do direito de propriedade (3)

III. *Os accessorios dos immoveis conjunctamente com elles. São accessorios dos immoveis:* a) Os objectos que adherem, natural ou artificialmente, ao solo, como as arvores, os edificios e as sementes lançadas á terra. Esta classe já foi considerada no numero antecedente; b) Tudo quanto o proprietario, intencionalmente, mantem no immovel, para a sua exploração industrial, aformaseamento ou commodidade (Codigo Civil, art. 43. III). E' a esta segunda classe de accessorios, que se refere o Codigo Civil, quando adverte que somente com o immovel podem ser hypothecados; porque são coisas moveis por natureza, que o proprietario immobiliza por incorporação ao immovel. Taes são, por exemplo: machinas, utensilios, animaes do estabelecimento agricola e pecuario, ins-

(2) *Diritto civile*, II, parte terza, n. 489.

(3) Codigo Civil, art. 737. Veja-se o § 92 deste livro.

trumentos, etc. Os accessorios da primeira classe estão, physicamente, ligados ao solo, delle não se separando sem que se destruam ou percam a sua utilidade. Não havia necessidade de destacal-os, como partes componentes do immovel, embora se mencionem nas escripturas de hypotheca, a fim de melhor caracterizar o objecto della e mais efficazmente assegurar o interesse das partes

IV. *Dominio directo* (3) — O dominio directo é a propriedade perpetuamente onerada pelo direito do emphyteuta ás utilidades do immovel. Aliás essa propriedade pode extinguir-se pelo regate, excepto a dos terrenos de marinha e outros bens aforados pela União (4). Do dominio directo emanam varios direitos, como a percepção do fôro, o laudemio, a preferencia nas alienações da emphyteuse. Essas vantagens offerecem base economica ao credor hypothecario.

No direito francez codificado, este caso não era considerado, porque não cogitava do contracto emphyteutico; hoje, porem, com a lei de 25 de Junho de 1902, que regulou a emphyteuse, dando-lhe character de direito real, o dominio directo pode ser dado em hypotheca. Se a lei apenas mencionou a hypothecabilidade da emphyteuse é porque, anteriormente, ella não tinha assento em lei, apesar de que a reconhecesse a jurisprudencia.

No direito italiano, o Codigo Civil, art. 1. 967 é expresso:

São capazes de hypotheca os direitos do concedente e os do emphyteuta (n. 3)

Dominio util (5) — Este direito real de gozo sobre coisa alheia é tambem hypothecavel, porque é alienavel.

(3-a) Vejam-se os §§ 66 a 79 do vol. I desta obra e o Anexo.

(4) Lei n. 22.785, de 31 de Maio de 1933, art. 1.º.

(5) Vejam-se os §§ 66 a 70, vol. I, desta obra.

Quando, pela extincção da emphyteuse, o dominio directo se torna propriedade plena, como nos casos de renuncia accéita do emphyteuta, commissio, caducidade e consolidação (6), a hypotheca se estende a todo o immovel porque, nesses casos, o direito do senhorio directo absorve o do emphyteuta com os onus a elle adherentes. Esta solução, que decorre de preceitos do nosso Código Civil, racionalmente applicados, encontra apoio em STOLFI; quando, rejeitando opiniões divergentes, affirma que, "reunidos os dois dominios, ambos cessaram de existir, separadamente, e, consequentemente, a hypotheca se estende á propriedade plena" (7)

O mesmo se dirá, naturalmente, quando ao emphyteuta passar a propriedade plena do immovel, como no caso de opção ou regaste.

Considera-se agora a emphyteuse sobre immovel partitular. O aforamento de terrenos de marinha e outros terrenos da União obedece a normas especiaes

V. *Estradas de ferro* — São immoveis adherentes ao solo e constituem unidades economicas, abrangendo o material fixo, o rodante e os edificios. Como offerecem certas particularidades em relação á hypotheca, serão considerados em parographo distincto.

VI. *Minas e pedreiras, independentemente do solo, onde se acham* (8) — O Código de minas (decreto-lei n. 1.985, de 29 de Janeiro de 1940) distingue jazida e mina. A primeira é massa de substancia mineral, ou fossil, existente no interior ou na superficie da terra e que apresenta valor para a industria (art. 1.º, § 1.º). A segunda é a jazida em lavra, entendido por lavra o conjuncto de

(6) Veja-se o § 70.

(7) *Diritto civile*, II, parte terza, n. 520.

(8) Veja-se o § 42, vol. I, desta obra.

operações necessárias á extracção industrial de substancias mineraes ou fosséis da jazida (dispositivo citado). Ambas são immoveis distinctos do solo e, portanto, hypothecaveis, separadamente como bens independentes do solo. Quanto á mina cumpre notar que ella se estende aos terrenos circundantes para a construcção de officinas, installações, obras accessorias e moradia para operarios, abertura de communicações, escoamentos de aguas, e outras exigencias do serviço. segundo preceitua o Codigo de minas, art. 39. Esses expansões são abrangidas pela hypotheca da mina.

As pedreiras, que podem ser exploradas independientemente do solo, já eram, pelo Codigo Civil, susceptiveis de hypotheca, e a lei de minas não lhes modificou a situação, sob esse ponto de vista.

As aguas mineraes, thermaes e gazosas entram na classe das jazidas e minas. São, tambem, hypothecaveis.

VII. *Navios e aeronaves* — Em capitulos proprios serão considerados estes dois casos.

VIII. *Bens que não podem ser objecto de hypotheca* — Entram nessa classe todos os bens inalienaveis, por isso que somente as coisas alienaveis podem ser dadas em garantia real, sob qualquer de suas formas: penhor, antichrese ou hypotheca (Cod. Civil, art. 756)

Assim, não são suceptiveis de hypotheca

a). Os bens publicos da União, dos Estados e dos municipios, emquanto conservarem essa forma, sejam de uso commum ou de uso especial. Os dominicaes são alienaveis nos casos e forma que a lei prescrever (9). Poderiam estes ultimos ser hypothecados; mas dada a natureza dos proprietarios, não costumam ser.

(9) Codigo Civil, arts. 66 e 67. O *Codigo Civil commentado*, I, observações ao primeiro desses arts., indicam os bens publicos da União e dos Estados, segundo as tres classes, a que pertencem: de uso commum, especiaes e dominicaes.

b) *Os immoveis dotaes.* Sob essa denominação indicam-se os immoveis entregues ao marido *taxationis causa*, isto é, a respeito dos quaes não se estipula a alienação ao marido. Sob pena de nullidade, não podem esses bens ser onerados por hypotheca, salvo excepções legaes, e com as formalidades que a lei exige. Esses casos e formalidades constam do art. 283 do Codigo Civil

Os immoveis entregues ao marido, no regimen dotal, *venditionis causa*, são alienaveis e, portanto, hypothecaveis

c) *O bem de familia* — Instituto de previdencia, destinado a amparar a familia das vicissitudes da vida, dando-lhe um lar seguro, isento de execução por dividas, o *bem de familia* imprime a condição de inalienavel ao immovel, emquanto applicado á residencia das pessoas a quem beneficia (10). Sendo inalienavel, o predio instituido em bem de familia não pode ser hypothecado.

— Ainda que alienaveis, não podem ser objecto de hypotheca os bens declarados immoveis, para os effeitos legaes pelo Codigo Civil, art. 44, I, salvo os mencionados no art. 810.

§ 136

DA ESTENSAO DA HYPOTHECA

I. O art. 811 do Codigo Civil consagra a regra da extensão da hypotheca nos termos seguintes: “A hypotheca abrange todas as accessões, melhoramentos ou construcções do immovel”. “Subsistem, porem, accrescenta, os

(10) Vejam-se o Codigo Civil, arts. 70 a 73 e decreto-lei n. 3.200, de 19 de Abril de 1941.

onus reaes constituídos e transcriptos anteriormente à hypotheca, sobre o mesmo immovel.

Desenvolvendo esse preceito, occorre fazer algumas ponderações para melhor precisal-os.

O onus hypothecario recae sobre o immovel, na sua totalidade e em cada uma de suas moleculas. As accessões naturaes, como as produzidas pela exploração do immovel caem na esphera da hypotheca. As ilhas, que se formam nos rios, o alveo abandonado, as alluviões, as plantações, os fructos, as bemfeitorias uteis e necessarias, tudo quanto se une ao solo por accessão intellectual para a sua exploração, os direitos que se incorporam ao dominio do immovel por consolidação, ou por qualquer outro modo (11).

Os fructos, porem, depois de colhidos, assim como as outras coisas unidas ao immovel por accessão, quando, normalmente, delle separadas, mobilizam-se e se desprendem do vinculo hypothecario.

Desses bens moveis pôde o devedor hypothecario dispor livremente, sem offensa ao direito do seu credor. Essa disposição em nada deprecia o bem dado em garantia do pagamento do credito.

II. A porção de terreno, que o devedor adquire para alargar as suas terras não entra na comprehensão da hypotheca, visto como, ainda que annexada ao immovel hypothecado não constitue accessão, na accepção juridica do termo (2). E, com razão mais forte, não ficam

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 180 e 183; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 137; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 244 a 255; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, ps. 51 e segs.; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, §§ 66 e 67; A. D. GAMA, *Da hypotheca*, n. 10; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 79 e segs..

(2) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 183, nota 10, com apoio em MARTOU e PONT, censurando o decreto n. 3.453, de 26 de Abril de 1865, art. 143, § 3.º. O Codigo Civil não estende o vinculo hypothecario se não ás accessões e melhoramentos, que se incorporam ao predio hypothecado.

sob o onus hypothecario os predios contiguos que o devedor adquira depois de constituída a hypotheca, se esses bens conservam a sua individualidade

III. As bemfeitorias uteis e necessarias, realizadas por terceiro, de bôa fé, não se desagregam do immovel hypothecario, de modo que o credor exequente as terá de descontar do preço do immovel arrematado ou adjudicado, para indemnizar a quem as realizou. Quem, de bôa fé melhora o predio alheio, nas condições acima expostas, tem direito de ser indemnizado

AZEVEDO MARQUES contesta a affirmação, que acaba de ser feita (3), mas está ella tão conforme os principios de direito, que as objecções do illustre jurisconsulto não a abalaram. Entende elle que, não recebendo o credor hypothecario senão o seu capital e os juros, nada lucra com as bemfeitorias feitas depois da inscripção hypothecaria. Admitte que se desconte somente o valor das anteriores. Mas a questão é a mesma. Se as bemfeitorias uteis ou necessarias, realizadas por terceiro devem, segundo o seu valor, ser descontadas do preço do immovel, quando forem anteriores á inscripção hypothecaria, não se vê por que tenham de ser afastadas as posteriores. Se o autor das bemfeitorias tem direito a indemnização, podendo assegurar-a retendo o immovel, o desconto no preço do immovel arrematado ou adjudicado é irrecusavel. Se o preço da arrematação exceder o capital e os juros do credito e cobrir o valor das bemfeitorias, não haverá desconto que interesse ao credor. Mas, se não houver ensanchas para o pagamento do credor e o das bemfeitorias, o credor não embolçará todo o preço obtido, o autor das bemfeitorias, no caso previsto, reteria o immovel até ser pago, se não

(3) *A hypotheca*, ps. 52 a 54. V. o *Codigo Civil commentado*, obs. 2.^a, referente ao art. 811.

se deduzisse do preço o valor da indemnização, a que tem direito. Isso, bem se comprehende, havendo bôa fé, e estando o immovel na posse do autor das bemfeitorias.

IV. *O capital e os juros*, dentro das prescripções da lei, que condemna a usura, entram, naturalmente, na comprehensão da hypotheca, pois que esta é constituida, precisamente, para assegurar o pagamento integral da divida.

V. *O tesouro*. Segundo ficou dicto no § 47, primeiro volume desta obra, o thezouro é adquirido por accessão ao dono do predio; mas este apenas lucra a metade, cabendo a outra metade ao achador, como recompensa por ter feito volver um valor desapparecido ao gremio social. Não offerece nenhum interessé o achamento do tesouro ao credor hypothecario, porque, retirado do logar, em que se achava occulto é uma porção de coisas moveis, moedas, joias, objectos de valor, de cuja metade o proprietario do immovel pode, livremente, dispor, como de qualquer outra coisa movel não unida ao predio, embora por elle produzida ou d'elle separada, tendo existencia propria.

§ 137

DAS OBRIGAÇÕES CUJO CUMPRIMENTO A HYPOTHECA ASSEGURA

I. Podem ser garantidas por hypotheca todas as obrigações de ordem economica. Se é de dinheiro ou de coisas reductiveis a dinheiro, a hypotheca assegura, directamente a prestação; se é de fazer ou não fazer, assegura a indemnização por perdas e damnos, em consequencia de inadimplemento.

As obrigações futuras são susceptíveis de segurança pela hypotheca; mas, enquanto as obrigações não se formam não tem efficacia a hypotheca. E a razão é que a hypotheca é accessoria da obrigação; enquanto esta não existe, a hypotheca permanece em estado meramente potencial. A obrigação condicional é também futura, quando a condição é suspensiva, porque a sua existencia depende do advento do facto, a que está subordinada. Se a condição é resolutiva, a obrigação está formada e produz effeito até o momento em que sobrevem o facto que a extingue. A hypotheca assegura o seu cumprimento, desde que é constituída, e perdura enquanto se mantem a relação obrigacional.

Exemplo de hypotheca, assegurando o cumprimento de obrigação futura, é o da que é constituída para garantia da abertura de um credito em conta corrente. Enquanto o correntista não se constitue devedor, usando do credito, a hypotheca espera a divida para garantil-a; se a divida não se forma, a hypotheca fica sem effeito.

Diverge LAFAYETTE deste modo de ver. Entende o eximio jurisconsulto que, no caso de obrigações condicionais ou futuras, "a hypotheca, tornando-se a obrigação effectiva, se considera subsistente da data da sua constituição, se, desde esse dia, o credor estava obrigado, por um vinculo juridico, a dar ou fazer a prestação, pela qual o devedor se lhe constitue em divida" (1). Por essa doutrina, a hypotheca perde a sua qualidade de coisa accessoria para assumir a de principal. E' a obrigação do credor, aliás ainda não cumprida, que dá effectividade á hypotheca, em vez de ser a do devedor.

E' certo que, pela theoria adoptada neste paragrapho a hypotheca antecede a obrigação, que vae garantir. A sua existencia é, meramente formal. Completar-se-á com a

(1) *Direito das coisas*, § 177, 5, com apoio em MAYNZ e JORDAN.

constituição da divida. Mas esta construcção, imposta pelas necessidades da vida, accomoda-se, melhor, com os principaes de direito hypothecario (2).

II. As obrigações denominadas *naturaes* não são providas de acção; por isso mesmo, não se lhes pode ajustar a garantia hypothecaria. O accessorio, a hypotheca, ha de seguir o destino do principal, a que accede; e então estará a hypotheca desprovida de execução, o que a tornaria inutil. Se, porem, não attendermos a esse principio de direito, segundo o qual o accessorio recebe a natureza do principal (2-a), daremos acção a uma obrigação, que, por conceito, não a tem.

§ 138

DAS ESPECIES DE HYPOTHECA

I. Pelo direito patrio, toda hypotheca é civil: isto é, a lei que a institue e regulamenta é civil e civil a sua jurisdicção, ainda que a divida seja commercial e commerciantes o credor e o devedor (Codigo Civil, art. 809). E assim foi estatuido, porque a hypotheca recahia outr'ora somente sobre immovel, gerando direito real de natureza, necessariamente immovel, e é o direito civil que organiza a propriedade de immovel. Não ha hypothecas de natureza commercial. O Codigo Commercial de 1850 esta-

(2) E' a doutrina que ensinam CUJACIO, TROPLONG e AFFONSO-FRAGA.

(2-a) Codigo Civil, art. 59; D. 34, 2, fr. 19, § 13: *ut accessio cedat principali*; TEIXEIRA DE FREITAS, *Regras de direito: accessorium sui principalis naturam sequitur* (p. 13).

belecera algumas, para melhor garantir o implemento de certas obrigações; mas o decreto n. 169A de 19 de Janeiro de 1890, as extinguiu, declarando em seu art. 1.º: "Não ha outras hypothecas e onus reaes senão os que este decreto estabelece". E o Codigo Civil adoptou a mesma orientação. Aliás hoje todo o processo referente a materias de direito privado é civil.

II. Com relação á sua origem, ou facto em que se funda, a hypotheca é: *convencional*, quando se baseia em contracto; *legal*, quando é criação da lei, e *judicial*, quando assegura a execução de uma sentença.

O direito civil brasileiro regula essas tres formas de hypotheca. Outras legislações apenas reconhecem a convencional, outras deixam de lado somente a judiciaria, mantendo as outras duas formas, como já foi indicado no paragrapho 133, e se verá ainda ao tratarmos de cada uma dessas especies.

III. Do ponto de vista do objecto sobre o qual a hypotheca pode ser: *commum*, quando o seu objecto é immovel; *naval*, quando recáe sobre navios; e *aerea*, quando vincula aeronave ao cumprimento de uma obrigação. Em capitulos proprios serão estudadas estas diversas especies.

O navio e a nave do ar, embora coisas moveis, são susceptiveis de hypotheca por sua individuação mais firme; e, por não poderem ficar sob a posse e guarda do credor, como se daria no caso do penhor, que é o direito real de garantia naturalmente applicavel ás coisas moveis.

IV. *Hypotheca testamentaria*. O direito civil brasileiro não conhece a hypotheca testamentaria, que o direito romano admittia, como se vê do D. 13, 7, fs. 26, pr., onde ULPIANO observa: *Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui: cum testamento quoque pignus con-*

stitui posse, imperator noster cum patre apientissime rescripsit.

As legislações modernas não mantiveram, salvo raríssimas exceções, essa forma de hypotheca, e a doutrina têm dado o mais franco apoio a essa abstenção. Todavia, não obstante as opiniões de autores conceituados, como GABBA, BORSARI, BIANCHI, RICCI, na Italia, outros não menos acatados, como CHIROWI, ABELLO, MAZZONI, baseando-se na tradição, pretendem que o direito italiano em vigor permite a hypotheca testamentaria, o que parece um tanto aventureiro. Outros, como STOLFI, se não sustentam, em face da lei, a hypotheca baseada em testamento, acham indiscutível a vantagem dessa especie para ser incluída na futura reforma do Código Civil. Não lhes parece que o beneficio de separação dos patrimonios do defuncto e dos herdeiros satisfaça plenamente os credores e legatarios, e que não ha immoralidade em favorecer o testador um credor ou legatario de preferencia a outros.

Penso que, em nosso direito, seria excrecencia indesejavel essa especie de hypotheca.

CAPITULO X

DA HYPOTHECA CONVENCIONAL (1)

§ 139

DO CONTRACTO HYPOTHECARIO

Denomina-se convencional a hypotheca, voluntariamente, constituída pelo devedor ou por terceiro em beneficio do devedor. Baseia-se em contracto validamente concluído.

São requisitos essenciaes do contracto de hypotheca voluntaria: a) Pessoa capaz de alienar; b) dominio da coisa que vae receber o onus hypothecario; e) escriptura publica, se o valor da coisa hypothecada é superior a um conto de reis (Codigo Civil, art. 134, II e 135), ou instrumento particular, se o valor do objecto a hypothecar não exceder a essa quantia.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 210 e segs.; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes da garantia*, § 70; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 163 e segs.; N. STOLFI, *Diritto civile*, vol. II, 3.^a parte, ns. 688 e segs.

Segundo já ficou dito no § 95, de accordo com o que determina o art. 761 do Codigo, o contracto de hypotheca, sob pena de não poder constituir direito real, deve declarar: o total da divida ou a sua estimação, o prazo fixado para o pagamento, a taxa dos juros, e a coisa dada em garantia com as suas especificações.

§ 140

DAS PESSOAS QUE PODEM E DAS QUE NÃO PODEM HYPOTHECAR

I. A capacidade para constituir hypotheca é a de alienar. *Só aquelle que pode alienar poderá hypothecar*, preceitua o Codigo Civil, art. 756, porque a hypotheca é uma alienação condicional. Se a obrigação não fôr cumprida, o credor tem o direito de executar a coisa hypothecada.

II. O homem casado não pode hypothecar bens immoveis, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regimen dos bens no casamento, sejam os immoveis proprios ou communs (Codigo Civil, art. 235, I). E' medida de protecção á familia, que a lei estabelece; mas permite que o juiz suppra a outorga da mulher, quando esta a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossivel dal-a (art. 237). O supprimento do juiz autoriza a hypotheca, sem obrigar os bens proprios da mulher, diz o art. 238); de onde se induz que essa hypotheca somente pode recahir sobre bem proprio do marido ou commum.

III. A mulher casada, igualmente, não pode hypothecar bens, ainda que proprios, sem autorização do

marido (Codigo Civil, art. 242, II). A autorização marital pode ser supprida, judicialmente, nos casos em que a lei o permite (art. 245), sem obrigar os bens próprios do marido (art. 245, paragrapho unico).

Quando a mulher assume a direcção e administração do casal, por estar o marido em logar remoto ou não sabido, ou em carcere por mais de dois annos, ou judicialmente interdito, a mulher pode hypothecar os seus bens próprios, os communs e, mediante autorização especial do juiz, até os do marido, visto como os pode alienar (Codigo Civil, art. 251) (1).

Sobrevindo desquite, dissolve-se sociedade conjugal e tanto o marido quanto a mulher podem, livremente, alienar ou onerar os seus bens hypothecaveis.

IV. Os *filhos-familias*, emquanto submittidos ao patrio poder não podem hypothecar os seus bens, porque não têm capacidade juridica para alienal-os. O pae e, na sua falta, a mãe, que são os administradores legaes dos bens dos filhos, que se acham sob o seu poder, poderão, porem, gravar-lhes os bens com hypotheca, havendo necessidade ou evidente utilidade, mediante previa autorização do juiz (Codigo Civil, art. 386). Os emancipados têm a capacidade plena como os maiores. Alem dos casos de emancipação mencionados no art. 9.º do Codigo Civil, devemos considerar o daquelles que, aos dezoito annos se alistam como eleitores (Constituição de 1937, art. 127).

(1) A segunda parte do art. 27 do Codigo Commercial, que autoriza a mulher a obrigar ou alieiar, validamente, os bens dotaes, está revogada pelo Codigo Civil (meu Codigo Civil commentado, obs. 5 ao art. 293; ACHILLES BEVILAQUA, *Codigo Commercial annotado*, nota 24 ao art. 27; VAMPRÉ, *Direito commercial*, I, p. 133. V. tambem J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial*, II, n. 92 e LA-FAYETTE, *Direito das coisas*, nota 26 ao § 213.

V. Os menores sob tutela e os *interdictos* não podem constituir *hypotheca* sobre os seus bens, porque são incapazes civilmente (2).

VI. Os *fallidos*, desde o dia da abertura da fallencia, ou da decretação do sequestro, perdem o direito de administrar e dispor de seus bens (3); portanto não têm capacidade para constituir *hypotheca*. E os bens excluídos da fallencia não são dos que possam ser objecto de direito real de garantia, seja por estarem submettidos á clausula de inadienabilidade, seja por sua qualidade de coisas moveis, seja pelo destino a que se applicam.

§ 141

DA PLURALIDADE DE HYPOTHECAS

I. O dono do bem *hypothecado* pode constituir sobre elle, mediante novo titulo, outra *hypotheca*, em favor do mesmo ou de outro credor (Codigo Civil, art. 812).

Este preceito, que já constava do decreto n. 169-A, de 19 de Janeiro de 1890, art. 4.º, § 7.º, inspirou-se na vantagem de valorizar as terras e outros bens *hypotheca*-veis, assim como na conveniencia de desenvolver o credito. Assim, se o valor do bem excede o da obrigação garantida.

(2) Codigo Civil, arts. 5, 6, 416, 422. Veja-se o § 91 deste volume.

(3) Lei n. 5.748, de 9 de Dezembro de 1929, art. 45; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial*, VII, n. 29. O fallido não é incapaz, apenas não lhe é permittido praticar actos que offendam direitos ou interesses da massa fallida, ou que sobre ella produzam effeito.

pela hypotheca, é possível sobre elle contrituir novas hypothecas.

AFFONSO FRAGA (1) censura o Codig Civil, por exigir novo titulo para constituição de outras hypothecas, quando é possível, numa só escriptura, se constituirem varias hypothecas em garantia de varios credores. Mas ainda que seja licito numa só escriptura constituirem-se varias hypothecas, o titulo não é o mesmo para todas, porque cada um desses onus tem a sua individualidade, e depende a sua efficacia do que restar da execução da hypotheca anterior. Por outro lado, o Codigo attenleu ao que, ordinariamente se faz, *quod plerumque fit*.

II. Por ter constituido mais de uma hypotheca sobre o mesmo objecto, não está o devedor i.º prohibido de solver o credito do segundo ou terceiro credor, antes de satisfazer o anterior, porque a garantia deste subsiste integral sobre todo o bem hypothecado, quaesquer que sejam as combinações particulares, havidas entre o devedor commum e os credores garantidos por hypothecas ultteriores.

III. O Codigo Penal de 1890, art. 338, n. 3, considerava crime *dar em caução, penhor ou hypotheca bens, que não puderem ser alienados ou estiverem gravados de onus reaes e encargos legaes e judiciaes, affirmando a isenção delles*. E' a occultação fraudulenta do onus real anterior, que constitue crime; porque a intenção de quem procede é illudir a bôa fé alheia, offerecendo falsa garantia, no caso especial de que agora se trata. Com o systema de publicidade do onus hypothecario, que se acha entre nós instituido, a occultação fraudulenta não offerece perigo. Não obstante, o novo Codigo Penal, decreto n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, ainda conserva esta figura de

(1) *Direitos reaes de garantia*, § 72, n. 238.

fraude, no seu art. 171, § 2.º, II: Incorre nas penas do estellionato quem — dá em garantia coisa . . . gravada de onus . . . silenciando sobre essa circumstancia.

IV. *Salvo caso de insolvencia do devedor, o credor da segunda hypotheca, embora vencida, não poderá executar o immovel (ou outro bem hypothecado) antes de vencida a primeira (Codigo Civil, art. 813) (2).*

Dada a insolvencia do devedor, abrir-se-á concurso de credores; por isso, se apresentará, tambem, e justamente com o credor por primeira hypotheca, o de garantia posterior. Mas não se considera insolvencia, a falta de pagamento de obrigações garantidas por hypothecas posteriores, declara o paragrapho unico do art. 813, acima citado, porque os credores por hypothecas posteriores não podem executar o devedor enquanto subsistir a anterior. Esses credores de hypotheca ulteriormente inscripta já encontraram o bem gravado, em sua totalidade, em proveito do credor anteriormente inscripto. Sua garantia está na parcella do valor do bem, que restar do pagamento da obrigação anteriormente garantida. Retarda-se a sua execução, porque a garantia recáe sobre remanescente.

V. AFFONSO FRAGA condemna a solução dada pelo Codigo Civil, art. 813, principio, quando ha hypothecas successivas recahindo sobre o mesmo bem, porque é contraria aos principios de direito.

Na discussão do Codigo Civil, este caso foi dos que mais interessaram os congressistas, á procura de uma solu-

(2) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 255 e 273; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 329; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 238; JOÃO MONTEIRO, *Aplicações do direito*, pags. 60 a 65; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, n. 371; JOÃO LUIZ ALVES, *Codigo Civil annotado*, ao art. 813; AZEVEDO MARQUES, *Trabalhos da Camara*, V, ps. 280 a 282 e *Hypotheca*, ao art. 813; *Trabalhos do Senado*, I, ps. 20-22; DIONYSIO GAMA.. *A hypotheca*, ps. 56 e segs.; MARTINHO GARCEZ, *Direito das coisas*, § 320; J. VILLASBÓAS, *Hypotheca naval*, capitulo XXVIII.

ção, que satisfizesse a todos. E a que pareceu melhor foi a que se lê no art. 813, principio, do Codigo Civil.

O Projecto primitivo, art. 925, propuzera: *A hypotheca posterior não pode ter prazo mais curto do que o da anterior.* Não foi aceita essa idéa. Também rejeitada foi a formula do Projecto da Camara: *Vencida a hypotheca posterior, reputa-se vencida a anterior, e o segundo credor não poderá executar a hypotheca, sem notificar judicialmente o primeiro.* Afinal prevaleceu a provisão do Codigo Civil, art. 813, pr.: enquanto não estiver vencida a primeira hypotheca, o credor da segunda não poderá executar o immovel. Aliás o direito anterior já consagra regra semelhante. Mas havia duvidas a respeito de sua applicação.

O regulamento n. 9.549, de 23 de Janeiro de 1886. primeira hypothecas". Mas, não tendo o decreto hypothecas sobre o mesmo immovel, não podem os credores por hypothecas posteriores e de prazos menos longos promover a execução sobre o immovel, antes de vencidas as primeiras hypothecas". Mas não tendo o decreto hypothecario n. 169-A, de 1890, reproduzido essa norma, entendiam alguns que fôra revogada (2).

AZEVEDO MARQUES expoz esta materia com muita clareza (3). Affirma o douto jurista: "O direito de promover a hypotheca, que compete aos segundos, depois de vencida a primeira hypotheca, somente será exercitavel no caso de não querer o primeiro execer o seu". O numero de ordem na inscripção assegura ao primeiro prioridade na execução e, com ella, a preferencia.

(2) Outros, porem, opinavam pela vigencia della. Estavam nesse numero DUARTE DE AZEVEDO, JOÃO MONTEIRO, AZEVEDO MARQUES e outros muitos.

(3) Veja-se *A hypotheca*, ps. 56 a 62. Somente no que diz respeito á insolvencia me não parece fundada a opinião do egregio professor.

Vencida a primeira hypotheca, é direito do segundo credor hypothecario executar o immovel; mas, por esse facto não fica annullado o direito do primeiro credor, que tem preferencia no pagamento. Ao segundo caberá o que restar; salvo se usar do direito de remissão, que a lei lhe offerece, e do qual se tratará em seguida.

VI. AZEVEDO MARQUES nega a existencia da insolvencia no direito civil brasileiro. Insurge-se contra dispositivos expressos. Mas a vedade é que, se não foi mantido o instituto da insolvencia civil, como propuzera o Projecto primitivo, o facto da insolvencia não foi relegado do corpo systematico do nosso direito civil. O art. 1.554 é positivo: *Procede-se ao concurso de credores toda vez que as dividas excedam á importancia dos bens do devedor.* Ahi está bem caracterizada a insolvencia, a que se referem outros muitos dispositivos do Codice. EPITACIO PESSÔA contou vinte e cinco vezes referencias ao estado de insolvencia com repercussão nas relações juridicas. Por isso, em geral, os nossos autores reconhecem, nem podiam deixar de reconhecerem, o estado de insolvencia no direito civil patrio (4).

§ 142

DA REMISSÃO DA HYPOTHECA ANTERIOR PELO CREDOR DA POSTERIOR

I. O art. 814 do Codice Civil faculta ao segundo credor remir a hypotheca anterior, se o devedor não o fizer. *Remissão* é o beneficio concedido, neste caso, ao cre-

(4) Vejam-se: FERREIRA COELHO, *Codigo Civil*, VIII, p. 120; S. MARTINS TEIXEIRA, *Concurso de credores*, ns. 12 a 14; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 11.

dor por segunda hypotheca, de liberar o bem do vinculo da hypotheca anterior, consignando a importancia do debito e das despezas judiciaes, seja se estiver processando a execução, e intimando o credor da hypotheca anterior para levantal-a.

O devedor poderá remir a hypotheca anterior, antes, ou depois, da intimação, que lhe fizer o segundo credor, pagando a divida e as custas, se houver.

Sendo o objectivo da remissão desinteressar o credor antecedente do seu direito de garantia, é bem de ver que, antes de recorrer ao deposito, o segundo credor poderá pagar particularmente, mediante accordo, ao primeiro o que lhe fôr devido. Se o credor por hypotheca anterior não accetar o accordo, então o credor immediato, recorrerá á consignação, que é modo de pagamento, regulado pelo Codigo Civil, arts. 972 a 984. O caso agora considerado é o previsto no art. 973, I: se o credor, sem justa causa, recusa receber o pagamento ou dar quitação na devida forma.

Considerando que o bem está hypothecado a tres credores sucessivos. A, B e C, pçergunta-se se o terceiro inscripto, vencida a hypotheca de A, pode usar do direito de remissão. E' claro que não pode, porque antes d'elle está B, cuja prioridade e preferencia impedem a intervenção de C. Suppondo, porem, que se venceram as duas primeiras hypothecas e não houve pagamento por parte do devedor, nem remissão pelo segundo credor, então é justo que o terceiro possa remir as duas primeiras hypothecas, por accordo ou por consignação, se lhe convier.

II. O credor, que remir a hypotheca anterior, fica subrogado nos direitos della, sem prejuizo dos que lhe competirem contra o devedor commsm, preceitua o § 2.º do art. 814 do Codigo Civil. Srbrogação é a transferencia dos direitos do credor, para aquelle que solveu a obrigação ou prestou o necessario para solvei-a. A obrigação,

pelo pagamento, extingue-se; mas, em virtude da subrogação, a obrigação, extincta para o credor originario, subsiste para o devedor, que passa a ter por credor, investido nos direitos do credor pago, daquelle cujo credito foi satisfeito. O Codigo Civil occupa-se desta forma de pagamento nos arts. 985 a 990.

§ 143

DA REMISSÃO DA HYPOTHECA PELO ADQUIRENTE DO BEM HYPOTHECARIO (1)

I. O devedor pode, livremente, alienar o bem, que hypothecou; mas o adquirente o recebe com o onus hypothecario, se a hypotheca se acha inscripta. Antes da inscripção ha simples contracto de hypotheca convencional e ainda não o direito real, gravando o bem e seguindo-o nas transmissões de dominio, em virtude do direito de sequela.

Se a hypotheca é legal, e, por ventura, ainda não inscripta, fôr alienado o bem, a situação será identica á consi-

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 256 a 261; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 196 a 198 e 200; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 207 a 304; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, ps. 65 e segs.; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, §§ 78 e 79; A. D. GAMA, *Da hypotheca*, ns. 179 e segs.; PHILADELPHO AZEVEDO, *remissão hypothecaria*, na *Gazeta dos tribunaes*, n.º de Julho de 1921; LAURENT, *Cours*, IV, ns. 582 a 585; PLANIOL, *Traité*, ns. 3.274 a 3.386; HUC, *Commentaire*, XIV, ns. 70 a 173; *bis*; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 294; GUILLOUARD, *Des privilèges et hypothèques*, IV, ns. 1.493 a 2.192; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, II, ns. 1.261-1.427; PLACIDO E SILVA, *Codigo do Processo Civil*, notas aos arts. 485 a 491; CARVALHO SANTOS, *Codigo do Processo Civil interpretado*, commentarios aos arts. 393 e seguintes.

derada anteriormente: ainda não haverá direito real oppo-nível a todos.

Alienado o bem gravado com hypotheca inscripta, seja a hypotheca legal, convencional ou judicial, o onus o acompanhará.

II. Se o adquirente quizer forrar-se aos efeitos da execução hypothecaria, a lei lhe offerece um meio: a remissão ou libertação da coisa, que adquiriu onerada (Codigo Civil, art. 815).

Dentro de trinta dias, contados da data da transcripção do contracto acquisitivo do bem gravado com hypotheca, o adquirente notificará, judicialmente, ao credor ou credores hypothecarios, a sua determinação de libertar do onus hypothecario o bem, que adquiriu, offerecendo o preço da remissão, que será o que desembolsou com a compra, ou outro maior. Se adquiriu o bem a titulo gratuito declarará o valor, em que estima o bem.

A notificação deverá conter as indicações necessarias ao conhecimento da operação proposta. Além do preço com as particularidades, que tiver, ou a estimação, no caso de ser offerecida quantia maior, ou no de ter sido a titulo gratuito a aquisição, deverá a notificação determinar o immovel, segundo consta do contracto acquisitivo, o nome do alienante e quanto possa esclarecer os credores hypothecarios a respeito da operação proposta.

A notificação será executada nos domicilios inscriptos dos credores hypothecarias, ou por editaes, se ahi não estiverem os credores. Qualquer dos credores nificados poderá, no prazo assignado para a opposição, requerer que o bem seja licitado, desde que não esteja de accordo com a offerta do adquirente (Codigo Civil, art. 815, § 2.º). O silencio dos credores importa acceitação da proposta. Deve ser expressa a resposta que recusar a proposta.

O direito do adquirente á remissão extingue-se com o prazo estabelecido no art. 815, § 1.º do Codigo Civil.

Esse prazo é preclusivo, não se proroga. E é necessario que assim seja, para que não permaneça indecisa a situação entre o adquirente e os credores hypothecarios. Exgotado o prazo, o adquirente fica sujeito á execução hypothecaria.

Não importa, para a remissão, que as dividas estejam vencidas. A lei assegura ao adquirente o direito de libertar o bem dentro de certo prazo, sem fazel-o depender do vencimento das dividas, que assegura.

II. Tem-se criticado o direito de remissão concedido ao adquirente. Entre nós, avultam entre os criticos PHILADELPHO AZEVEDO e AZEVEDO MARQUES, allegando que é violencia á fé dos contractos forçar o credor hypothecario a despojar-se, antecipadamente, do seu direito, obrigando-o a receber o preço da libertação do ben. hypothecado, em momento, muitos vezes, inconveniente, por estar bem collocado o seu capital, e não lhe ser facil encontrar para elle emprego com a mesma segurança, ou igual vantagem.

O Projecto primitivo não dispunha a respeito, attendendo ao incontestavel direito do credor de se manter na situação economico-juridica firmada no contracto e no direito real resultante da inscripção da sua hypotheca. E a materia passara despercebida á Commissão revisora desse Projecto. As *Actas* são silenciosas neste particular. A' ultima hora, entretanto, na persussão de que houvera uma lacuna, transportou-se para o *Projecto revisto* o que dispunham os decretos, n. 169-A, de 1890, art. 10, e n. 370, do mesmo anno, arts. 257 a 277.

Foi o despertar do espirito tradicionalista. A lei hypothecaria n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, art. 10, e o seu regulamento dispunham sobre a materia; o decreto n. 169-A, de 19 de Janeiro de 1890 e o seu regulamento n. 370, de 2 de Maio do mesmo anno, mantiveram as mesmas normas; não convinha tentar outra orientação.

Por essas considerações, apparece, no Código Civil, a remissão da hypotheca pelo adquirente (art. 815).

III. E' ocioso examinar quem pode remir a hypotheca, acto que se não deve confundir com a remissão da execução. Sendo o fim dessa vantagem concedida ao adquirente de libertar o bem desse onus, segundo observa, com razão, LACERDA DE ALMEIDA (2), somente ao adquirente do bem onerado com hypotheca é dado usar do direito de remil-o. Trata-se de um privilegio, que somente compete ao adquirente do immovel ou outro bem hypothecado. Ao adquirente do immovel hypothecado, diz o art. 815 do Código Civil, *cabete, igualmente, o direito de remil-o*. Eguamente diz o artigo, porque o antecedente concedera o direito de remissão ao credor com segunda hypotheca, em se vencendo a primeira. Mas o indiscutível é que, no caso de aquisição do bem hypothecado, só aquelle que o adquiriu tem direito de expurgal-o do onus.

Mas o adquirente não pode usar do direito de expurgar o bem do onus hypothecario senão depois de transcrever o seu titulo acquisitivo da propriedade, porque só então elle é dono (3).

IV. *Legislação comparada*. O direito romano desconhecia a remissão da hypotheca, segundo acaba de ser exposta. Existia a *successio hypothecaria*, tornando o credor de segunda hypotheca subrogado nos direitos do credor

(2) *Direito das coisas*, II, § 197. Adquirente é a pessoa a que foi transferido o direito de propriedade, por acto gratuito ou ineroso, *inter vivos* ou *mortis causa*: o comprador, o que recebeu em pagamento, o donatario, o herdeiro, o legatario.

(3) Operações ha que expungem o bem de todos os seus gravames. Taes são: a desapropriação por utilidade publica e a arrematação ou adjudicação terminativa do executivo hypothecario (Código Civil, artigo 849, VII). Veja-se PLANIOL, RIPERT e BECQUÉ, tome XIII do *Droit civil français*, ns. 1.084 e segs., ainda que não haja perfeita identidade entre o direito civil francez e o brasileiro.

da primeira. Dava-se a successão hypothecaria: 1.º, em favor do capitalista, que adeantara dinheiro para pagamento da hypotheca; 2.º, em beneficio do adquirente do immovel hypothecado, que desinteressasse o primeiro credor; 3.º, em proveito do credor hypothecario, inferior ou superior (*jus offerendi et succedendi*) (4). Em todos esses casos havia transferencia, subrogação dos direitos hypothecarios, não expurgação da hypotheca.

— O *Codigo Civil francez* regula a expurgação da hypotheca, operação denominada *purge* (expurgação), nos arts. 2.181 a 2.195, onde se deparam dispositivos, que inspiraram os do nosso direito.

Os contractos translativos da propriedade de immoveis ou direitos reaes immoveis, que terceiros detentores quizeram limpar de privilegios e hypothecas, serão transcriptos, integralmente, pelo conservador das hypothecas em registro especial, no districto, (arrondissement), onde os bens forem situados (art. 2.181). Se o novo proprietario se quizer garantir contra o effeito de privilegios e hypothecas contra terceiros detentores, deverá notificar, aos credores, nos domicilios eleitos nas inscrições: o extracto do seu titulo, com o nome e a designação precisa do alienante, o preço e os encargos, que fizerem parte do preço da venda; o extracto da transcrição do acto de venda; um quadro com a data das hypothecas e das inscrições, os nomes dos credores e a somma exacta dos creditos inscriptos (art. 2.183). O adquirente declarará, no mesmo acto, que está prompto a pagar, immediatamente, as dividas e os onus hypothecarios, até á concorrência do preço (art. 2.184). Qualquer credor, cujo titulo se ache inscripto, pode requerer que o immovel seja posto em praça (art. 2.182).

O *Codigo Civil italiano* trata desta materia nos artigos 2.040 e seguintes. Refere-se, exclusivamente, á libe-

(4) Vejam-se DERNBURG, *Pandette*, I, §280 e GIRARD, *Droit romain*, 5.ª ed., ps. 784 a 786.

ração dos immoveis onerados de hypothecas. No mais os dispositivos se assemelham aos do direito civil francez, com pequenas modificações.

— *Codigo Civil portuguez.* Da expurgação das hypothecas (arts. 938 e segs.). Aquelle que adquire predio hypothecado e quer conseguir a expurgação da hypotheca, pode obtel-a por tres modos: 1.º, Pagando, integralmente, aos credores as dividas, a que o predio estava sujeito; 2.º Depositando o preço da arrematação do predio, quando a aquisição delle tenha sido feita em hasta publica; 3.º, Declarando em juizo que está prompto a entregar aos credores, para pagamento de suas dividas, até a quantia pela qual obteve o predio, ou aquella em que o estima, quando a aquisição delle não tenha sido feita por titulo oneroso.

O adquirente fará citar todos os credores hypothecarios inscriptos, para que venham a juizo levantar a parte do preço, que lhe pertencer, julgando-se afinal o predio livre da hypotheca, a que estava sujeito. Se a obrigação assegurada peia hypotheca consistir em prestações periodicas, opera-se a expurgação pelo deposito de um capital correspondente a essas prestações, feito em moeda metálica, em fundos publicos, ou em acções de bancos legalmente constituídos. Extincta a obrigação reverte o capital depositado em favor do depositante ou de quem o represente.

Qualquer dos interessados pode requerer que o predio seja arrematado, quando o adquirente não expurgar a hypotheca, ou quando, pretendendo expulgal-a, não tiver offerecido quantia sufficiente para o pagamento dos credores.

— *O Codigo Civil argentino* não se occupou com a liberação do immovel hypothecado, pelo offerecimento aos credores hypothecarios do preço de aquisição do immovel ou o seu valor estimativo, podendo os credores, que não estiverem de accordo, pedir a venda judicial do immovel.

Somente a arrematação em execução de sentença, se tiverem sido citados todos os credores hypothecarios (artigo 3.196), pode produzir esse effeito (5).

— O *Codigo Civil do Chile*, tambem só se refere a liberação da hypotheca por effeito de arrematação em execução de sentença, tendo havida citação dos credores hypothecarios (art. 2.428).

— Nada a respeito de remissão ou purga de hypotheca no moderno *Codigo Civil do Perú*, a que entretanto, se referia o anterior, no art. 2.049.

— O *suisso*, art. 838, assim dispõe: “O direito cantonal pode autorizar o adquirente de um immovel, não sendo o mesmo adquirente, responsavel, pessoalmente, pelas dividas, que oneram o immovel, a purgal-o (6), antes de promovida a execução hypothecaria, pagando aos credores o preço da aquisição, ou, no caso de aquisição gratuita, o valor que attribue ao immovel. Deve notificar por escripto, aos credores, a sua offertrta com seis mezes de antecedencia. O preço offerecido divide-se entre os credores, proporcionalmente aos seus creditos”.

§ 144

DA LICITAÇÃO PARA DETERMINAR O PREÇO DA REMISSÃO

I. Qualquer dos credores hypothecarios, notificado da pretensão do adquirente de remir o bem hypothecado, dando o preço pelo qual o adquiriu, ou outro acima delle,

(5) R. SALVAT, *Derechos reales*, II, ns. 2.519 e 2.520.

(6) Em allemão, *Abloesung*; em francez, *purgle*; em italiano, *purga*. São as linguas, em que se publicam as leis suissas.

poderá, não estando de accordo, requerer, dentro do prazo assignado para a opposição, que o bem seja licitado.

A licitação é realizada entre os interessados, que, segundo estabelece o Código Civil, art. 816, são os credores hypothecarios, os fiadores e o proprio adquirente, porque ella tem por fim dar ao bem hypothecado o seu real valor, não tendo sido acceito o que o adquirente tenha offerecido.

Serve de base á licitação esse preço ou o da aquisição, e o bem será adjudicado ao licitante, que maior preço der, cabendo o direito de preferencia, em egualdade de condições ao adquirente.

Adjudicado o bem ao adquirente, não tem elle que transcrever a adjudicação, porque não é ella o seu titulo de propriedade e sim o de aquisição já transcripto e em vista do qual foi requerida a remissão da coisa hypothecada. Se a outrem couber a coisa licitada, será necessaria a transcripção (art. 532, III): porque é esse o titulo de sua propriedade. Será então cancellada a transcripção do titulo acquisitivo do adquirente e resolvidos todos os onus, com que elle, por ventura, tenha gravado o bem. Considera-se annullado, nesse caso, o acto translativo da propriedade em favor do adquirente e será cancellada a transcripção.

II. Deixando de notificar o seu contracto, segundo já ficou exposto, o adquirente fica sujeito a perdas e danos para com os credores hypothecarios, ás custas e despesas judiciaes, porque sobre o bem que adquiriu recáe o onus hypothecario provido de acção executiva.

O immovel será penhorado e vendido judicialmente. Não tem direito o novo proprietario, na execução do bem hypothecado, de eximir-se dos incommodos, que esta lhe traga, offerecendo ao credor hypothecario o preço da venda ou o da avaliação, salvo se o credor consentir, ou se o preço da venda ou o *quantum* da avaliação fôr sufficiente para a solução da divida hypothecaria.

As perdas e damnos, pelos quaes responde o adquirente devem ser pedidas por acção propria, em que se prove a sua culpa. O adquirente é proprietario, ainda que, possivelmente, resolvel a sua propriedade, não mero detentor de um bem adquirido, segundo as normas leaes. O seu direito funda-se em titulo habil, transcripto no registro de immoveis. Mas pode ter deixado o bem hypothecado desvalorizar-se ou deteriorar-se, prejudicando assim o credor ou credores garantidos pela hypotheca.

III. Tem acção regressiva contra o alienante, o adquirente a titulo oneroso: a) que soffrer expropriação do bem mediante licitação ou execução hypothecaria; b) que pagar a divida hypothecaria; c) que por causa da adjudicação, ou licitação, desembolsar, com o pagamento da divida hypothecaria, importancia excedente á da compra; d) que supportar custas e despezas judiciais (Codigo Civil, art. 816, § 4.º).

O objecto da acção será, além das despezas e custas judiciais, quanto o adquirente houver despendido além do preço ou valor da aquisição, segundo os casos acima apontados.

O direito brasileiro aboliu o beneficio da excussão e o direito de largar a hypotheca. O adquirente soffre, directa e irrecusavelmente, a acção hypothecaria. E' de justiça que possa reaver, do alienante, aquillo que despendeu por causa da hypotheca e do bem adquirido (5).

(5) A lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, art. 10, § 2, derogara a excepção de excussão ou beneficio de ordem e a faculdade de largar a hypotheca; o decreto n. 159-A, de 1890, art. 10, § 2, reproduz o dispositivo da lei anterior, e o Codigo Civil accitou esse ponto de vista. Não restabeleceu o disposto na Ord. 4, 3.º, *in fine*, quanto á excussão, e principio, quanto á faculdade de largar a hypotheca (V. DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 293 a 296).

— Quanto ao abandono do bem hypothecado, para eximir o adquirente dos incommodos da execução, é ainda admittido em algumas legislações como a franceza (Codigo Civil, art. 2.168), a italiana (Codigo Civil, art. 2.013) e a argentina (Codigo Civil, art. 3.163).

Se a alienação tiver sido a titulo gratuito, a acção do adquirente será para haver as quantias despendidas com o processo da remissão ou com a expropriação forçada.

IV. No regimen da lei hypothecaria de 1864, as hypothecas legaes não se podiam remir pelo processo estabelecido para as hypothecas convencionaes. Com o decreto n. 169-A, de 1890, sendo especializadas as hypothecas legaes, tornou-se possivel a remissão e assim declarou a lei. O Codigo Civil manteve essa orientação e declarou: "A hypotheca legal é remivel na forma, em que o são as hypothecas especiaes, figurando pelas pessoas, a que pertencer, as competentes, segundo a legislação em vigor.

Não cumprida a obrigação no tempo devido, é direito do credor executar o bem e a execução termina pela venda judicial (arrematação ou adjudicação) .

E' na phase da arrematação que pode verificar-se o incidente da remissão dos bens executados.

V. Teria sido mais conveniente á clareza das situações juridicas que a palavra remissão designasse um acto e não tres differentes; teria sido a technica juridica, realmente, mais perfeita, se a remissão assumisse expressão vocabular distincta, segundo os tres casos considerados: do credor hypothecario ulterior, do adquirente e do proprio executado e membros de sua familia; ainda que em todos esses casos, se trata de libertação do bem, eliminando-se o gravame, a que se achava submettido. Mas não ha identidade nos objectivos, nem ainda no modo pelo qual

Não é uma faculdade, é obrigação do adquirente do bem hypothecado. Diz o Codigo Civil francez: O terceiro detentor (do immovel) é obrigado a pagar capital e juros, ou abandonar (délaisser) o immovel hypothecado, sem reserva alguma. O italiano dispõe semelhantemente: il terzo possessore dell'immobile ipotecato..... per rendere libera la sua proprietà, è tenuto a rilasciare l'immobile senza alcuna riserva. O argentino não discorda neste ponto.

(2) Veja-se o § 96 deste livro.

essa libertação se opera, e tal circumstancia merecia ser assignalada. Como, porem, a lei usa, para os diversos casos, da mesma palavra, temos de accetar-lhe a terminologia.

§ 145

DA REMISSÃO PERMITTIDA AO EXECUTADO, SUA MULHER E OUTROS PARENTES (1). DA REMISSÃO NO CASO DE FALLENCIA

I. O devedor é obrigado a solver o seu debito. Se ha prazo estipulado para o vencimento da divida, o credor não pode exigir o pagamento antes do advento do termo, salvo se, do teor do instrumento ou das circumstancias, resultar que o prazo foi estabelecido a beneficio do credor ou de ambos os contrahentes (Codigo Civil, art. 126). Se não ha prazo estipulado, a obrigação é exigivel immediatamente, salvo se o cumprimento depender de tempo ou tiver de effectuar-se em logar diverso (art. 127):

Nas dividas garantidas por hypotheca, antichrese ou penhor, não obstante prazo estipulado, a divida se considera vencida, como se expoz no § 96 deste livro e determina o Codigo Civil, art. 762: I. Se, deteriorando-se ou depreciando-se a coisa dada em segurança do cumprimento da obrigação, se desfalcar a garantia e o devedor intimado, a não reforçar; II, se o devedor cahir em insolvencia ou fallir; III, se as prestações não forem pontualmente pagas; IV, se perecer o objecto dado em garantia.

Não solvendo a divida vencida, o devedor será executado.

(1) AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 80; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, ps. 71 a 82; CARVALHO SANTOS, *Codigo de Processo Civil*, X, aos artigos 986 a 991; JOÃO LUIZ ALVES, *Codigo Civil*, ao art. 818; LYSIPPO GARCIA, *O registro de immoveis*, II, *A inscripção*, pags. 245 e 246

II. Trata-se, neste parographo, da remissão permittida ao executado e a certas pessoas de sua familia, seja a execução hypothecaria ou não.

O momento, em que pode intervir o portador do direito de remir, é o que decorre entre a realização da praça, que, actualmente é uma só, até a assignatura do auto de arrematação, ou até que seja publicada a sentença de adjudicação (Codigo de Processo Civil, art. 986). O Codigo Civil, art. 818, segunda parte, permittia remissão depois da primeira praça até o momento anterior á assignatura do auto de arrematação. Vigora o disposto no Codigo de Processo Civil, por ser a materia de character processual (2).

III. As pessoas a que a lei concede o direito de remir o bem no momento de ser arrematado, são: o executado, seu conjuge, descendentes e ascendentes. A nenhuma outra pessoa interessada cabe esse direito, que se funda nas relações de familia e tem por fim evitar que o bem passe a mãos estranhas.

AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, commentario ao art. 818 do Codigo Civil, pagina 75, acha que não ha motivo para se affirmar que a mulher, os ascendentes e os descendentes possam remir, porque o Codigo Civil não mencionou, expressamente, esse direito, que é de ordem substantiva; além disso, acrescenta que o art. 821 deixa ver "bem claro, embora indirectamente, o pensamento do legislador, no sentido de conferir ao devedor o direito de remissão, pois ahi o Codigo devolve á massa do devedor hypothecario o direito de remissão".

Hoje, a questão está, legalmente, resolvida; mas é, ainda util explicar porque se attribuiu, a certas pessoas, apesar das ponderações do egregio professor citado, o di-

(2) O assumpto deste parographo pertence á theoria da execução hypothecaria; mas é aqui tratado por não afastal-o dos outros casos de remissão do onus hypothecario.

reito de remissão. O Código Civil não mencionou nem o executado nem os parentes d'elle como pessoas competentes para remir o bem arrematado na ultima phase da execução. Permittiu as remissões (no plural) e determinou quando podiam realizar-se. Entendeu-se, naturalmente, que mantivera o direito anterior, pois que, sem esse interpretação, as remissões concedidas não podiam ser realizadas. E era tanto mais natural essa intelligencia, quanto o art. 818 do Código Civil é reflexo resumido do pensamento expresso no decreto 169-A, de 1890, aproveitado á ultima hora, para supprir imaginada lacuna do Projecto primitivo.

A doutrina e a pratica adoptaram a norma que considerava o executado e as pessoas acima designadas como titulares do direito de remissão. Por fim, o Código de Processo Civil, art. 986, declarou:

“Realizada a praça, o executado poderá

remir todos os bens penhorados, ou qualquer delles, offerecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance offerecido,

§ 1.º “Egual direito caberá ao conjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado”.

O interesse, que, neste caso, o direito protege, é o da familia, para que nella se conservem bens, a que se ligam motivos de ordem moral ou sequer economicos.

Por isso mesmo, as pessoas a quem a lei concede o direito pessoal de remissão, não o podem ceder. é na qualidade de membros da familia que se lhes attribue essa facultade; mas a qualidade, em que se funda o seu direito não pode ser cedida. Ninguem pode transferir para outrem a sua qualidade de conjuge, filho ou pae.

E é verdadeira a these dos que sustentam ser a remissão permittida ás pessoas de que trata o Código do Pro-

cesso Civil, art. 986, um direito de preferencia na arrematação (3).

IV. *Se o devedor hypothecario se acha em estado de fallencia*, o direito de remissão devolve-se á massa em prejuizo do qual não poderá o credor impedir o pagamento do preço pelo qual foi avaliado o bem hypothecado. O restante da divida hypothecaria entrará em concurso com as chirographarias. No caso de insolvencia, cabe aquelle direito aos credores em concurso. Assim dispõe o Codigo Civil, art. 821. O Codigo de Processo Civil limita-se a mencionar o preceito central: "Na fallencia do devedor hypothecario, o direito de remissão transferir-se-á á massa", deixando que o mais se regule pelo que prescreverem as leis substantivas.

Apesar das objecções de AZEVEDO MARQUES ao que escrevi: commnetando este artigo 821 do Codigo Civil (4), continuo a entendel-o do mesmo modo, porque, supponho, na essencia, não divergimos; apenas o meu ponto de vista é o da remissão na fallencia do devedor, segundo a disciplinou o Codigo Civil, e o do egregio professor é dos casos fóra da fallencia, aos quaes já me referi acima.

São estas as palavras iniciaes do artigo: *No caso de fallencia do devedor hypothecario, o direito de remissão devolve-se á massa*. Presuppõe o dispositivo que o estado de fallencia ocorreu antes do momento, em que poderia ser exercido o direito de remissão. Exercel-a-á, então, a massa credora, isto é, o consorcio dos credores do fallido, representado pelos syndicos e liquidatarios. O direito de

(3) Veja-se a discussão desta materia em CARVALHO SANTOS, *Codigo de Processo Civil*, X, paginas 235 a 239, onde refere as opiniões de RAPHAEL MAGALHÃES, OCTAVIO MENDES, TITO FULGENCIO, AZEVEDO MARQUES, OLIVEIRA ANDRADE, além da do proprio autor.

(4) *A hypotheca*, pags. 78 a 81.

remissão é valor, que os credores aceitarão, se lhes convier, e, muitas vezes, poderá não convir.

Continua o art. 821 do Código Civil: *em prejuizo do qual não poderá o credor impedir o pagamento do preço, por que foi avaliado o immovel.* Parece clarissimo. Se credor e devedor fizeram constar, da escriptura, que dera expressão ao seu contracto, o valor, entre elles ajustado, do immovel hypothecado, esse valor servirá de base para a remissão (Código Civil, art. 818, primeira parte). Transferido o direito de remissão do executado para a massa dos credores do fallido, leva, necessariamente, a sua feição; por isso, o dispositivo transcripto acima diz que o credor não poderá impedir que o pagamento se faça pelo preço da avaliação. Prevê a lei o caso de valor do bem hypothecado, combinado no contracto e declara que essa clausula contractual prevalecerá para servir de base á remissão, *dispensada a avaliação* judicial (art. 818, primeira parte), embora termo normal da execução.

Não tendo o devedor e o credor declarado na escriptura de hypotheca o valor, em que estimam o bem hypothecado, proceder-se-á, necessariamente, á avaliação como termo do processo de execução; e essa avaliação fixará o preço da remissão na fallencia do devedor.

Se o bem tiver sido avaliado em quantia inferior á divida hypothecaria, pode o credor requerer a adjudicação do bem, dando quitação pela totalidade da divida (Código Civil, art. 822).

Trata-se de remissão no caso de fallencia do devedor hypothecario, para a qual o Código Civil estabelece regras especiaes, que são as constantes dos arts. 821 e 822, e podem assim resumir-se: — No caso de fallencia do devedor, não ha remissão, salvo a beneficio da massa dos credores, a qual, se lhe convier, libertará o bem hypothecado pelo preço da avaliação; mas, se esta fôr inferior ao montante da divida, cabe ao credor requerer a adjudica-

ção do bem pelo preço da avaliação, dando quitação pela totalidade.

Nos outros casos, a arrematação precede a remissão; no de fallencia do devedor, não ha licitação: a coisa se liberta pelo preço da avaliação, e por esse mesmo preço o credor pode requerer a sua adjudicação.

Disputam os autores sobre *si o bem remido pelo executado pode ser novamente penhorado, para pagamento do remanescente da divida*. Não cabe esta controversia no caso de remissão na fallencia. Lembra LYSIPPO GARDIA (5) que INGLEZ DE SOUZA se insurgia contra a penhorabilidade do bem remido para solução do remanescente da divida, por ser, desse modo, a remissão uma burla, um laço armado pela lei á confiança e ingenuidade do devedor e mentir ao fim para que foi creada essa concessão.

Em verdade, como observa AFFONSO FRAGA (6), a lei não merece essa grave censura, porque nada dispoz a respeito. "O que burla e compromette a sua finalidade é a sua erronea intelligencia, como a que lhe emprestam os notaveis juristas dissensientes". Realmente, permittir que o bem remido responda pelo restante da divida é inutilizar a remissão pelo devedor, porquanto será dar-lhe o direito de comprar o bem hypothecado, afastando outros pretendentes, para, em seguida, submettel-o a nova penhora.

E' certo, como outros autores allegam, que a lei não considera impenhoraveis os bens remidos (7). Mas o ponto crucial da controversia não é esse. E' certo ser o bem penhoravel, como qualquer outro; mas parece justo é que a remissão o desobrigue da divida, que fundamentou a execução, embora subsistam remanescentes, pelos quaes ainda

(5) *Op. cit.*, I, p. 246, referindo-se á *Introdução ao Projecto de Cod. Commercial*, p. 51.

(6) *Direitos reaes de garantia*, p. 643.

(7) BENTO DE FARIA, JORGE AMERICANO, AZEVEDO MARQUES, CARVALHO SANTOS.

responde o devedor, não o bem. Ou a remissão liberta o bem sobre o qual recahiu a execução, ou teremos de dar-lhe outro conceito, somente para o effeito de continuar o bem do executado sujeito á mesma divida de que se exonerou. Mas remir é libertar. Ou o bem se liberta ou não, há remissão.

Como pondera AFFONSO FRAGA, "a lei concedeu a faculdade de remir não só ao executado, mas ao seu conjuge, descendentes e ascendentes", facil seria ao executado, continua elle, burlar a lei, "bastando, para isso, operar por essas pessoas interpostas; mas, nesse caso, a lei consagraria o absurdo de permittir por outrem o que veda se pratique por si, ou, melhor, forneceria meios para fraudar a si propria" (8). E' um argumento que impressiona.

O facto é o seguinte: A lei faculta ao executado remir o bem penhorado, depois de realizada a praça (9). E', porem, silenciosa, quanto a saber se o bem remido continua a responder pela divida, que não foi completamente satisfeita com o preço da remissão. Divergem os autores.

Sigo a opinião dos que affirmam que a remissão do bem pelo executado o liberta da divida pela qual respondia, não obstante continuar o devedor obrigado pelo remanescente. E fundo o meu modo de ver nas razões acima expostas, que se resumem nas seguintes:

a) A opinião contraria, a meu ver, desnatura o conceto de remissão; b) parece-me injusta, porque limita a libertação do bem, quando feita pelo executado, o que não se dá com a libertação operada por outros; c) prefere o rigor em caso que deve ser resolvido segundo a equidade.

(8) *Direitos reaes de garantia*, p. 641.

(9) *Codigo de Processo Civil*, art. 986.

§ 146

DA SUBROGAÇÃO DA HYPOTHECA

I. Denomina-se *subrogação a transferencia dos direitos do credor para o terceiro, que solveu a obrigação* (1). Em principio, como diz LAURENT, o pagamento extingue a obrigação de modo absoluto, isto é, em relação a todas as pessoas interessadas e em todos os seus accessórios. Se o pagamento é feito por mera officiosidade do terceiro, é uma liberalidade, que não gera direito para o solvente. Se, porém, no pagamento por terceiro não ha liberalidade, o solvente fica investido nos direitos do credor, que tendo recebido o que lhe era devido, nenhum interesse mais tem na relação juridica. Mas a obrigação somente se extingue em relação a elle; o solvente não tem intenção de libertar o devedor e, sim, a de afastar a credor e pôr-se em seu lugar, com os mesmos direitos.

II. A subrogação pode ser *convencional* ou *legal*.

A convencional se dá em dois casos: 1.º, quando um terceiro empresta dinheiro para pagar a divida, com a declaração expressa de ficar subrogado em todos os direitos do credor originario; 2.º, quando o credor recebe o pagamento de terceiro e, expressamente, lhe transfere todos os seus direitos (2).

A subrogação legal opera-se: a) do credor, que paga a divida do devedor commum ao credor, a quem competia direito de preferencia; b) do adquirente do immovel hypothecado, que paga ao credor hypothecario, segundo se expoz no § 144 acima; c) do terceiro interessado, que

(1) *Meu Direito das obrigações*, § 39.

(2) *Codigo Civil*, art. 986.

paga a divida, pela qual era, ou podia ser obrigado, no todo ou em parte (3). Em todos esses casos, seja a subrogação convencional ou legal, a transferencia do credito acarreta a de sua garantia hypothecaria (Codigo Civil artigo 988).

A subrogação, resultante de accordo entre interessados, exige escriptura publica ou instrumento particular, segundo o valor do credito é superior a um conto de reis ou não (Codigo Civil, art. 134, III).

A averbação é exigida e a ella se refere o decreto n. 4.857, de 9 de Setembro de 1939, que disciplina os registros publicos, em seu art. 286. LAFAYETTE, que escreveu sob o regimen da lei hypothecaria de 1864 e do respectivo regulamento, de 1865, ensinava: "A averbação da subrogação é deixada ao arbitrio do subrogado" (4). Mas, na subrogação, ha alteração do registro, que delle deve constar (5), seja a subrogação legal ou convencional.

§ 147

DA CESSÃO DA HYPOTHECA

A *cessão de credito* é transferencia de direitos do credor a outrem. Chama-se, algumas vezes, cessão activa para distinguir da passiva ou accitação de divida. A cessão importa alienação. Nella intervêm: o credor *cedente*, que transfere o seu direito, e o adquirente desse direito, o *cessionario*. O devedor não é parte na cessão, mas deve ser-lhe notificada, se não se declarou, por escripto, sciente della.

(3) Codigo Civil, art. 985.

(4) *Direito das coisas*, § 252.

(5) VILLASBÔAS, *Hypotheca naval*, n. 27.

A cessão pode ser a titulo oneroso ou gratuito. Ainda que haja diferenças entre cessão e subrogação, casos ha, em que se identificam. A subrogação convencional, em que o credor recebe o pagamento de terceiro e lhe transfere os seus direitos, é verdadeira cessão de credito.

A cedencia do credito abrange o direito de exigir a prestação e os seus accessorios entre os quaes se acham os juros e as garantias reaes, como a hypothecaria (1).

II. A cessão de credito hypothecario se faz por escriptura publica, se o valor do credito é superior a um conto de reis e, por instrumento particular, no caso contrario.

O cessionario do credito hypothecario tem o direito de fazer inscrever a cessão á margem da inscripção principal (Codigo Civil, art. 1.067).

III. Podem ser cedidas as hypothecas legaes, como as convencionaes e as judiciaes, excepto a da mulher casada, porque a hypotheca legal da mulher casada, conferida para garantia do seu dote e de outros bens particulares della sujeita á administração do marido, é elemento componente do regimen de bens no casamento, que o nosso direito considera inalteravel (2).

§ 148

DA DURAÇÃO DA HYPOTHECA

I. Determina o art. 817 do Codigo Civil que a hypotheca poderá prorogar-se até perfazer trinta annos da data do contracto. Para isso, basta que ambas as partes re-

(1) Codigo Civil, arts. 1.065 a 1.078. V. o meu *Codigo Civil commentado*, IV, aos referidos artigos.

(2) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 191.

queiram a respectiva averbação. Desde que perfaça trinta annos, porem, o contracto de hypotheca deve ser reconstituído para subsistir. Lavra-se novo titulo e se effectua nova inscripção, mantida a precedencia, que então lhe competir, isto é, a inscripção conserva a collocação que anteriormente lhe fôra dada. Ha quem entenda que, constituindo-se novo titulo e nova inscripção, ha de haver novo numero de ordem. E' a opinião de AZEVEDO MARQUES (1). Mas dizendo o Codigo, *neste caso, lne será mantida a precedencia, que então lhe competir*, parece claro que a renovada hypotheca não perde a sua collocação na inscripção nova. Manter a precedencia é conservar a collocação. Incontestavelmente, o Codigo liga a hypotheca anterior á renovada. Trata-se mesmo de prorogação; mas, já sendo longo o espaço de tempo transcorrido, após a cedebração do contracto e do seu registro, a lei julgou necessario novo titulo e nova inscripção.

Não justifico a theoria legal; procuro entendel-a de accordo com os vocabulos empregados.

II. Por simples averbação requerida por ambas as partes, a hypotheca se proroga. Claro está que a averbação ha de ser feita antes do vencimento da hypotheca; feita depois não seria prorogação, seria outra garantia que exigiria todas as formalidades exigidas para a constituição da hypotheca, e não simples averbação no registro. Neste sentido externa-se AZEVEDO MARQUES.

III. Refere-se este preceito, exclusivamente, ás hypothecas convencionaes, como se verifica das expressões do texto legal. A hypotheca legal subsiste por todo o tempo,

(1) A *hypotheca*, ao art. 817. Aliás o caso está resolvido no sentido aqui adoptado, como no *Codigo Civil commentado*, vol. III, pelo decreto n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939 com as alterações feitas pelo decreto n. 5.318, de 29 de Fevereiro de 1940, art. 261: "A inscripção das hypothecas convencionaes valerá por 30 anos, findos os quaes, só será mantido o numero anterior, se tiverem sido reconstituídas por novo titulo e nova inscripção."

em que perdurar a situação jurídica, de que ella fôr a garantia. Todavia a especialização, completados trinta annos, deve ser renovada (Codigo Civil, art. 830), porque o bem dado em hypotheca pode se ter desvalorizado, soffrido alterações importantes, que poderão tornal-o garantia insufficiente. E', pois, de necessidade um novo exame, para dar ao bem a sua exacta situação economica.

§ 148

DA NULLIDADE E DA ANNULLABILIDADE DA HYPOTHECA (1)

I. Nosso direito civil distingue a nullidade da annullabilidade. Nullidade é a declaração da lei de que o acto não produz effeitos jurídicos, porque offende principios basicos da ordem jurídica. A annullabilidade é a declaração da lei, de que o acto offende preceitos destinados a proteger legitimos interesses individuaes. O Codigo Civil estabeleceu os principios geraes reguladores desta materia, nos arts. 145 e seguintes. Por elles temos de nos orientar neste paragrapho

Nullidade absoluta.

a) Por falta de capacidade não podem os menores de dezeseis annos dar bens seus em hypotheca. Podem-no, porem, os seus paes ou mães no exercicio do patrio poder, havendo necessidade ou evidente utilidade dos menores, e previa autorização do juiz (Codigo Civil, art. 386). Se o menor ainda não tiver attingido aos dezeseis annos, a hypotheca será contractada em seu nome, mas dispensada a sua intervenção; sendo maior de dezeseis annos, será as-

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 175 e 274; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 109.

sistido pelo progenitor, que se achar no exercicio do patrio poder (art. 384, V). A falta de assistencia neste ultimo caso, torna a hypotheca apenas annullavel, como adiante se dirá.

O Codigo não autoriza o tutor a dar em hypotheca bens do pupillo menor de dezeseis annos, nem a assistil-o nesse acto, quando transpuzer essa idade (2).

b) Tambem não têm capacidade para hypothecar os alienados, os surdos-mudos, que não podem exprimir sua vontade (Codigo Civil, art. 5.º, II e III) e os prodigos interdictados. O prodigo, porem, assistido do seu curador não está inhibido de constituir hypotheca (art. 459).

c) E' nulla a hypotheca instituida por quem não é proprietario. Todavia, se o hypothecante possui a coisa a titulo de proprietario, o dominio superveniente revalida, desde a inscripção, a hypotheca. Neste caso, ha dominio apparente, no qual se funda a garantia real e attende á bôa fé, com que agiu o credor (3).

d) São nullas por vicio de forma as hypothecas não constituidas por escriptura publica, quando o valor exceder a um conto de reis (Codigo Civil, art. 134, II).

e) Tambem são nullas por vicio de forma as hypothecas que não revestirem a forma prescripta em lei. Entram nesta classe as de que trata a letra c e aquellas cujo contracto não contiverem as enunciações exigidas pelo artigo 761: o total da divida ou a sua estimacão; o prazo fixado para o pagamento; a taxa dos juros, se houver; a coisa dada em garantia com as suas especificações. Os contractos poderão subsistir como geradores de obrigações; porem o direito real de hypotheca não terá valor.

f) A escriptura de hypotheca lavrada por official publico incompetente, se o valor exceder a um conto de

(2 e 3) Veja-se acima o § 91.

reis, e a que não contiver os requisitos legais da escriptura publica, invalidam a hypotheca, por ser nullo o seu titulo.

g) A nullidade da obrigação acarreta a nullidade da garantia real.

h) Se a hypotheca tiver por objecto coisa inalienavel, nenhum effeito produzirá (4).

Annullabilidade.

São annullaveis:

a) As hypothecas constituídas dentro do termo legal da fallencia, tratando-se de divida contrahida antes desse termo (lei n. 5.743, de 9 de Dezembro de 1929, artigo 55, 3.º). Essas hypothecas não produzem effeito relativamente á massa, tenha ou não o contractante conhecimento do estado economico do devedor, tenha ou não, intenção este de fraudar os credores.

O Codigão Civil, art. 823 diz: "sao nullas, em beneficio da massa as hypothecas celebradas em garantia de creditos anteriores, nos quarenta dias precedentes á declaração da quebra ou á instauração do concurso de preferencia. Mas a lei de fallencia acima citada é posterior ao Codigão Civil e apenas declara as hypothecas nas condições indicadas como revogaveis e não nullas (5).

b) As constituídas por pessoas relativamente incapazes (Codigo Civil, art. 147, I), que as poderão revolidar, quando se tornarem capazes. E' o caso das hypothecas celebradas por menores entre dezeseis e dezoito annos (emancipados) ou entre dezeseis e vinte e um annos, e de outros semelhantes.

c) As viciadas por erro, dolo, coacção, simulação ou fraude (Codigo Civil, art. 147, II).

(4) Codigão Civil, art. 756. V. acima o § 91.

(5) Vejam-se: J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial*, VII, ns. 510-520; e BENTO DE FARIA, *Das fallencias*, nota 106.

d) As constituições pelo marido, sem outorga da mulher, seja qual fôr o regimen dos bens no casamento (Codigo Civil, art. 235).

e) As que a mulher constituir sem autorização do marido, ainda que sobre bens proprios (Codigo Civil, artigo 242, II). Todavia, se a mulher se achar na direcção e administração do casal, por estar o marido em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de dois annos, ou interdictado, poderá hypothecar, livremente, os immoveis communs, e até os do marido, mediante autorização especial do juiz (Codigo Civil, art. 251).

II. Para sobermos quem pode invocar essas nullidades da hypotheca, é necessario estudar o art. 847 do Codigo Civil, em combinação com o regulamento dos registros publicos, art. 222.

O art. 847, transcripto, literalmente, do art. 19, § 1.º do decreto n. 169-A, de 19 de Janeiro de 1890, não constava de nenhum dos Projectos, nem do primitivo, nem do revisto, nem do preparado pela Camara dos Deputados. Procede de emenda do Senado, que não foi convenientemente ponderada, porem que, inserta no Codigo Civil, adquiriu força obrigatoria.

Diz esse artigo:

Os credores chirographarios e os por hypotheca não inscripta em primeiro lugar e sem concorrência só por via de acção ordinaria, de nullidade ou rescisão, poderão invalidar os effeitos da primeira hypotheca, a que compete a prioridade pelo respectivo registro (6).

(6) Ha equivoco da parte do eminente autor dos *Direitos reaes de garantia*, em affirmar que eu e JOÃO LUIZ ALVES, commentando este artigo, concluimos "que a hypotheca, mesmo nulla, de pleno direito, não pode ser invalidada pelos credores chirographarios.

Quem o diz, em termos irretorquiveis, é o artigo acima transcripto.

Pelo parecer, é manifesto que esse dispositivo escapou, naturalmente, por ter surgido na ultima phase da elaboração do Código, á lima de RUY BARBOSA. E, pela substancia, abriu intempestiva excepção aos principios estatuidos nos arts. 146 e 152 da Parte Geral do Código, segundo os quates, as nullidades de pleno direito podem ser allegadas por qualquer interessado e o juiz as pronuncia, quando as encontra provadas, não lhe sendo permittido suppril-as, e as relativas dependem de acção adequadas para serem declaradas.

Commentando esse artigo, escrevi: “Os credores chirographarios não têm acção sobre o immovel hypothecado, e os de hypotheca ulterior estão della excluidos, emquanto não se vence a hypotheca anterior. Mas a lei lhes permite destruir a hypotheca por acção ordinaria de nullidade ou rescisão, se ella padecer de vicio, que a torne nulla ou annullavel. Este remedio funda-se nas seguintes considerações. Todo o patrimonio do devedor está sujeito ao pagamento das suas obrigações. Abre-se uma excepção a esta regra geral, em favor do direito prefrente das garantias reaes. Mas, se tal garantia fôr, juridicamente, insubsistente, restabelece-se a regra geral da garantia commum. Por isso, aos credores chirographarios, ou hypothecarios ulteriores, confere o direito acção ordinaria, para promoverem a nullidade ou annullação da hypotheca viciada por defeito, que a torne insubsistente” (7).

Essa a norma estabelecida pelo artigo 847. Impossivel seria attribuir-lhe outra intenção.

DIDIMO DA VEIGA, escrevendo sob o dominio do decreto n. 169-A, de 1890, explica o pensamento do art. 19, § 1.º, desse decreto (8). Foi “pôr o direito prelaticio do credor hypothecario em primeiro logar e com a preferen-

(7) *Meu Código Civil commentado*, III, obs. 1 ao art. 487.

(8) *Direito hypothecario*, n. 374.

cia garantida pela prioridade do numero, ao abrigo de uma nova allegação de nullidade contra a sua escriptura. no juizo da execução.

“O uso da acção ordinaria garante, por outro lado, os credores contra as hypothecas affectadas de nullidade substancial; o legislador reputou essa garantia sufficiente e a ella restringiu a protecção do direito dos credores chirographarios e por hypotheca inscripta posteriormente a do credor exequente”.

Eis ahi o que significa essa provisão na estrutura do direito hypothecario anterior á codificação. Transplanta-do para esta, conservou a mesma finalidade: impedir allegação de nullidade ou annullabilidade no curso da execução, e isso com o intuito de mais fortalecer o credito hypothecario. Os credores chirographarios e os subhypothecarios que disputem essa materia por meio de acções ordinarias.

O regulamento, a que se refere o decreto n. 370, de 2 de Maio de 1890, determinava que as nullidades de pleno direito e não dependentes de acção, uma vez provadas, invalidariam o registro (art. 193, § unico). Invalidado o registro, subsistia o contracto obrigatorio entre as partes. Aliás o registro podia ser renovado.

Sobrevindo o Codigo Civil, foi mantido, com o artigo 847, o mesmo preceito do decreto 169-A, de 1890, art. 19, § 1.º. E, mais tarde, os regulamentos dos registros publicos reproduziram, substancialmente, o art. 103, § unico, do regulamento de 2 de Maio de 1890. Assim é que o de 24 de Dezembro de 1928, art. 220, declara: “as nullidades, de pleno direito, do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de acção directa; e o agora vigente (9), art. 229: “as nullidades, de pleno di-

(8) Decreto n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939, com as alterações feitas pelos decretos n. 5.318, de 29 de Fevereiro de 1940, e n. 5.553, de 6 de Maio do mesmo anno, editado e anotado por MELCHIADES PICANÇO.

reito, do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de acção directa". E' sempre do registro que se trata.

Destas considerações resulta que o direito hypothecario brasileiro, no que concerne á declaração de nullidade e á annullação da hypotheca, se conservou inalterado: somente por via de acção ordinaria podem os chirographarios invalidar a hypotheca inscripta; e á mesma regra estão sujeitos os sub-hypothecarios em relação á hypotheca anterior.

JOÃO LUIZ ALVES, reconhece a evidencia dessa provisão e commenta: "Embora inspirado no intuito de fortalecer o credito rypothecario, é excessivamente rigoroso o preceito, que multiplica demandas, sem necessidade, máxime se a nullidade é visível do proprio instrumento" (10).

AZEVEDO MARQUES acha "tão claro e logico esse principio (o do art. 847) que não pode causar duvida, nem erros. Basta cumpril-o ao pé da letra. E' o caso do *in claris cessat interpretatio*" (11).

Não ha *exegese melhor cuidada* (12) que possa justificar, deante dos termos precisos, de significação inequivoca do mandamento, que do decreto hypothecario de 1890 passou para o Codigo Civil, que, no periodo da execução, como em outro qualquer, a permissão de invalidar a hypotheca por outros meios que não os declarados na lei citada, salvo em concurso de credores, que é uma execução geral, em que se apuram os direitos e as preferencias de todas.

(10) *Codigo Civil annotado*, ao art. 847.

(11) *A hypotheca*, p. 109. Não direi que o dispositivo seja logico dentro da systematica do Codigo Civil; mas claro, clarissimo, incontestavelmente é.

(12) *Direitos reaes de garantia* de AFFONSO FRAGA, p. 866.

§ 150

DA EXECUÇÃO DA HYPOTHECA

I. Por direito romano, ao credor hypothecario era concedida a acção quasi-serviana, que o autorizava a tornar effectiva a sua garantia real (1). Essa acção era também chamada *hypothecaria*, como se vê das *Institutas de JUSTINIANO*, livro IV, titulo VI, § 7: — *Item serviana et quasi-serviana, quae etiam hypothecaria vocatur*. A principio era imprescindivel, quando dirigida contra o devedor. JUSTINIANO estabeleceu para ella a prescripção de quarenta annos. Contra o terceiro detentor durava trinta annos.

II. No regimen da lei patria de 1864, a acção hypothecaria era a assignação de dez dias, que o decreto n. 169-A, de 19 de Janeiro de 1890, art. 14, § 6.º, substituiu pelo processo executivo.

O Projecto primitivo não se occupava desse objecto, por não sahir do quadro especial do direito civil, que se traçara. Foi AZEVEDO MARQUES, deputado e membro da Commisão especial do Codigo Civil, que apresentou emenda no sentido de se declarar ser executiva a acção hypothecaria, como se acha estatuido no art. 826, principio, e re-affirma o Codigo de Processo Civil, art. 298, VI. Aliás o art. 759 do Codigo Civil já declarara que o credor hypothecario tem o direito de excutir a coisa hypothecada.

Diz-se executiva a acção hypothecaria, porque a lei, suppondo liquida e certa a divida garantida por hypotheca e bem fundada a intenção do credor, como se a tivesse provado em debate judicial, preferiu um processo rapido

(1) BONJEAN, *Institutes*, II, ns. 2.457 e segs.

para derimir a controversia. E assim procedeu em attenção aos interesses economicos, que predominam no direito hypothecario, e reclamam segurança especial e movimentação afim de que melhor possa o capital fecundar a agricultura, a industria, a riqueza publica em geral.

Inicia-se a acção pelo pedido do autor acompanhado da escriptura de hypotheca em forma legal. O juiz attende e será feita a citação ao réo (o devedor ou quem estiver na posse do bem hypothecado), para que paque dentro de vinte e quatro horas, sob pena de penhora. Se o devedor estivesse ausente, ou se occultasse, podia o credor requerer, como remedio assecuratorio, o sequestro do bem, o qual se convertia em penhora, quando a acção fosse posta em juizo, providenciava o regulamento n. 370, de 2 de Maio de 1890. O processo da penhora é o hoje estabelecido no Codigo de Processo Civil, arts. 927 e seguintes.

No executivo hypothecario, o executado dispõe de differentes meios de defeza, menos o de nullidade ou rescisão do contracto, a que accede a hypotheca, segundo se expoz no § anterior, por expressa disposição do art. 847 do Cadigo Civil.

Se o registro fôr declarado nullo ou fôr annullado, não haverá executivo hypothecario, e sim mero contracto sujeito aos principios do direito commum.

III. A segunda parte do art. 826 do Codigo Civil prescreve:

Não será valida a venda judicial dos immoveis gravados por hypotheca, devidamente inscriptas, sem que tenham sido notificados, judicialmente, os respectivos credores hypothecarios, que não forem, de qualquer modo, partes na execução (2).

(2) Esta regra é devida á iniciativa de AZEVEDO MARQUES e LUIZ PIZA (*Annaes da Camara dos Deputados*), vol. 2.º, p. 108; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, ao art. 826.

Este preceito causou estranheza aos doutos. AFFONSO FRAGA escreveu: "é um *morbis fungiforme*, sem similar em nenhuma legislação substantiva ou adjectiva, inserto no Código em detrimento de sua perfeição. A execução, sendo acto revestido da maior publicidade, e a praça não podendo se verificar senão mediante editaes, que, além de fixados em logares publicos, devem ser publicados pela imprensa, o direito de todos os povos, como o direito patrio anterior, deixava a todo interessado o cuidado de prover a seus interesses, a estar attento e solícito, para evitar que, descuidando-se, viesse a ter prejuizo. Actualmente, porem, o exequente necessita, com dispendio proprio, mandar accordar todos os credores hypothecarios do coma soporifico para comparecerem á liça" (3).

IV. Por outro aspecto, incorre em censura o preceito do art. 826, 2.^a parte. E' o da generalidade da regra, que não pode ter normal applicação. Determina esse mandamento: "Não será valida a venda judicial dos immoveis gravados por hypothecas devidamente inscriptas, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hypothecarios, que não forem, de qualquer modo, partes na execução".

Usando desses termos amplos, parece ficar incluído na regra e sujeito á obrigação de notificar, o proprio credor da primeira hypotheca. Mas tal não pode ser. Importaria na subversão da theoria do direito real.

O credor por primeira hypotheca está provido do seu direito real, que vincula, directamente, o bem hypothecado á solução do seu credito e lhe dá preferencia sobre quaesquer outros credores hypothecarios ou chirographarios. A excepção aberta em favor do salario do trabalhador agricola (art. 759, § unico) de modo nenhum altera o

(3) *Direitos reais de garantia*, ps. 881 a 882. Ver ACHILLES BEVILAQUA, *Código Civil annotado*, a este artigo.

raciocínio. Se o direito de preferencia, inherente á hypotheca anteriormente inscripta exclue o direito da posterior; se o numero de ordem na inscripção assegura a gradação no pagamento, é claro que nada justifica a necessidade imposta ao credor hypothecario inscripto em primeiro logar a notificar os posteriores de que vae exercer os seus direitos de preferencia e prioridade, se estes ultimos nada lhe podem oppor.

Por sua vez, o credor hypothecario, posteriormente inscripto, não tem direito nem sequer opportunidade de executar o bem hypothecado antes de vencida a hypotheca anterior. Se, pela ordem da inscripção, o subhypothecario tem, necessariamente, de aguardar a execução do primeiro credor, porque o seu direito se restringe ás sobras da execução por este realizada, comprehende-se que não tem que notificar o precedente, por isso mesmo que não lhe chegou a vez de executar. Tem sim o direito de remir o bem gravado com a hypotheca anterior; mas esse mesmo direito de remissão mostra a superioridade do direito do primeiro credor, oppondo-se á execução promovida pelo subhypothecario.

Não se invoque, em contrario, o disposto na lei de fallencias, art. 126 (4), que manda notificar o credor hypothecario, quando se tratar da venda em hasta publica do bem hypothecado. Em primeiro logar, o estado de fallencia é de execução geral do devedor, cujas obrigações se consideram vencidas antecipadamente (5). Depois o fim dessa notificação na fallencia é para que o credor hypothecario fique sciente de que a sua hypotheca está vencida e entra na execução geral. Aliás se lhe permite o exercicio do direito de requerer a adjudicação do bem hypothecado avaliado em quantia inferior á divida. Final-

(4) Lei n. 5.736, de 9 de Dezembro de 1929.

(5) Lei citada, art. 26.

mente, realizada a venda do bem hypothecado sem a notificação do credor, pelo liquidatario, a venda não é nulla; dá, porem, ao credor o direito de propor acção executiva contra o liquidatario, tendo o direito de cobrar as multas penaes, que no contracto se acharem estipuladas para o caso de cobrança judicial.

Emfim não ha como equiparar utilmente execução individual e estado de fallencia

Se, porem, considerarmos que o art. 826, segunda parte, se refere á execução promovida por credor chirographario, sendo este obrigado a notificar os credores hypothecarios, sob pena de nullidade da venda judicial do bem hypothecado, o preceito é comprehensivel. Aliás se o exequente sabe que ha credores hypothecarios, deve igualmente saber que não pode executar o bem hypothecado antes de vencida a divida do hypothecario, que aliás pode, concordando o devedor, prorogar o prazo do vencimento do seu credito.

Seja, porem, como for, têm-se entendido que a notificação, exigida pelo art. 826 do Codigo Civil e art. 971 do Codigo de Processo Civil, se refere á execução por divida chirographaria (6).

Pode acontecer que o credor hypothecario, notificado embora, não compareça para fazer valer o seu direito. Entendo que não se extingue o direito de sequela. A execução do chirographario proseguirá, o bem hypothecado será arrematado ou adjudicado, mas o vinculo da hypotheca seguirá o bem; pois não é de aceitar-se que uma acção do chirographario, visando o cumprimento de certa obrigação, com a qual nada tem o credor hypothecario, tenha por effeito extinguir a hypotheca; e ainda que, sem se discutir o direito do credor hypothecario, no correr da

(6) PLACIDO E SILVA, *Commentario ao Codigo de Processo Civil*, ao artigo citado.

acção do chirographario, que aliás somente por acção ordinaria de nullidade ou rescisão poderá invalidar os efeitos da hypotheca, se possa considerar extincta a hypotheca. Bem fraco valor teria o direito real, que por essa forma se inutilizasse; e letra morta seria a regra do art. 847 do Código Civil, que manda invalidar a hypotheca, exclusivamente, por acção ordinaria de nullidade ou rescisão desse direito.

CAPITULO XI

DAS HYPOTHECAS LEGAES (1)

§ 151

NOÇÕES GERAES. AS HYPOTHECAS LEGAES DO DIREITO ROMANO E DO PRIVATIVO

I. Em certos casos, a lei se substitue á vontade das partes e submete ao vinculo hypothecario bens dos responsaveis por certos actos ou situações juridicas (2)

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 187 e seguintes; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 138 e seguintes; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, §§ 88 e segs.; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 96 e segs.; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, ns. 93 e 94; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 87 e segs.; HUC, *Commentaire*, XIII, ns. 176 e segs.; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 2.510 e segs.; PLANIOL, RIPERT e BECQUÉ, *Suretés légal*s, vol. XII do *Droit civil français*, ns. 465 e segs.; GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, II ns. 683 e segs.; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, II, ns. I ns. 523 e segs.; AUBRY et RAU, *Cours*, III, §§ 264 e segs. á STOLFI, *Diritto civile*, terza parte, *Diritti reali de garanzia*, I, ns. 308 e segs.; WINDSCHEID, *Pand.*, III, §§ 231 e 232; DERNBURG, *Diritti reali*, § 268.

(2) Veja-se o § 139 acima.

O direito romano conhecia varias subespecies de hypothecas creadas por lei. Eram denominadas hypothecas *tacitas*. O livro XX, titulo II, do Digesto inscreve-se: *In quibus causis pignus, vel hypotheca tacite contrahitur.*

Umas dessas hypothecas legaes recahiam sobre determinados bens e outras sobre o complexo do patrimonio. As primeiras denominam-se especiaes e as segundas geraes.

Entram na primeira categoria: a hypotheca legal do locador de predio urbano sobre os moveis do locatario collocados no predio; a do locador de estabelecimento rural sobre os fructos do immovel locado; a do mutuante de dinheiro para reconstrucção de edificio, sobre o mesmo edificio; a do pupillo sobre as coisas compradas, com dinheiro do mesmo, pelo tutor ou terceiro; a do legatario sobre os objectos, que o gravado recolheu da herança.

De hypothecas *tacitas* geraes gozavam: o fisco, pelos impostos e pelos creditos fundados em contractos, a Igreja, sobre o patrimonio de seus foreiros e administradores; as cidades, sobre o patrimonio dos administradores de seus bens, os menores e doentes mentaes sobre o patrimonio dos tutores; o filho, sobre os haveres do pae, pelos adventicios maternos, e sobre os bens do pae e da mãe, pelos *lucra nuptialia*; a mulher, pelo dote e outros bens confiados á administração do marido, sobre os bens deste.

II. O direito patrio conhecia tambem differentes hypothecas *tacitas* como se vê, em particular, do *Codigo Commercial*. Essas hypothecas legaes eram privilegiadas ou simples. Com a lei de 1864, desapareceram as privilegiadas.

Hoje não ha mais hypothecas *tacitas*. Todas as hypothecas legaes são especializadas e inscriptas (Cod. Civil, art. 828).

O art. 827 do Codigo Civil confere hypotheca legal:

I. A' mulher casada, sobre os immoveis do marido, para garantia do dote e dos outros bens particulares della, sujeitos á administração do marido.

II. Aos descendentes sobre os immoveis do ascendente, que lhes administra os bens.

III. Aos filhos, sobre os immoveis do pae, ou da mãe, que passar a outras nupcias, antes de fazer inventario do casal anterior (art. 183, n. XIII).

IV. As pessoas, que não tenham a administração de seus bens, sobre os immoveis de seus tutores ou curadores.

V. A' Fazenda Publica Federal, Estadual ou Municipal, sobre os immoveis dos thezoueiros, collectores, administradores, executores, prepostos, rendeiros, contractadores de rendas e fiadores.

VI. Ao offendido, ou aos seus herdeiros, sobre os immoveis do delinquente, para satisfação do damno causado pelo delicto e pagamento das custas (art. 842, n. 1).

VII. A' Fazenda Publica Federal, Estadual ou Municipal, sobre os immoveis do delinquente, para o cumprimento das penas pecuniarias e o pagamento das custas (art. 842, II).

VIII. Ao coherdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o immovel adjudicado ao herdeiro reponente.

Quando os bens do criminoso não bastarem para solução integral das obrigações enumeradas acima, sob os números VI e VII, a satisfação do offendido e seus herdeiros preferirá ás penas pecuniarias e custas judicias (Cod. Civil, art. 829).

III. Ainda que o objecto da hypotheca legal seja, normalmente, coisa immovel, a lei permite substituil-a

por caução de titulos da divida publica federal ou estadual, recebidos os titulos pelo valor da sua cotação minima, no anno corrente (Cod. Civil, art. 820).

Esta norma, que a lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, art. 10, § 11, admittira, embora, em vez de caução real, preferisse fiança idonea, offerece uma facilidade aos que se acham obrigados á hypotheca legal, assim como a vantagem de não desvalorizar os bens gravados, como acontece com a hypotheca sobre immoveis (3).

IV. Distinguem-se, na hypotheca legal, dois momentos: a) o *inicial*, quando se realiza o facto, que a produz (como o casamento, a tutela, a posse do cargo) durante o qual o seu character é o de um vinculo potencial, indeterminado, sobre os immoveis do responsavel, pois ainda não vale *erga omnes*; b) e o *definitivo*, em que, pela especialização e pela inscripção, incide sobre immoveis determinados, como direito real, provido de sequela e de preferencia.

§ 152

DAS HYPOTHECAS LEGAES NAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

I. Algumas legislações, como já se disse acima (1), não admittem a hypotheca legal. A argentina, a uruguay, a chilena, a hespanhola e a allemã são desse numero. Outras, regulando esta especie de hypotheca, apresentam variações no modo de fazel-o.

(3) Veja-se o § 112.

(1) Veja-se o § 113.

II. O direito francez, segundo o *Traité de droit civil français* de PLANIOL et RIPERT, vol. XII, avec le concours de EMILE BECQUÉ, n. 465, conhece sete differentes hypothecas legaes. Taes são:

1.^a A hypotheca da mulher casada sobre os bens do marido (Cod. Civil, art. 2.121); 2.^a das pessôas sob tutela, menores e interdictos, sobre os bens do tutor (o mesmo artigo); 3.^a do Estado, Departamentos, Communas e estabelecimentos publicos, sobre os bens dos que lhes têm de prestar contas (o mesmo artigo); 4.^a da Administração alfandegaria, sobre os bens dos seus devedores (lei de 6 e 22 de Agosto de 1791); 5.^a dos legatarios sobre os bens da successão (Cod. Civil, art. 1.017); 6.^a da massa dos credores sobre os bens do fallido ou do sujeito á liquidação judicial (Cod. Commercial, artigos 490 e 517, lei de 4 de Março de 1889, art. 4.^o); 7.^a do Thezouro, para a cobrança da contribuição extraordinaria, sobre os beneficios da guerra (lei de 13 de Julho de 1889, art. 134).

Algumas desas hypothecas, como a da mulher casada, dos menores e interdictos, do Estado, dos Departamentos, das Communas e dos estabelecimentos publicos e do Thezouro são geraes; as outras dizem-se especiaes, mas somente porque recaem sobre determinada categoria de bens e não por se submeterem á formalidade da especialização.

III. O Codigo Civil italiano, art. 1.969, enumerará as seguintes hypothecas legaes:

1.^a do alienante, pelo cumprimento das obrigações, que da alienação resultam para o adquirente; 2.^a do coherdeiro, do socio e de outros compartes pelo pagamento das tornas; 3.^a dos menores e interdictos, pelos debitos do tutor; 4.^o da mulher casada, pelo dote e lucros dotaes; 5.^o do Estado, pelas despezas da justiça, em materia criminal.

IV. Oito hypothecas legaes menciona o Codigo Civil portuguez, art. 906:

1.^a A da Fazenda nacional, das camaras municipaes e dos estabelecimentos publicos, sobre os bens dos funcionarios responsaveis; 2.^a do menor, do auzente, do interdicto e, em geral, das pessoas privadas da administração de seus bens, sobre os dos tutores, curadores ou administradores, para pagamento de valores, a que deixaram de dar a applicação devida, que não entregaram competentemente, ou que deixaram perder por culpa ou dolo; 3.^o a da mulher casada por contracto dotal, nos bens do marido, para pagamento dos valores mobiliarios dotaes e dos alfineites estipulados; 4.^a do conjuge sobrevivivo, nos bens do fallecido, para pagamento do apagio, a que tenha direito; 5.^a do credor por alimento, nos bens, cujo rendimento se designou para os satisfazer ou sobre quaesquer bens do devedor, quando não haja designação; 6.^a dos estabelecimentos de credito predial, para pagamento de seus titules, nos bens, que os mesmos titulos designam; 7.^a dos coherdeiros, para pagamento das respectivas tornas, nos bens da herança sujeitos a esse pagamento; 8.^a dos legatarios de quantia ou valor determinado, ou de prestações periodicas, nos bens sujeitos ao encargo do legado, para pagamento do mesmo.

Os creditos priviilegiados têm hypotheca legal, todas as vezes que se acharem registrados como creditos hypothecarios (art. 907). As hypothecas da fazenda nacional, das camaras municipaes e dos estabelecimentos publicos, assim como as do menor, do ausente, do interdicto e da mulher casada não podem ser renunciadas; mas podem ser substituidas ou dispensadas, nos casos, expressamente, declarados na lei (art. 908).

V. O Codigo Civil do Perú, art. 1.026 reconhece tres hypothecas legaes, além das quaes ha outras estabelecidas no mesmo corpo de leis. As do art. 1025 são:

- 1.^a A do immovel vendido, sem ser pago integralmente, ou que tenha sido pago com dinheiro de terceiro;
- 2.^a a do immovei para cuja edificação ou reparo se tenha subministrado trabalho ou materiaes pelo empresario e pela somma que o dono se tenha obrigado a pagar-lhe;
- 3.^a a dos bens adquiridos em partilha, com a obrigação de fazer abonos em dinheiro a outros condminos

As pessoas, a cujo favor se estabelecem hypothecas legaes, têm direito de exigir outorga de escriptura publica, afim de inscrevel-as (art. 1.027).

VII. O venezuelano, art. 1.956 enumera não menos de nove hypothecas legaes:

- 1.^a A do alienante, sobre os immoveis alienados, para o cumprimento das obrigações oriundas do acto de alienação;
- 2.^a dos coherdeiros, socios e mais compartes, sobre os immoveis pertencentes á successão, sociedade ou communhão, para o pagamento dos saldos e tornas das respectivas partes;
- 3.^a dos descendentes, sobre os immoveis do ascendente, que lhes administra os bens;
- 4.^a do menor ou interdicto, sobre os bens do tutor;
- 5.^a das pessoas juridicas, que não têm a administração de seus bens, sobre os immoveis dos respectivos administradores;
- 6.^a dos filhos, cuja mãe tenha contrahido novas nupcias, sobre os immoveis della e sobre os que o novo marido tiver no dia do matrimonio, para responder pelas obrigações, a que os sujeita a lei;
- 7.^a da mulher sobre os immoveis do marido, pelos bens patrimoniaes, quando o marido é responsavel por elles;
- 8.^a do legatario de genero ou quantidade, sobre os immoveis da herança;
- 9.^a do credor por materiaes ou serviços empregados no edificio, reconstrucção ou melhoramento de predios, fabricas, officinas ou quaesquer outras construcções, sobre esses immoveis.

VII. O Codigo Civil mexicano denomina hypotheca necessaria a que as outras legislações preferem cha-

mar legal (art. 2.931). A hypotheca necessaria pode exigir-se em qualquer tempo, ainda que tenha cessado a causa que lhe dera fundamento, sempre que esteja pendente de cumprimento a obrigação, que devera ter assegurado (art. 2.932).

Têm direito de pedir hypotheca necessaria para segurança dos seus creditos:

1.º O coherdeiro ou participe sobre os immoveis partilhados, para os saneamentos respectivos ou o excesso dos bens recebidos; 2.º os descendentes sobre os bens dos ascendentes, que lhes administrarem o patrimonio; 3.º os menores e outros incapazes, sobre os bens do tutores; 4.º os legatarios pela importancia de seus legados, se não houver hypotheca especial designada peio testador; 5.º o Estado, as communas e estabelecimentos publicos, sobre os bens de seus administradores e arrecadadores.

Note-se que a hypotheca legal da mulher casada, que a maioria das legislações consagra (2) não é contemplada no Codigo Civil do Mexico. Tambem nesse corpo de leis não apparece a hypotheca necessaria do offendido sobre os immoveis do delinquente, nem ainda a da Fazenda Publica sobre esses mesmos immoveis:

VIII. O Codigo Civil suiso manteve certas hypothecas legaes, umas sem inscripção e outras inscriptas (arts. 836 e seguintes).

Sem inscripção valem "as hypothecas legaes creadas pelas leis dos cantões, em favor de creditos derivados do direito publico ou das obrigações geraes impostas aos proprietarios, salvo disposiçãõ em contrario", declara o art. 836.

(2) Codigo civil francez, italiano, portuguez, peruano e venezuelano. Em contrario, não mencionam a hypotheca legal da mulher casada, alem da legislaçãõ mexicana, a suissa e a ingleza. A mulher suissa, pode, em qualquer tempo, requerer garantias ao marido (art. 205, 2.º an.).

Suspeitas á inscripção. Podem requerer a inscripção de uma hypotheca legal:

1.º O vendedor de um immovel, sobre esse immovel, para garantia do seu credito; 2.º os coherdeiros e outros ex-condominos sobre os immoveis, que pertenceram á comunhão, para garantia dos creditos resultantes da partilha; 3.º os artistas e empresarios empregados em construcções e outras obras do immovel para o qual forneceram material e trabalho ou trabalho somente, para garantia dos seus creditos contra o proprietario ou empresario. Estas hypothecas não podem ser, antecipadamente, renunciadas (art. 837).

A hypotheca dos artistas e empresarios pode ser inscripta a partir do dia, em que elles se obrigaram a executar o trabalho ou obras promettidas e deve ser requerida, pelo menos dentro dos tres meses seguintes á terminação da obra. A inscripção depende de ser o credito reconhecido pelo proprietario ou pelo juiz, e o proprietario pode impedir-a, fornecendo garantia sufficiente ao credor.

§ 153

DA HYPOTHECA LEGAL DA MULHER CASADA (1)

I. Antes de Justiniano, a mulher tinha somente privilegio pessoal para garantia da restituição do dote. Foi esse imperador que lhe deu hypotheca legal pela res-

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 188 e segs.; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 202 e segs.; AFFONSO FRAGA, *Direitos reais de garantias*, § 90; DE ALMEIDA FERREIRA, *Direito hypothecario*, ns. 96 e segs.;

tuição do dote a principio, e. depois por todos os seus creditos contra o marido. Era uma hypotheca geral, que abrangia immoveis e moveis.

Herdou o direito patrio essa instituição, com o mesmo character. A lei hypothecaria de 1864 deu-lhe forma algo mais precisa, recahido sobre os immoveis do marido, em garantia do dote, dos contractos ante-nupciaes exclusivos da communião e dos bens herdados ou doados, na constancia do casamento, com a clausula de incommunicabilidade (art. 3). Podia ser especialisada ou não. Neste segundo caso, abrangia todos os immoveis do marido, presentes e futuros. O decreto 169A, de 19 de Janeiro de 1890, tornou obrigatorias a especialização e a inscripção. O Codigo Civil definiu, differentemente da lei de 1864, a hypotheca legal da mulher casada: recae sobre immoveis do marido para garantia do dote e outros bens particulares da mulher sujeitos á administração marital (art. 827, I), e devem ser especializadas e inscriptas, para valerem *erga omnes* (art. 828).

II. São condições desta hypotheca:

a) Casamento valido ou putativo, estando a mulher de bôa fé.

b) Que haja bem particular da mulher sujeito á administração do marido, seja o dote ou outro bem (Codigo Civil, art. 827). O dote se estabelece em pacto antenupcial, ou outros bens particulares da mulher, sujeitos á administração marital ou serão bens, que ella traga para a sociedade conjugal e constarão, igualmente, da escriptura antenupcial, ou procederão de doação ou testamento,

PLANJOL et RIPERT avec le concours de BECQUÉ, *Suretés réelles*, 1.^a parte, ns. 468 e segs.; HUC, *Commentaire*, XIII, ns. 178 e segs.; AUBRY et RAU, *Cours*, III, § 264, *ter*; GUILLOUARD, *Privilèges et hypothèques*, II, ns. 745 e seguintes.

advindos na constancia do matrimonio. A lei tambem a estes concede a garantia real.

A existencia de bens particulares da mulher depende do regimen de bens. No proprio regimen da romunhão universal, poderá haver bens particulares da mulher, administrados pelo marido (Codigo Civil, art. 263).

c) Que o marido possua bens hypothecaveis, isto é, bens particulares, susceptiveis de hypotheca. Os bens communs não podem ser objecto da hypotheca legal, em beneficio da mulher, por que são tambem della e indivisiveis

d) Que a hypotheca seja especializada, isto é, determinado o valor da responsabilidade do marido, e designados os bens especialmente vinculados á garantia dessa responsabilidade.

e) Que, finalmente, a hypotheca seja inscripta no registro de immoveis do lugar de sua situação. E' esta formalidade que dá existencia ao direito real da hypotheca, provido de preferencia e sequela.

Constituida a hypotheca transfere-se, por morte da mulher, aos seus herdeiros.

III. A doutrina franceza recusa á estrangeira hypotheca legal sobre os immoveis do marido, considerando essa garantia um direito reservado aos nacionaes. Entre nós, não ha esse exclusivismo. Determina o Codigo Bustamante, art. 191, que as disposições sobre dote e paraphernaes dependem da lei pessoal da mulher. Esta regra abrange a hypotheca da mulher casada, estabelecida para proteger haveres della submettidos á administração do marido. E' a lei da mulher que determina se ella goza ou não dessa garantia. São, porem, as leis territoriaes que fixam o objecto, as condições, os requisitos, o alcance e a inscrição da hypotheca (citado Codigo, art. 218).

IV. A mulher não pode renunciar nem ceder a hypotheca legal. Estabelece-a lei de ordem publica, e,

faz ella parte do regimen matrimonial de bens, que é inalteravel. Alem disso, como observa LAFAYETTE, a hypotheca foi, especialmente, creada para resguardar os bens e direitos da mulher, de onde resulta que nem mesmo na convenção antenupcial lhe é permittido ceder ou renunciar essa garantia (4). Não por ser incapaz, visto como, ao celebrar a convenção antenupcial, se fôr maior, é plenamente capaz, e, nos outros casos, será assistida por seus representantes legaes; nem por ser, naturalmente, inhabil para defender os seus direitos, pois que a lei não conhece essa influencia do sexo sobre a capacidade civil; e, sim, pela razão dada acima: a lei, que institue a hypotheca legal é de ordem publica.

§ 154

DA HYPOTHECA LEGAL DO FILHO SOB O PATRIO PODER

Preceitua o art. 827, II: a lei confere hypotheca: aos descendentes, sobre os immoveis do ascendente, que lhes administra os bens. E' o caso dos menores sob o patrio poder, que, durante o casamento, é exercido pelo pae, como chefe da familia, e na falta ou impedimento d'elle, pela mãe (Cod. Civil, art. 380).

Estão sob o patrio poder os filhos legitimos, legitimados, adoptivos e reconhecidos, emquanto menores ou não emancipados (art. 379).

(4) *Direito das coisas*, § 191, 3.

O progenitor, que exerce o patrio poder, administra, por determinação da lei, os bens desses seus descendentes; e, para garantir os interesses economicos delles, quanto á restituição de seus bens, a lei lhes confere hypotheca legal sobre os bens do administrador legal.

O decreto n. 169-A, de 19 de Janeiro de 1890, referindo-se, no art. 3.º § 3.º a esta hypotheca, usava de expressões mais adequadas do que as escolhidas pelo Codigo Civil. Referia-se *aos filhos menores, com hypotheca legal sobre os immoveis do pae, que administrou os bens maternos ou adventicios do mesmo filho*. Realmente só na qualidade de tutores, podem os ascendentes, que não sejam pae e mãe, administrar os bens dos descendentes; mas a administração dos tutores é considerada no n. IV do art. 827; portanto é, exclusivamente, de pae ou mãe, que trata o n. III.

A hypotheca legal do filho assegura, além da restituição dos seus bens, ainda a indemnização dos prejuizos causados por culpa do pae e a restituição dos fructos dos bens aos quaes não tenha direito o progenitor (1). Essas obrigações com a morte do pae, transmittem-se aos seus herdeiros, subsistindo a hypotheca até serem plenamente satisfeitas (2). Os bens do filho ser-lhe-ão entregues, se já estiver emancipado ou fôr maior; assim não sendo, ou o menor estará sob o patrio poder da mãe, ou sob tutela; no primeiro caso, a mãe receberá os bens do filho, para administral-os; no segundo, serão confiados ao tutor.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 201, 5.; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 154.

(2) LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, cit. §.

§ 155

DA HYPOTHECA DOS FILHOS SOBRE BENS DO PAE, OU DA MÃE, QUE PASSAR A OUTRAS NUPCIAS, ANTES DE FAZER O INVENTARIO DO CASAL ANTERIOR

O art. 225 do Codigo Civil dispõe: "O viuvo ou viuva, com filhos do conjuge fallecido, que se casar, antes de fazer inventario do casal e dar partilha aos herdeiros, perderá o direito ao usufructo dos bens dos mesmos filhos". No caso previsto neste dispositivo, o pae, ou a mãe, administra os bens dos filhos do leito anterior, sem usufruil-os. Respondem, portanto, por esses bens e pelos rendimentos produzidos até o momento de serem entregues aos mesmos ou a quem por direito deva recebê-los. A hypotheca, de que trata este paragrapho assegura o cumprimento desta obrigação.

O decreto n.º 169A, de 1890, não a mencionava, porque a infracção do preceito, que impunha ao viuvo, ou viuva, a obrigação de fazer o inventario do casal, antes de contrahir outras nupcias, era punida com a perda da administração e do usufructo dos bens dos mesmos filhos (1). Para resguardar os interesses dos filhos, no caso previsto, pareceu excessivamente rigorosa a repressão comminada pelo direito anterior. E o Codigo Civil reduziu-a, como ficou dito, á perda do usufructo dos bens dos filhos.

(1) Decreto n. 181, de 24 de Janeiro de 1890, art. 99: "O pae, ou mãe, que casar com infracção do § 9.º do art. 7, perderá, em proveito dos filhos, duas terças partes dos bens que lhe deveria caber no inventario do casal, se o tivesse feito antes do seguinte casamento, e o direito á administração e ao usufructo dos bens dos mesmos filhos."

O art. 7.º, § 9.º prohibia o casamento do viuvo, ou viuva que tivesse filho do conjuge fallecido, emquanto não fizesse o inventario dos bens do casal.

Esse usufructo inherente ao patrio poder cessa com este. Assim, com a maioridade ou emancipação dos filhos, perde a hypotheca a sua razão de ser e deve ser cancelada.

§ 156

DA HYPOTHECA LEGAL DOS MENORES SOB TUTELA E DOS INTERDICTOS (1)

I. O direito romano, a principio, não concedia, aos menores, alienados e prodigos, mais que um privilegio pessoal com relação aos seus creditos contra os respectivos tutores e curadores. Ao tempo de Constantino, foi conferida uma hypotheca tacita aos menores, sobre os bens dos tutores e curadores. E Justiniano, assimilando os loucos e os prodigos aos menores, a elles estendeu a garantia hypothecaria tacita.

II. As Ordenações philippinas acautelavam os interesses dos tutelados e curatelados, exigindo fiadores idoneos aos que lhes administravam os bens. Foi a lei de 27 de Setembro de 1864, art. 3 § 2.º, que estabeleceu a hypotheca dos menores e interdictos sobre os immoveis do tutor ou curador. O decreto n. 169A, de 19 de Janeiro de 1890, art. 3, § 2.º, reproduziu-lhe os termos; e o Codigo

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 195 a 200; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 149 a 153; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 110 a 124; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 91; PLANIOL et RIPERT avec le concours de BECQUÉ, *Suretés réelles*, primeira parte, ns. 517 a 539; AUBRY et RAU, *Cours*, III, § 264, bis; GUILLOUARD, *Privilèges et hypothèques*, II, ns. 703 a 744.

Civil, mantendo o mesmo pensamento, preferiu dizer que a hypotheca legal é conferida "às pessoas que não tenham a administração de seus bens, sobre os immoveis de seus tutores ou curadores"

III. *Tutela* é o encargo civil conferido a alguém para que administre os bens, proteja e dirija as pessoas dos menores, que não se acham sob a autoridade de seus paes, ou mães (2). Desta noção resulta que estão sob tutela; a) os menores, cujos paes tenham fallecido ou tenham sido julgados ausentes; b) cujos paes tenham decahido do patrio poder; que estejam abandonados (Codigo Civil, arts. 406 e 412).

Curatela é o encargo publico por lei conferido a alguém para dirigir as pessoas e administrar os bens dos maiores, que, por si, não possam fazel-o (3). Nosso direito conhece varias especies de curatela: dos alienados, dos surdos mudos, dos prodigos, dos ausentes, *ad litem*, geral dos orphãos. Somente se enquadram bem na definição dada as tres primeiras, que, aliás, se podem reduzir a duas: a dos alienados e a dos prodigos.

Assim, a classe dos que gozam da hypotheca legal, considerada neste paragrapho, comprehende os menores sob tutela e os interdictos (alienados e prodigos) sujeitos á curatela.

IV. Como toda hypotheca, a dos menores sob tutela e interdictos somente começa a existir com a inscripção; para que, porem, a responsabilidade do tutor, ou curador, seja coberta desde logo, exige o Codigo Civil que, antes de assumir as suas funcções, esses responsaveis especializem em hypotheca legal, que será inscripta, os immoveis necessarios, para acautelar sob sua administração.

(2) *Direito da familia*, § 80.

(3) *Direito de familia*, § 88.

os bens do menor ou interdicto (Codigo Civil, arts. 418 e 453)

Se os immoveis do tutor forem insufficientes para garantir a sua administração, reforçará elle a hypotheca mediante caução real ou fidejussoria; salvo se para tal não tiver meios, ou fôr de reconhecida idoneidade (Codigo Civil, art. 419)

V. O tutor e o curador obrigados a dar garantia real hypothecaria são os que exercem, de modo permanente, as funcções de administradores dos bens dos tutelados e interdictos. Aquelles que, occasional ou incidentemente, são chamados a defender os interesses desses incapazes, como o tutor e o curador *ad hoc*, ou *ad litem*, não estão sujeitos a hypothecar bens seus para garantir a sua intervenção restricta e passageira nos negocios dos incapazes. Tambem não se acham sujeitos a esse onus o curador de ausentes, de que trata o Codigo Civil, arts. 463 a 468; o do nascituro, e o especial dado pelo juiz, quando collidirem os interesses do pae com os do filho sob o patrio poder. O Codigo Civil somente confere hypotheca legal, no art. 827, n. IV, ás pessoas que, por incapacidade natural se acham sob tutela ou curatela, ou sejam os menores tutelados e os interdictos (alienados e prodigos). E, sem disposição expressa de lei, não pòde haver hypotheca legal.

Quanto ao curador especial, nomeado por quem deixa herança ou legado a menor, nos termos do art. 411, paragrapho unico do Codigo Civil, deyerá ser obrigado a especializar bens para a hypotheca legal, afim de garantir a sua administração? AFFONSO FRAGA, suffragando opinião de ESTEVAM D'ALMEIDA responde affirmativamente (4). E assim deve ser, por que essa curadoria é

(4) AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 302; ESTEVAM DE ALMEIDA, *Manual do Codigo Civil*, VI, n. 357-A.

permanente, e o menor não tem a administração desses bens

VI. Particularizando as obrigações do tutor, ou curador, cujo cumprimento a hypotheca legal garante, mencionemos: *a*) as aquisições feitas por elle ou por interposta pessoa, de bens pertencentes ao menor tutelado ou ao interdicto, que, por serem nullas, terá de restituir (Codigo Civil, art. 428, principio e n. I); *b*) o valor dos bens do menor ou interdicto de que haja disposto gratuitamente, operação, igualmente, fulminada de nullidade absoluta (art. cit. n. II); *c*) os prejuizos, que, por negligencia ou dolo causar ao pupillo ou interdicto (art. 431); *d*) a responsabilidade pelos alcances verificados nas prestações de contas (arts. 434, 436 e 441); *e*) os juros devidos pela demora na applicação dos valores, que devem ser recolhidos ás Caixas Economicas Federaes ou applicadas na aquisição de immoveis, segundo determinação do juiz (art. 432); *f*) finalmente, restituição dos bens dos referidos incapazes, no estado em que se acharem ao fim de uma administração zelosa e diligente (5).

VII. A tutela e a curatela instituidas para dar aos incapazes a protecção, de que necessitam, é regida pela lei pessoal. E' a doutrina dominante (6). E', pois, essa lei que determina se a administração dos bens confiados aos tutores e curadores é garantida por hypotheca (7). A or-

(5) Vejam-se as enumerações das responsabilidades dos tutores e curadores, feitas por LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 198; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 152; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 303.

(6) Codigo Bustamante, arts. 84 e 98; o meu livro *Principios elementares de direito internacional privado*, § 50 e a bibliographia ahi citada.

(7) Quando a lei local não confere hypotheca legal para garantir a administração do tutor ou curador, não é possível constituir-a, não obstante o que determinar a lei pessoal.

ganização desta, porem, é reguiada pela lei da situação dos immoveis hypothecados (8).

A lei pessoal, no Brasil, é a nacional, em outros países é a do domicilio. Outras legislações applicam, exclusivamente, o principio da territorialidade. Emquanto as autoridade competentes não providenciam a respeito da tutela ou curadoria dos incapazes, os tribunaes locais são competentes para tomar as medidas urgentes, aconselhadas pela situação, para se resguardarem os interesses desses estrangeiros.

Se o incapaz é brasileiro, e a tutela ou curatela lhe é deferida no estrangeiro, compete-lhe a hypotheca legal sobre bens do tutor ou curador, situados no Brasil. E' a lição de LAFAYETTE, que assenta em bons fundamentos.

§ 157

DA HYPOTHECA LEGAL DA FAZENDA PUBLICA

I. A União Federal, os Estados e os Municipios são pessoas jurídicas de direito publico, isto é, organizações politico-jurídicas das grandes collectividades, em que o povo se agrupa segundo normas de natureza historica e social. Essas collectividades necessitam, para manutenção da ordem e realização de seus fins defensivos, economicos e culturaes, de vultosos recursos, que vão haurir na exploração de seus bens patrimoniaes e na arrecadação de impostos e taxas. Esses meios de produzir recursos,

(8) *Codigo Bustamante*, art. 218.

(9) *Direito das coisas*, § 200.

afim de que os mencionados organismos juridicos possam viver, desenvolver-se e realizar os fins, que lhes competem, são postos em acção por pessoas naturaes, que têm de proceder segundo os preceitos legais estabelecidos e que respondem pelos actos que praticam no exercicio de suas attribuições. O Codigo Civil destaca entre esses responsaveis: os thezoueiros, collectores, administradores, exactores, prepostos, rendeiros, contractadores de rendas e os respectivos fiadores.

Sobre os immoveis dessas pessoas recae a hypotheca legal da União, dos Estados e das Municipalidades, para garantia dos bens e dinheiros, que taes pessoas simplesmente guardam ou tambem administram.

Alguns desses responsaveis são funcionarios publicos incumbidos de receber rendas publicas, guardal-as e restituil-as; outros são prepostos para administrar ou zelar bens patrimoniaes da União, dos Estados ou dos Municipios; outros são particulares que contractam a arrecadação de impostos ou a exploração de certos bens patrimoniaes das pessoas juridicas aqui referidas; e ainda outros são fiadores dos responsaveis (1).

II. A hypotheca legal da Fazenda Publica é restricta aos bens das pessoas que a lei menciona, como sujeitos a esse onus, por terem a seu cargo receber e guardar bens pertencentes á Fazenda Publica. Os que lhes fiscalizam a arrecadação e ordenam o emprego dos bens não estão sujeitos á hypotheca, por isso mesmo que não têm comsigo bens publicos de ordem patrimonial.

Divida dos particulares para a Fazenda Publica podem ser garantidas por hypotheca, se assim fôr estipulado

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 203; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 130 a 135; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, ns. 307 e 308; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 156.

em contracto. Não será, porem, hypotheca legal, e sim convencional.

III. O dispositivo da lei hypothecaria, n. 1 237, de 24 de Setembro de 1864, art. 3, n. 5.º, corresponde exactamente ao do Codigo Civil, art. 827, VII, e ao do decreto n. 169A, de 19 de Janeiro de 1890, art. 3.º, § 5.º, apenas, como a organização politica ao tempo daquella lei era monarchica, ella se refere á Fazenda Publica geral, Provincial e Municipal, em vez de Fazenda Publica Federal, Estadual e Municipal. A enumeração dos responsaveis é a mesma.

Onde a mencionada lei differe não do decreto n. 169A, de 1890, mas do Codigo Civil é no conferir hypotheca legal ás Igrejas, mosteiros, misericordias e corporações de mão morta sobre os immoveis dos seus thezoureiros, prepostos, procuradores e syndicos.

O decreto n. 119A, de 7 de Janeiro de 1890 prohibira a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia religiosa, consagrara a liberdade de cultos e extinguiu o padroado. Não obstante, o decreto n. 169A, de 1890, posterior á separação do temporal e do espirital, ainda manteve, inadvertidamente, a hypotheca legal das Igrejas, dos mosteiros, das misericordias e corporações de mão morta. E' que as idéas ainda estavam confusas e somente com a Constituição de 24 de Fevereiro de 1891 é que se firmaram e esclareceram, adaptadas á nova ordem politico-juridica estabelecida, cujo direito era absolutamente leigo, nenhum culto ou igreja tendo relações de dependencia com o Governo da União ou dos Estados, e regendo-se as associações religiosas pelo direito commum, quanto á aquisição e disposição dos seus bens.

§ 158

DA HYPOTHECA LEGAL DO OFFENDIDO

I. O delinquente está obrigado á satisfação do damno causado pelo delicto e ao pagamento das penas pecuniarias, que lhe forem impostas. Para garantir a satisfação do damno e o pagamento das custas, a lei confere ao offendido, ou aos seus herdeiros, hypotheca legal sobre os bens do delinquente.

Trata-se de damnos causados por actos puniveis, cuja reparação a lei assegura por meio de hypotheca legal; os damnos causados por outros actos illicitos não se acham assegurado por esse modo. E a razão dessa differença é que o crime é offensa á ordem social, contra a qual a sociedade reage, e não somente uma offensa mais ou menos grave á victima do malfeitor. A sociedade não se limita, porem, a reagir por meio da pena; quer tambem que o soffrimento do individuo receba uma satisfação directa

II. O offendido pode ser pessoa natural ou juridica. A propria União, o Estado ou o Municipio serão offendidos nos casos de damno ás coisas do dominio patrimonial dessa sentidades (1).

Damno é o prejuizo soffrido no patrimonio do offendido (damno material) ou na sua honra e liberdade (damno moral). Ordinariamente, a lei se refere ao damno material, que, aliás, repercute na familia da victima. Mas, em alguns casos, attende ao damno moral e manda reparal-o, ainda que a reparação, neste caso, não possa ter a efficacia, que seria de dezejar.

(1) LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 158 e nota 9.

O Código Civil, nos arts. 1.537 a 1.553, estabelece as indemnizações procedentes dos delictos, que, mais ordinariamente, occorrem. Em regra referem-se ao damno material. No caso de homicidio, que é o maior crime contra a pessoa physica, a indemnização visa somente: a) o pagamento com as despesas com o tratamento da victima, seu funeral e o luto da familia; b) a prestação de alimentos ás pessoas, a quem o defuncto os devia (art. 1.537). O damno moral que se reflecte na familia não entrou em consideração pela impossibilidade de reduzi-lo a um padrão monetario. Em outros casos, porem, foi possível dar valor ao damno moral, como no de ferimento ou outra offensa á saude; a obrigação de indemnizar abrange as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, a multa no gráo medio da pena criminal, e será duplicada, havendo aleijão ou deformidade; mas, se o offendido fôr mulher solteira ou viuva, ainda capaz de casar, a indemnização consistirá em dotar-a o offensor segundo as suas posses, as circumstancias da offendida e a gravidade do defeito (art. 1.338). Principalmente nos aggravos feitos á honra da mulher (art. 1.518) é o damno moral, que tem de ser resarcido (não sendo possível o casamento) pela constituição de um dote correspondente á condição e estado da offendida.

Nos casos em que a lei não declara o modo de resarcir o damno, este se fixa por meio de arbitramento (2).

E fixada a obrigação de indemnizar, a hypotheca lhe assegura o pagamento. Se os bens do criminoso não bastarem para a solução integral da obrigação resultante do crime, a satisfação do offendido, ou seus herdeiros, ou

(2) Código Civil, art. 1.553; meu *Código Civil comentado*, V, a este artigo e também aos mais do mesmo capitulo.

pessôas, a quem caiba receber o resarcimento, prefere ás penas pecuniarias e custas judiciaes

III. A hypotheca legal, que garante o cumprimento da obrigação *ex delicto*, passa do offendido aos seus herdeiros, assim como se transmite do delinquente aos seus herdeiros. Não é a pena que se reflecte sobre os herdeiros do delinquente, é a obrigação civil de indemnizar.

A lei fala em delinquente como obrigado a indemnizar o mal causado. Induz-se dessa qualificação, que a hypotheca legal, apreciada neste paragrapho, não abrange as indemnizações, que não provenham de crime. Estabelece o Código Penal de 7 de Dezembro de 1940, art. 19: — *Não ha crime, quando o agente pratica o facto em estado de necessidade; em legitima defesa; em estrito cumprimento de dever legal, ou no exercicio regular do direito* (3). Nesses casos, pois que não ha crime, não ha indemnização assegurada por hypotheca legal.

Como bem observa LACERDA DE ALMEIDA (4), os responsaveis pelo damno nem sempre são criminosos, e o direito á indemnização não envolve direito á hypotheca; portanto somente contra os bens do delinquente, haverá hypotheca legal, não sendo licito extendel-a a outros casos. A interpretação do dispositivo (art. 827, VI) é restrictiva. Entretanto ha obrigação de reparar o damno, sempre que este se verificar (5); a hypotheca legal é que se restringe nos casos declarados na lei.

(3) Código Penal, decreto-lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, artigo citado; CARLOS XAVIER, *Estatutos penaes*, ps. 167 e seguintes.

(4) *Direito das coisas*, II, § 158.

(5) *Meu Código Civil comentado*, V, obs. 1 ao art. 1.518.

§ 159

DA HYPOTHECA DA FAZENDA PUBLICA EM GARANTIA DO CUMPRIMENTO DAS PENAS PECUNIARIAS E PAGAMENTO DAS CUSTAS

I. Tambem para o cumprimento das penas pecuniarias, impostas aos delinquentes e pagamento das custas, a lei confere á Fazenda Publica Federal, Estadual e Municipal garantia real hypothecaria (Codigo Civil, art. 827, 7.º)

A lei de 24 de Setembro de 1864, art. 3.º, e o decreto n. 169A de 1890, art. 3.º, não discriminavam a hypotheca legal do Estado e do offendido sobre os bens hypothecaveis do delinquente. O Codigo Civil, porem, confere hypotheca ao offendido, pela satisfação do damno, que este soffra, segundo ficou exposto no paragrapho anterior. A obrigação cujo cumprimento a hypotheca, nesse caso, assegura é a de indemnizar. A Fazenda Publica, sobre os bens do criminoso, tem hypotheca legal, por causa differente: — o cumprimento das penas pecuniarias e o pagamento das custas.

II. Hypotheca legal semelhante confere o Codigo Civil italiano ao Estado sobre os bens do condemnado para reaver as despesas de justiça em materia criminal, correccional e de policia (art. 1.969, V). A nossa lei, porem, somente se refere a materia criminal. São os immoveis do delinquente, que são objecto da hypotheca legal.

NICOLA STOLFI (1) informa que esta materia tem sido varias vezes remodelada na legislação italiana, dando-

(1) *Diritto civile*, vol. II, parte terceira, *Direitos reaes de garantia*, ps. 634 a 637.

se maior extensão á finalidade da hypotheca legal, que o Codigo Penal não diz mais sobre os bens do condemnado, e sim sobre os bens do *imputado*.

As razões, em que se fundou a lei italiana para decretar esta hypotheca legal, foram as seguintes: assignar o termo da inscripção da hypotheca e admittiu-se a hypotheca legal em favor da parte civil, pela reparação das perdas e danos adjudicados com a sentença condemnatoria, ponto em que a Commissão senatorial fazia notar que se desviava do direito francez; e decretou-se que os gastos com a defeza, adquirem preferencia sobre as despesas de justiça *homenagem prestada ao sagrado direito de defeza*.

III. O art. 829, já invocado, ao tratar-se da hypotheca legal do offendido, declara que a satisfação do offendido e seus herdeiros prefere ás penas pecuniarias e custas judiciaes, porque o amparo ás victimas do crime pelo resarcimento do damno soffrido interessa mais á sociedade do que as penas pecuniarias e as custas. Se os bens do delinquente não chegam para integral solução das obrigações resultantes do crime, não se ha de ratear o pagamento entre a collectividade e o particular sacrificado pelo crime. E' justa a preferencia dada ao offendido.

§ 160

DA HYPOTHECA LEGAL DO COHERDEIRO POR SEU QUINHÃO, OU PELA TORNA DE PARTILHA

O Codigo Civil, art. 827, declara: a lei confere hypotheca: . . . VIII Ao coherdeiro para garantia do seu quinhão ou torna de partilha, sobre o immovel adjudicado ao herdeiro reponente.

Semelhante, senão identica, é a letra do art. 3, § 8.º do decreto 169A, de 19 de Janeiro de 1890. que a tirou de igual artigo e § existentes na lei hypothecaria de 1864

Muitas vezes, é inconveniente ou impossivel, juridicamente, dividir um bem da herança em partes materiaes, e os interessados concordam em que se o adjudique a um delles, que se obriga a repor aos outros os quinhões e partes, que lhes competem. E' essa obrigação de repor que a hypotheca legal neste caso garante. E ella recáe, precisamente, sobre o bem adjudicado

A lei não quiz que essa obrigação de repor fosse apenas vinculo pessoal; deu-lhe a garantia real, porque a egualdade é da essencia da partilha e não convem que o direito do coherdeiro fique dependente da honestidade do outro. A segurança desse direito deve ser real

Discutem os autores se a lei se refere ao quinhão do herdeiro na herança, ou somente á torna da parte que, em virtude da adjudicação excede ao quinhão do adjudicatario

Parece ociosa essa investigação. Por um lado, o Código, art. 827, VIII, faia em quinhão e torna; portanto não ha duvida de que a hypotheca legal assegura o quinhão ou a torna. Mais commumente, o caso é somente de torna, porque o quinhão do coherdeiro se compoz de outros bens da herança e apenas se terá de completar com a parte que excede ao que, realmente, cabe ao reponente, e que por necessidade ou conveniencia, elle adquire mediante pagamento integral.

Por outro lado, nada impede que, compondo-se a herança de um immovel de difficil divisão, concordem os herdeiros maiores em adjudical-o a um delles, que indemnize os outros.

CAPITULO XII

DA HYPOTHECA JUDICIAL

§ 161

DA ORIGEM DA HYPOTHECA JUDICIAL (1)

I. Segundo a opinião commum dos autores, não se encontra, no direito romano, uma hypotheca attribuida, directamente, á sentença condemnatoria, em proveito do credor. Havia, é certo, o *pignus praetorium* e o *pignus ex causa iudicati captum*. Mas o primeiro consistia na posse

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 207 a 209; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 160 a 162; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 154 a 161; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 95; S. VAMPRÉ, *Manual de direito civil*, § 115; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, pags. 84 a 88; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 39 a 107; A. D. GAMA, *Da hypotheca*, ns. 200 a 210; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, III, nota ao § 197; PLANIOL et RIPERT, avec le concours de BECQUÉ, *Des sûretés réelles*, vol. XIII do *Traité*, ns. 557 e segs.; HUC, *Commentaire*, XIII, ns. 193 a 200; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, I, ns. 567 a 605; GUILLIQUARD, *Des privilèges et hypothèques*, I, ns. 122 a 167 e II, ns. 901 a 929; STOLFI, *Diritto civile*, I, parte terza, I, *Diritti reali di garanzia*, ns. 638 e segs..

dos bens do devedor concedida pelo juiz (*missio in bona*), que era seguida da venda dos mesmos bens para satisfação dos direitos dos credores.

O segundo, *pignus ex causa iudicati captum* era uma forma de penhora. Condemnado o devedor, o magistrado, que havia proferido a sentença condemnatoria, designava um official publico para intimar o devedor ao pagamento e, não attendido immediatamente, tomava posse dos moveis; não sendo sufficientes, se apoderava dos immoveis. Não se effectuando o pagamento no prazo estabelecido, os bens não eram vendidos pelo official publico (1a).

Não ha semelhança entre essas duas instituições e a *hypotheca* oriunda da sentença.

II. Na França, ella apparece com a ordenança de MOULINS, de Agosto de 1566. O art. 53 desta ordenança dizia: “Desde logo, e no momento da condemnação imposta em ultima instancia, e desde o dia da prolação, será adquirido, á parte, direito de *hypotheca* sobre os bens do condemnado, para o effeito e execução do julgamento ou aresto contra elle obtido” (2).

Em Portugal, a Ord. 3, 84, § 14, nas palavras — “e o que tiver bens de raiz, que valham o conteudo da condemnação, não os poderá alhear, durando a demanda, mas logo ficarão *hypothecados* por este mesmo feito e por esta Ordenação para pagamento da execução”, se tem apontado a fonte da *hypotheca* judicial, que passou para o direito patrio.

III. A lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, art. 3, § 12 diz apenas: “Não se considera derogado por esta lei o direito, que ao exequente compete, de prosse-

(1-a) D. XIII, 7, fr. 26, pr.; XLII, 5, fr. 35; XLII, 1, frs. 40 e 61; XX, 4, fr. 10.

(2) GUILLOUARD, *op. cit.*, n. 870 *in fine*.

guir a execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condemnado; mas, para ser opposto a terceiros, conforme valer, depende de inscrição."

Não disciplinou a instituição, salvo quanto á exigencia da inscrição.

O decreto n. 169A, de 19 de Janeiro de 1890, art. 3, § 11, que, semelhantemente á lei anterior, havia declarado não haver outras hypothecas, senão as que elle estabelecia, copiou a formula imprecisa acima transcripta, acrescentando, somente, a palavra *especialização*, a recordar a formalidade que antecede á inscrição.

O Codigo Civil, por sua vez, affirma, no art. 824, a existencia da hypotheca judicial, como direito de sequela sobre os bens do condemnado, que tenham passado a outras mãos. Mas para valer contra terceiros, depende de especialização e inscrição. E' simples direito de sequela, sem o predicado da preferencia, de grande importancia para a hypotheca convencional ou legal. Não decorre immediatamente, da sentença a hypotheca judicial. Esta constitue, apenas, o fundamento, em que se apoia o credor para hypothecar bens do devedor vencido.

§ 162

DO CONCEITO E DA CONVENIENCIA DA HYPOTHECA JUDICIAL.

I. *Hypotheca judicial*, segundo já ficou indicado, é o vinculo real, que a lei faz nascer da sentença condemnatoria, sobre os bens do executado, para o efeito de responderem pela execução da sentença, caracterizando-se por ser mero direito de sequella, sem preferencia, mas depen-

dendo a sua efficacia da especialização e inscripção. E' uma forma de hypotheca legal.

As sentenças, que podem gerar hypotheca judiciaria são as que, tendo passado em julgado, condemnam o vencido a uma obrigação de dar quantia ou coisa, ou de indemnizar perdas e danos. Se a condemnação impõe obrigação illiquida, cumpre liquidal-a para inscrever, em seguida, a hypotheca.

E' a sentença proferida por tribunal judiciario, que é capaz de produzir hypotheca; DIDIMO DE VEIGA opina que a sentença condemnatoria do Tribunal de Contas, por ser equiparada á dos tribunaes judicarios, tambem fundamenta hypotheca. LACERDA DE ALMEIDA dá-lhe razão. Realmente assim deve ser com as sentenças proferidas em materia contenciosa. Tambem as sentenças arbitraes, quando se tornam executorias, são titulos para hypotheca judicial.

As sentenças dos juizes estrangeiros não geram hypotheca sobre immoveis situados no Brasil, senão depois de homologadas pelo Supremo Tribunal Federal, porque, só então, adquirem poder executorio. Antes disso, a sua autoridade se circumscreve aos limites da soberania do Estado, onde são proferidas por juizes competentes.

II. A hypotheca judicial tem soffrido criticas numerosas. NICOLA STOLFI menciona-as pelo modo seguinte: a) Quando muitos credores aceitam a bôa fé de um devedor, não deve ser possivel que um delles obtenha uma causa de prelação, se a natureza do credito não a contem. — Esta objecção não attinge á hypotheca judiciaria, segundo existe entre nós, pois que a lei não lhe attribue direito de preferencia e, sim, tão só o de assegurar a execução pelo direito de sequela

(1) *Op. cit.*, n. 651.

b) A hypotheca judicial não procede, directamente da sentença condemnatoria, que se limita a declarar o direito, que preexiste e dar ao credor um titulo executorio para desapropriar os bens do devedor, que não paga; não pode mudar a natureza do credito, transformando-o de chirographario em real. — Mas, quando se diz que a sentença gera hypotheca, apenas se quer affirmar que ella fornece um titulo para a hypotheca sobre os bens do devedor, afim de assegurar a execução da sentença, evitando que sejam alienados pelo condemnado, quando não convenha a execução immediata.

c) A hypotheca judicial embaraça a circulação dos capitães, intimidando os mutuantes pelo perigo de que outros credores frustem as suas esperanças, sujeitando á hypotheca todos os bens do devedor commum. — Esta objecção perde o seu valor, desde que não haja, como no direito não ha, na hypotheca judiciaria o attributo da preferencia. Ao contrario poderá a hypotheca de que se trata, favorecer os outros credores, impedindo que o devedor venda os bens hypothecaveis, que vão garantir, dentro de certa medida, o pagamento de todos.

d) A hypotheca judicial é contraria á equidade, porque é premio para o credor mais deshumano, que occasionou ou, pelo menos, apressou a ruina do devedor, e sacrifica o credor indulgente, somente por ter cedido á voz da humanidade. — Eliminada a prelação da hypotheca judiciaria, esse quadro não tem realidade.

e) Não se desconhece que o devedor possa pagar algum dos seus credores em detrimento de outros; mas, desde que intervem a justiça, não deve ser para beneficiar um só credor, e sim no interesse de todos. — E' sempre o mesmo ponto de vista, extranho á hypotheca judicial do nosso direito.

E' certo que não considero essa instituição merecedora de applausos; mas não ferem justo as objecções levantadas. Em verdade, ella não é desprovida de utilidade,

quando a execução immediata do bem penhorado offerece inconvenientes. Mas, em verdade, o que, entre nós, a mantem é a tradição. E, como não tem os defeitos, que lhe apontam, vae sendo mantida.

III. STOLFI tambem enfileira as observações dos autores, que sustentam ser a hypotheca judicial conforme á justiça e á equidade. Não offerecem particular interesse, e podem reduzir-se a esta ultima: — não se tendo ainda aberto concurso de credores, é logico o poder quaiquer delles assegurar-se por uma garantia, ainda que altere a *par conditio creditorum*, porque *vigilantibus, non dormientibus jura succurrunt* (2). — Tal como se acha estabelecida entre nós, como simples direito de sequela, a hypotheca judicial não necessita de invocar essa defesa, pois que pode ser util aos proprios *dormientibus*, que se aproveitaram da situação por ella creada.

163

DIFFERENÇA ENTRE A HYPOTHECA JUDICIAL E O DIREITO DE PENHORAR BENS ALIENADOS EM FRAUDE DA EXECUÇÃO

I. LAFAYETTE consagrou o seu § 208 do *Direito das coisas*, para patentear a differença essencial entre os dois institutos: a hypotheca judicial e a fraude á execução, que alguns pretenderam identificar. As differenças são, realmente, substanciaes, e melhor hoje se accentuam do que ao tempo em que escreveu o sabio jurisconsulto.

Segundo o Codigo do Processo Civil, (art. 895) a alienação dos bens do devedor se considera em fraude á execução.

(2) *Op. cit.*, n. 650.

a) Quando sobre elles fôr movida acção real ou réipersecutoria;

b) Quando, ao tempo da alienação, já pendia contra o alienante, demanda capaz de alterar-lhe o patrimonio, reduzindo-o á insolvencia;

c) Quando transcripta a alienação, depois de decretada a fallencia;

d) Nos casos expressos em lei.

Os casos expressos em lei não foram mencionados. CARVALHO SANTOS (1) apresenta, a titulo de exemplo, a alienação feita depois de inscripta a penhora no Registro de immoveis, ou quando já tiver sido inscripto o arresto ou sequestro. PLACIDO E SILVA usa de uma formula geral: A fraude de execução "se objectivará sempre, quando o alienante ou o hypothecante promova alienação ou hypotheca, existindo demanda capaz de alterar-lhe o patrimonio, reduzindo á insolvencia, ou esteja, em verdade, em estado insolvente". (2)

II. Sendo nullos os actos de alienação praticados em fraude á execução, os bens, objectos de tal alienação continuam no patrimonio do alienante e sujeitos, como diz LAFAYETTE, ao pagamento das dividas do executado (3).

Este assumpto da fraude á execução tem motivado controversias (4), que, afinal, terminaram.

Distingam-se, inicialmente, os casos de fraude contra-credores, considerados no Codigo Civil, arts. 106 a 113, que são annullaveis pela acção pauliana, e os de fraude

(1) *Codigo de Processo Civil interpretado*, X, ao art. 985.

(2) *Codigo de Processo Civil*, nota 972.

(3) Obra e paragraphos citados, em que a explicação se alonga.

(4) Vejam-se MARTINS TEIXEIRA, *Concurso de credores*, §§ 12 e seguintes, particularmente 41 e 42; PHILADELPHO AZEVEDO, *These de concurso e Registros publicos*; e o meu *Codigo Civil comentado*, I, obs. 7 ao art. 111.

contra a execução que são nullos. Enumera-os o Código de Processo Civil, art. 895, acima referido. Nullos, que são, os actos de alienação, os objectos podem ser penhorados.

Essa penhora, porem, nada tem de semelhante com a hypotheca judicial, que se baseia em sentença, termo e não inicio da execução, como é a penhora; e que não se apoia em fraude contra credores. O direito de penhorar bens alienados em fraude á execução, por outro lado, se exerce independentemente de hypotheca. | Não ha necessidade de prosseguir nessa exposição. Os institutos differem muito accentuadamente.

II. Para assignalar a differença entre os dois institutos, bastaria dizer que a hypotheca judicial é um direito real com fundamento em sentença condemnatoria e a fraude á execução é vicio, que annulla a alienação feita pelo devedor.

A fraude á execução é acto lesivo praticado pelo devedor mancommunado com terceiro (*animus nocendi, eventus damni*). Esse vicio annulla a alienação e por via de consequencia, torna possivel a penhora dos bens nullamente alienados, se outros não tiver o alienante.

São, pois, duas instituições differentes em sua forma e em sua substancia.

§ 164

LEGISLAÇÃO COMPARADA

Ha tendencia nas legislações para suprimir a hypotheca judiciaria. Não a contemplam o direito argentino, o peruano, o mexicano e o allemão. Na Belgica foi substituida pela indisponibilidade, na Hespanha, pelas pre-
notações.

Entre as legislações, que mantêm esta forma de hypotheca, mencionam-se as seguintes:

a) A franceza, Codigo Civil, art. 2 123 O Codigo Civil francez fazia resultar a hypotheca judiciaria não só das sentenças em materia contradictoria, ou á revelia do devedor, fossem definitivas ou provisórias, como ainda dos reconhecimentos ou verificações feitas em sentença de assignaturas apostas em acto obrigatorio de cunho privado.

A lei de 3 de Setembro de 1807 modificou, em parte a facilidade do Codigo, em conferir hypotheca judiciaria ás sentenças de reconhecimento ou de verificação de escripta. Prohibiu que o portador de um acto de cunho privado, cuja escripta fez verificar em justiça, o inscrevesse antes do vencimento do credito

A hypotheca judiciaria do direito francez é geral; por isso se estende até aos bens futuros do devedor. Não passa, porem, aos immoveis transmittidos hereditariamente aos seus successores. Tambem os navios escapam á generalidade da hypotheca judiciaria, porque somente por hypothecas convencionaes podem ser onerados.

As sentenças dos tribunaes francezes não geram hypotheca sobre bens situados em paiz estrangeiro, salvo se ella o admitte e nas condições que estabelece. Aliás é a lei estrangeira que dirá se tal é possivel.

Os bens inalienaveis, emquanto perdura essa qualidade, não podem ser objecto de hypotheca judiciaria

O credor pode renunciar a hypotheca judiciaria, depois de proferida a sentença que a produz.

A hypotheca judiciaria resulta de pleno direito da sentença condemnatoria, sem necessidade de requerimento do credor, nem declaração do juiz.

A hypotheca judiciaria não pode recahir sobre bens do devedor, após a declaração de sua fallencia.

A hypotheca judiciaria deve ser inscripta.

A sentença arbitral, por ser de caracter privado a jurisdicção dos arbitros, somente depois de tornada executoria pela autoridade judiciaria produz hypotheca.

Tambem as decisões administrativas importam hypotheca, visto como o art. 2.123 do Codigo Civil não as incluye.

b) Italiana, Codigo Civil, arts. 1.970 a 1973. Toda sentença que condemna ao pagamento de uma somma, á consignação de coisa móvel ou ao cumprimento de outra obrigação, que possa resolver-se no resarcimento de damno, produz hypotheca sobre bens do devedor, em proveito de quem a obteve (art. 1.970).

Não produz hypotheca sobre os bens de herança jacente, ou acceita a beneficio do inventario (art. 1.971).

As sentenças arbitraes produzem hypotheca depois que se tornam executorias por determinação da autoridade judiciaria (art. 1.972).

As sentenças estrangeiras só produzem hypotheca sobre bens situados no Italia, quando a autoridade judiciaria do reino lhe ordena a execução, salvo disposição em contrario, de convenção internacional (art. 1.973).

Somente uma sentença e sentença actual, que condempne ao pagamento de uma somma, á entrega de coisa móvel ou ao cumprimento de outra obrigação, que possa resolver-se em resarcimento de damno, produz hypotheca. Equipara-se á sentença a providencia ordenada pela séde jurisdiccional, a que a lei attribua efficacia de sentença expedida em forma executiva (2).

(1) Vejam-se: PLANIOL et RIPERT, avec le concours de BECQUÉ, *Suretés réelles*, première partie, vol. XII do *Traité de droit civil français*, ns. 593 a 620; AUBRY et RAU, § 265; GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, II, ns. 869 a 930.

(2) STOLFI, *op. cit.* n. 655, em cujas afirmações tambem se apoiam as proposições seguintes.

Produzem hypotheca as sentenças proferidas entre nacionaes, entre estes e estrangeiros, seja em materia civil, commercial ou penal. Até o magistrado administrativo, em materia de sua competencia, profere sentença com esse effeito.

Se no curso ulterior do processo, a sentença é annullada, com eila cae a hypotheca.

Não produzem hypotheca: os processos verbaes de conciliação; as ordens do Presidente do Tribunal nos processos de separação judicial entre conjuges.

Habilitam, porem, a inscrever hypotheca judiciaria, as sentenças arbitraes tornadas executorias por decreto do pretor e as pronunciadas pelos consules ou tribunaes consulares italianos, nos paizes onde existem.

As sentenças estrangeiras homologadas pelo Poder Judiciario italiano podem produzir hypotheca judicial, como acima foi dito.

O Codigo Civil italiano refere-se ás sentenças, que ordenam a entrega, por qualquer razão, de coisa movel. Surgiu dahi a duvida: se tambem habilita á inscripção hypothecaria a sentença que condemna á entrega de coisa immovel. Prepondera a opinião dos que se inclinam pela efficacia da sentença condemnatoria para autorizar a inscripção da hypotheca judiciaria, fundados na identidade de razão. E' uma interpretação, em que o imperativo das necessidades sociaes supera o princípio logico da *inclusio unius exclusio alterius*, apesar da firmeza com que parece manifestar-se.

c) O Codigo Civil venezuelano, arts. 1.958 a 1.961, seguiu a orientação italiana. Toda sentença executoria, que condemna ao pagamento de uma quantia determinada, ou á entrega de coisa movel ou ao cumprimento de qualquer outra obrigação commettida na de pagar quantia liquida, produz hypotheca sobre bens devedor, em proveito de quem haja obtido a sentença.

O credor favorecido com a sentença deverá designar, perante o tribunal, os bens especiaes do devedor nos quaes pretenda estabelecer hypotheca; e, se o tribunal encontrar que representam valor duplo da quantia, a cujo pagamento tenha sido condemnado o devedor, ordenará que se registre a sentença junto com a deligencia do credor e o auto respectivo.

No caso de excederem os bens o duplo do valor da divida, o devedor poderá reclamar limitação do onus; tambem lhe cabe pedir transferencia do gravame para outros bens determinados e sufficientes para garantir o cumprimento da obrigação (art. 1.958).

Não podem ser objecto de hypotheca judiciaria os bens de heranças jacentes ou acceitas a beneficio de inventario (art. 1.959).

As sentenças arbitraes produzem hypotheca, depois de tornadas executorias por decreto da autoridade judiciaria competente (art. 1.960).

As sentenças estrangeiras não produzem hypotheca sobre bens situados no paiz, salvo quando as autoridades judiciarias da Republica venezuelana decretarem a sua execução, observado, em todo caso, o que dizerem tratados internacionaes.

CAPITULO XIII

DA HYPOTHECA DE NAVIO

§ 165

DO NAVIO, SEU CONCEITO E NACIONALIDADE

I. *Navio*, segundo a definição legal (dec. numero 15.788, de 8 de Novembro de 1922, art. 3) é toda construção nautica, destinada á navegação de longo curso, de grande ou pequena cabotagem, apropriada ao transporte marítimo ou fluvial. É coisa movel, designada por um

(1) JOÃO VILLASBÓAS, *Hypotheca naval*, Rio de Janeiro, 1942, caps. I-IV. Parecer do Supremo Tribunal do Maranhão, relatado por CUNHA MACHADO (*Trabalhos da Camara*, II, ps. 32 a 35); A. D. GAMA, *Da hypotheca*, n. 19; OCTAVIO MENDES, *Da hypotheca naval no Brasil*; WALDEMAR FERREIRA, *A hypotheca naval no Brasil; Commercio marítimo e o navio*; PAULINO SOARES DE SOUZA NETO, *Da hypotheca marítima*; AFFONSO FRAGA, *Direitos reais de garantia*, § 69; SILVA COSTA, *Direito commercial marítimo*, II, ns. 64 e 1.027 a 1.043; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 68 a 77; DANJON, *Droit maritime*, I, ns. 85 e segs.; MAC-DOWELL, *Creditos privilegiados*; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, I, n. 403, bis; PLANIOL et RIPERT, avec le concours de BECQUÉ, *op. cit.*, XII, ns. 273 e segs.; *Code Civil allemand* publié par le Comité de lég. étr., aos arts. 1.259 a 1.272.

nome, que consta do registro respectivo e deve estar escripto nos bordos de prôa e poupa em caracteres bem visíveis.

Neste paragrapho, trata-se de navios mercantes que são os susceptíveis de hypotheca voluntaria.

Ainda que de caracter privado, consideram-se porção fluctuante do territorio nacional. Entrando na zona de influencia de uma soberania estranha, submettem-se a uma jurisdicção dupla, continuando, em parte, sujeitos á lei da sua bandeira, e, em parte, soffrendo a lei do Estado, em cujas aguas se acham. Em alto mar, todos os actos, que se passam a bordo regulam-se pela lei de sua Nação, como se estivessem em aguas territoriaes della. Quando em aguas estrangeiras, sujeitam-se, em parte, á soberania do Estado estrangeiro (1-a).

II. Pois que se consideram porção fluctuante do territorio nacional, os navios têm nacionalidade, que a sua bandeira indica.

A nossa lei exige, para que um navio mercante se considere brasileiro:

- a) que tenha sido construido no Brasil;
- b) que sejam brasileiros natos o armador, o proprietario, o cammandante e, pelo menos dois terços da tripulação. Se a embarcação pertencer á sociedade, esta ha de ter a sua séde no Brasil, e será gerida, exclusivamente, por cidadão brasileiro (2).

Podem obter o titulo de nacionaes e gozar dos privilegios delle decorrentes: a) as embarcações de construcção

(1-a) V. o meu *Direito publico internacional*, I, § 62.

(2) Constituição de 1937, art. 149: "Os proprietarios, armadores e commandantes de navios nacionaes, bem como os tripulantes, na proporção de dois terços, devem ser brasileiros natos, reservando-se tambem a estes a praticagem das barras, portos, rios e lagos"; lei n. 123, de 11 de Novembro de 1892; decreto n. 10.524, de 23 de Outubro de 1913, revigorado pelo decreto n. 220-A, de 3 de Julho de 1935, art. 16.

estrangeira, legalmente adquiridas; b) as capturadas ao inimigo e consideradas boa presa; c) as encontradas em abandono em alto mar; d) as confiscadas por contravenção das leis do Brasil; e) as adquiridas por brasileiros em virtude de doação, venda ou acto judicial (3).

Em todos esses casos, como nos anteriormente indicados, devem as embarcações ser propriedade de cidadão brasileiro ou de sociedade ou empresa com séde no Brasil, gerida, exclusivamente, por brasileiro, e serem brasileiros o capitão, ou mestre, o machinista e, pelo menos, pois terços da tripulação.

As legislações estrangeiras attribuem, igualmente, ao navio uma nacionalidade. Um dos requisitos essenciaes por ellas exigido para que nesse ente sem vida se reconheça tão alto predicado, é o de ser propriedade de um nacional. Assim é na França, na Italia, na Inglaterra, em Portugal. As outras condições variam. Aliás, a lei italiana permite que os estrangeiros residentes e domiciliados no paiz, por mais cinco annos, possam ter navios italianos.

III. O nosso decreto-lei n. 2.784, de 20 de Novembro de 1940, attenuou o rigor do art. 149 da Constituição, quanto aos navios destinados á navegação de cabotagem, declarando:

“Art. 1.º São nacionaes, para o effeito de realizar a navegação de cabotagem, de accordo com os arts. 16, n. XII, e 149 da Constituição, e observado o disposto quanto aos commandantes e á tripulação, os navios: a) que sejam propriedade de brasileiros natos; que per-

(3) Dec.-cit. n. 220-A, de 3 de Julho de 1935, art. 17. Fala esse decreto em navio capturado ao inimigo e considerado boa presa. Ha longos annos o Brasil propugna o respeito á propriedade particular na guerra maritima. Ainda na Conferencia da paz, em 1907, em Haya, poz-se ao lado dos Estados-Unidos, da Noruega, da Suecia e da Austria-Hungria, sob essa bandeira (ver o meu *Direito publico internacional*, II, 291 e 293). Não devia a lei mencionar a captura como titulo de aquisição de navios.

tenham a sociedades constituídas no Brasil, desde que mais de metade do capital pertença a brasileiros natos”.

Não se faz referencia ao armador, que, pelo art. 149 da Constituição deve ser brasileiro nato; por outro lado, esse artigo da Constituição se não refere ao dominio do navio por sociedade, e o decreto de 20 de Novembro de 1940 permite que seja proprietaria de navio brasileiro a sociedade constituída no Brasil, cujo capital pertença, em mais da metade, a brasileiros natos, podendo, portanto, o restante pertencer a estrangeiros ou brasileiros naturalizados.

Como o decreto n. 2.784, de 20 de Novembro de 1940 somente se applica á navegação de cabotagem, sobre a qual compete, privativamente, á União legislar, não devemos arguil-o de inconstitucional.

Fica assim estabelecida a regra sobre a navegação de cabotagem: — Os navios não destinados á cabotagem somente se considerarão nacionaes, se o armador, o proprietario, o commandante, forem brasileiros natos, assim como dois terços da tripulação. Se pertencerem a sociedade, esta deve ter a sua séde no Brasil e ser gerida, exclusivamente, por cidadão brasileiro.

Para os navios destinados á navegação de cabotagem, não se exige que o armador seja brasileiro nato, e o sociedade, sua proprietaria, ha de ser constituída no Brasil, deve o seu capital pertencer, por mais da metade, a brasileiros natos, podendo fazer parte delle pessoas estrangeiras. Acrescenta o art. 2 do decreto n. 2.784 que a maioria dos socios ou accionistas será de brasileiros natos ou a brasileiros natos caberá a gerencia; e o art. 3.º, que nas sociedades por acções, as dos estrangeiros serão nominativas e preferenciaes. O funcionamento dessas sociedades depende de autorização do Governo Federal, processada no Ministerio do Trabalho, Industria e Commercio (art. 5.º).

Art. 4.º — A transmissão de acções ou de quotas *inter vivos* ou *causa mortis* effectuar-se-á de modo que não

seja excedido o limite fixado nesta lei á participação de estrangeiro e brasileiros naturalizados no capital da sociedade, devendo ser vendidas, na forma da lei, aquellas de cuja transmissão a herdeiros e legatarios resultaria o excesso”.

§ 166

DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR AO CODIGO CIVIL, REFERENTE A HYPOTHECA DE NAVIO

O Codigo Commercial, art. 468, referia-se ás hypothecas de embarcações brasileiras. A lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, art. 1.º, declarando que não havia outras hypothecas senão as por ellas estabelecidas; que a hypotheca era regida pela lei civil; e que ficavam derogadas as disposições do Codigo Commercial, relativas a hypothecas de bens de raiz, entrou em duvida se haviam desaparecido as hypothecas maritimas. TEIXEIRA DE FREITAS opinou que a lei se restringia ás hypothecas de immoveis, portanto, insubsistiam as outras, isto é, as maritimas, que recaham sobre embarcações.

O decreto n. 169-A, de 1890 art. 2.º, manteve a mesma orientação, dizendo: “Ficam derogadas as disposições do Codigo Commercial relativos a *bens de raiz*. Continuavam, portanto, as hypothecas de embarcações, devendo, porem, ser especiaes e inscriptas.

Com o Codigo Civil, porem, as hypothecas de navios passaram a reger-se por elle e pelos regulamentos especiaes. Assim desapareceram a hypotheca maritima do Codigo Commercial e todas as hypothecas, tendo por objecto embarcação ou immoveis, nos termos do art. 810, são do dominio do direito civil. “A lei da hypotheca é a lei civil,

e civil a sua jurisdição, ainda que a divida seja commercial e commerciantes as partes", proclama o art. 809.

§ 167

DA HYPOTHECA DE NAVIO E DE SUAS VANTAGENS (1)

I. A hypotheca do navio ou embarcação é o direito real, que recáe sobre construcção nautica, para assegurar o cumprimento de uma obrigação, continuando a posse della com o proprietario.

E' convencional, especial e sujeita á inscripção. Applicam-se-lhe os principios estabelecidos pelo Codigo Civil com referencia á hypotheca e mais os constantes dos decretos especiaes, que a particularizam.

O navio pode destinar-se á navegação maritima ou fluvial. E ainda em construcção, já pode ser objecto de hypotheca.

II. Foi a necessidade de fortalecer melhor o credito no que diz respeito á navegação e aos interesses, que a ella se ligam, a creadora da hypotheca do navio. Havia, certamente, certas disposições, na lei commercial, a favor de creditos sobre navios; mas essas medidas já não satisfazião ao progresso do commercio de transporte por agua, nem attendia aos interesses da construcção de navios, exigidos, cada dia, em maior numero, peio incremento das permutas de productos e crescente approximação dos povos.

(1) As nossas leis e os nossos autores ora falam de *hypotheca maritima*, que deve comprehender, somente, a dos navios que trafegam pelo mar; ora usam da expressão *hypotheca naval*, que é a do navio, que transita pelo mar, pelos rios ou pelos lagos.

As construcções de navios exigem grandes capitaes. O armador recorre ao credito; mas o capitalista quer segurança real para o emprego do seu capital. E a melhor que se lhe pode offerecer é a hypotheca do navio ainda em construcção, ou prompto para navegar, ou já em viagem.

III. Algumas objecções se têm levantado contra a hypotheca naval. Allega-se que a natureza movel do navio não offerece segurança sufficiente ao credor, como acontece com a hypotheca dos immoveis. Mas o navio está ligado pelo registro a um porto, e navega sob a inspecção das autoridades, tanto como sob a vigilancia dos que, armadores, carregadores e seguradores, têm nelle interesses valiosos. Não é um movel commum, que possa passar, facilmente, de mão em mão.

Os riscos do mar são grandes e o capitalista se arreceia de collocar os seus haveres á mercê da sorte, sujeitos ao embate das tempestades e aos accidentes varios, em que o mar é fecundo. Esses grandes perigos já quasi inteiramente desapareceram; a navegação é hoje facil e segura. E a prova disso é, por um lado, o desenvolvimento crescente na quantidade, conforto e velocidade de navios, que percorrem os mares, os rios e os grandes lagos, e, por outro, a confiança que, nesses meios de transporte, depositam commerciantes e passageiros, que se utilizam delles para os mais variados fins.

Finalmente, as legislações, disciplinando a hypotheca dos navios, em numero consideravel, attestam a conveniencia dessa garantia real. A França, a Italia, a Bolicia, o Uruguay a mencionam nos respectivos Codigos Civis. Na Argentina, é o Codigo Commercial que amplamente a regulamenta, nos arts. 1.351 a 1.367. Deve ser inscripta em um registro especial, que será levado á Escrevania de marinha, do porto da matricula do navio. O Codigo Civil allemão, arts. 1.259 a 1.272, occupa-se com o penhor do navio, inscripto no registro maritimo.

IV. Ficou affirmado, acima, que a hypotheca de navio é convencional. O navio não é objecto de hypotheca legal, nem de judicial (2). A legislação brasileira assim o considera, pois, quando incluiu os navios entre as coisas hypothecaveis, declarou que eram *susceptiveis de contracto de hypotheca* (Codigo Civil, art. 825) e, quando organizou esta especie de hypotheca, ainda somente por meio de *contracto* lhe deu forma (decreto n. 15.788, de 8 de Novembro de 1922, art. 2.^o). A legislação estrangeira não discrepa dessa norma, como se vê da franceza e da italiana (3.)

V. Ainda que possa ser objecto de hypotheca e a sua alienação exija formalidades especiaes, o navio é coisa movel. A lei hypothecaria não lhe alterou a natureza (4).

§ 168

DA HYPOTHECA DE NAVIO NO DIREITO PATRIO

I. O Codigo Civil, art. 725, limitou-se a declarar susceptiveis do contracto de hypotheca os navios; posto que ainda em construcção, e a submeter essa hypotheca

(2) TITO FULGENCIO, *Direito real de hypotheca*, ao art. 825 do Codigo Civil; JOÃO VILLASBÓAS, *Hypotheca naval*, cap. VIII.

(3) Na França, a hypotheca dos navios é materia de direito commercial (Cod. Civil, art. 2.084; lei de 10 de Julho de 1885). O direito francez distingue a hypotheca dos navios, ou maritima, da fluvial (des bateaux). Ambas são, exclusivamente, convencionaes (PLANIOL et RIPERT, cit., XII, ns. 255 e 273. Na Italia, tambem a hypotheca naval somente se constitue mediante convenção (STOLFI, *op. cit.*, n. 825 e a respectiva nota 1).

(4) A lei da hypotheca é civil ainda que a divida seja commercial e commerciantes as partes; e entre os immoveis não se incluem os navios (Cod. Civil, arts. 809 e 43 a 46). Aliás é ponto pacifico, em nosso direito; que o navio é coisa movel.

aos preceitos, que estabelecera para esse direito real de garantia, deixando para regulamentos especiaes as particularidades da especie. Esses regulamentos são o decreto numero 15.788, de 8 de Novembro de 1922, que regula a execução dos contractos de hypotheca dos navios, e o decreto n. 15.809, de 29 de Noxvembro do mesmo anno, que approvou o regulamento especial para a execução dos referidos contractos.

O primeiro desses decretos denomina maritima a hypotheca de navio, ainda que a embarcação gravada possa ser das que se destinam á navegação fluvial (art. 3.º).

II. A hypotheca de navio obedece aos seguintes preceitos, que são os da hypotheca em geral, com poucas adaptações exigidas pelo objecto da garantia. A natureza do contracto não interessa. A divida pode ser commercial ou civil.

a) Podem constituir hypotheca sobre navio as pessoas naturaes ou juridicas, que têm capacidade para alienar, inclusive a mulher casada, a respeito de seus bens proprios disponiveis (decreto n. 15.788, art. 13).

Como a respeito da hypotheca convencional de immoveis, cumpre notar que as pessoas casadas não podem constituir hypotheca de navio, sem accordo expresso, autorização do marido, assentimento da mulher, seja qual fôr o regimen de bens (Codigo Civil, arts. 235, I, e 242, II).

b) A hypotheca de navio brasileiro pode ser constituida pelo proprietario, pessoalmente, ou por procurador com poderes especiaes (decreto citado, art. 14). Se o navio pertencer a dois ou mais proprietarios, é indispensavel o consentimento expresso de todos para o constituição da hypotheca (art. 16).

c) O contracto de hypotheca de navio deve ser reduzido a escriptura publica, que lhe é substancial, ainda quando não exceda de um conto de reis o seu valor. Nisto

differe do contracto de hypotheca de immovel, que somente necessita de ser lavrado por escriptura publica, quando o seu valor exceder de um conto de reis, como determina o art. 134, II, do Codigo Civil. O decreto n. 15.788, de 8 de Novembro de 1922, é expresso: *a escriptura é da substancia do contracto*. A regra abrange todos os casos.

d) A escriptura publica da hypotheca de navios é lavrada nos officios privativos de notas, creados peio decreto legislativo n. 5.372-B, de 10 de Dezembro de 1927, cujo art. 1.º determina: — “Nos officios privativos do registro de hypothecas maritimas, que passarão a denominar-se *officios privativos de notas e registros maritimos*, serão lavrados e registrados todos os contractos de direito maritimo, quando a escriptura fôr, substancialmente, exigida para validade dos mesmos contractos”.

O decreto n. 18.399, de 24 de Setembro de 1928, que approvou o regulamento para os officios privativos de notas e registros de contractos maritimos, reproduz o art. 1.º da lei acima citada, da qual é regulamento, de accordo com seu art. 3.º.

Os artigos 8.º e 9.º do referido regulamento põem claro que é nos *officios privativos de notas e registros maritimos*, que se lavram as escripturas de vendas e hypothecas de navios; e que as hypothecas de navios são por lei consideradas contractos maritimos, porque assim as classificou, desde o decreto que as regulou em 1922, até o de 10 de Dezembro de 1927 e o seu regulamento de 24 de Setembro de 1928.

Se os officios são privativos e nelles manda a lei que se lavrem as escripturas de hypothecas, assim como as de venda de navios, não é licito lavrar taes escripturas, validamente, em qualquer outro officio (1).

(1) Contra: VILLASBÔAS em seu excellente livro, *Hypotheca naval*, número 219.

E' certo que o Codigõ Civil, art. 808, declarou ser civil a hypotheca e civil a sua jurisdicção; mas accrescentou que a divida podia ser commercial e commerciantes as partes; consequentemente o regimen hypothecario é um só, embora receba modificações oriundas do objecto, sobre o qual incide o direito real de garantia (2).

Outra consequencia: a hypotheca de navio admittida pelo Codigo Civil e denominada *maritima* pelos decretos que a organizaram e regulamentaram, entra perfeitamente no quadro do regimen hypothecario, de natureza civil, não obstante as particularidades do objecto da hypotheca, o navio, que exige disposição especiaes.

Essas particularidades reclamaram a criação de registro especial, que foi regulamentado pelo decreto n. 15.809, de 11 de Novembro de 1922. Tinha por objecto sua repartição, como diz o art. 1.º do citado recretõ, o *registro de hypothecas maritimas*. O decreto legislativo n. 5.372, de 1927, reorganizou o registro de hypothecas maritimas, dando-lhe maior extensão. Deu-lhe o nome de *officios privativos de notas e registro de contractos maritimos*, onde são lavrados e registrados todos os contractos dessa classe, quando a ecriptura publica fôr, substancialmente, exigida para a sua validade.

Esta lei manteve, embora ampliando-os, os officios privativos de registros de hypothecas maritimas, creados e regulamentados pelo decreto n. 15.809, de 11 de Novembro de 1922, porquanto inicia o seu art. 1.º, dizendo: *nos officios privativos de hypothecas maritimas . . . serão lavrados e registrados todos os contractos maritimos, etc.* Quer isto dizer: nos officios privativos, de que trata o decreto de 11 de Novembro de 1922, registravam-se as

(2) E' opportuno recordar que ha certa confusão nos ultimos decretos referentes a hypothecas de navios, com sacrificio dos principios e da boa orientação do direito hypothecario.

hypothecas maritimas; passam agora, tambem, a se lavrarem ahi as suas escripturas, assim como a se lavrarem e registrarrem essa mesma hypotheca e mais todos os outros contractos maritimos, para os quais se exija escriptura maritima.

Que a hypotheca de navios seja contracto maritimo é innegavel, não somente por seu objecto, como porque os decretos acima invocados assim a classificaram e nomearam.

A hypotheca de navio brasileiro, constituida fóra do paiz, tambem exige escriptura publica, lavrada pelo consul brasileiro do logar do contracto, e será inscripta no registro de contractos maritimos do logar do registro do mesmo navio.

e) O contracto de hypotheca de navio deve conter: *a data* da sua lavratura, o que aliás se subentende, uma vez que está sujeito a forma de escriptura publica; o *nome*, o *domicilio* e a *profissão* dos contractantes; a *importancia* da divida garantida ou a sua estimacão; os *juros* estipulados; a *epoca* e o *logar* do pagamento; o *nome* do navio com as suas especificacões; a *declaração* de seguro do navio, quando construido (art. 12).

f) A hypotheca do navio é indivisivel, segundo a regra estatuida para todas as hypothecas. Abrange a embarcación no todo e em cada uma de suas partes e accessorios, como botes, lanchas, escaleres, aparelhos, aprestos, instrumentos nauticos, machinas, fretes, provisões e tudo quanto possa ser necessario e util á sua propulsão e ao transporte de passageiros e cargas, bem como quaesquer melhoramentos nelle introduzidos depois da hypotheca (art. 10).

O decreto desceu a essas minucias, porque sobre alguns dos accessorios apresentados poderiam levantar-se duvidas, se eram partes integrantes do navio. Tudo aquillo que serve para a propulsão do navio, ao transporte de passageiros ou de carga, realmente, integra a embarcación, tornando-a apta para a navegacão, conservacão e salva-

mento, é manifesto que são partes componentes della. Mas o frete e as armas somente por determinação de lei tomam essa categoria.

g) O art. 47 do regulamento, a que se refere o decreto n. 15.809, confere ao credor hypothecario o direito de pedir o sequestro do navio hypothecado, ao juiz do lugar, onde o mesmo se achar, desde que a obrigação se torne exigível.

E' medida de segurança concedida para evitar que o navio deixe as aguas territoriaes do paiz e, assim, consiga dificultar ou inutilizar a garantia real, que o vincula ao pagamento da divida. E para ter toda a efficiencia essa medida, contra o sequestro não se admite recurso algum.

Se o juiz, que conceder o sequestro, não fôr competente para a acção executiva, serão os autos respectivos remettidos ao juiz da execução, perante o qual será o sequestro convertido em penhora e o executivo prosseguirá na forma estabelecida pelo Codigo do Processo.

Medida de excepção, esse sequestro somente será concedido fóra da circumscripção jurisdiccional do navio, nos termos precisos do decreto n. 15.809, de 1922, art. 47, isto é, quando se tornar exigível a obrigação e nunca antes deses momento.

h) A subrogação do navio hypothecado na indemnização do seguro, independentemente de estipulação contractual, é assegurada pelo art. 17 do decreto numero 15.788, de 8 de Novembro de 1922. O mesmo devemos dizer da somma a pagar pelo desapropriante ou pelo responsavel em caso de deterioração ou perecimento, pois que os §§ 1.º e 2.º do art. 762, do Codigo Civil se applicam aos direitos reaes de garantia, em geral.

O credor hypothecario poderá assumir a responsabilidade do pagamento das prestações ou annuidades do seguro (decreto citado, art. 17, § unico).

O navio brasileiro onerado de hypotheca está inhibido de ser afretado, arrendado ou, por qualquer modo em-

pregado no serviço de nação estrangeira. A mudança de nacionalidade não prejudica os direitos existentes sobre o navio (decreto citado, art. 19 e seu parágrafo).

i) Como direito real, o do credor por hypotheca de navio prefere a qualquer outro, exceptuados os impostos federaes, custas e despezas judiciaes; e, ainda: a) os creditos resultantes do engajamento do capitão, tripulação e pessoal de bordo; b) a indemnização devida por salvamento; c) a contribuição ás avarias communs; d) as obrigações assumidas pelo capitão fóra do porto do registro, para as necessidades reaes de conservação do navio ou continuação da viagem; e) as indemnizações devidas em razão de abalroamento ou outro qualquer accidente de mar.

Quanto ao privilegio concedido á indemnização por accidente no trabalho, reporto-me em que ficou dito no § 90, n. III, deste volume.

§ 169

DA HYPOTHECA DE NAVIO PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

I. Apesar da tendencia do direito internacional marítimo para a universalização de suas normas, não alcançam ellas completa uniformidade e a lei do pavilhão do navio prevalece, geralmente, porque elle tem uma especie de personalização, apesar de coisa movel, e se lhe attribue, como predicado essencial, uma nacionalidade (1), de on-

(1) *Meu Direito internacional privado*, § 65.

de resulta que a lei do seu pavilhão é a que o rege, de modo geral.

II. Não havendo convenção internacional, que disponha em contrario, regular-se-ão pela lei brasileira:

1.º Os contractos de hypotheca de navios ajustados ou realizados por brasileiros em paiz estrangeiro, quando exequíveis no Brasil;

2.º As obrigações contrahidas em paiz estrangeiro, quando relativas ao regimen hypothecario brasileiro (decreto n. 15.788, de 8 de Novembro de 1922, art. 7.º).

Esses dispositivos são applicações do art. 13 da Introdacção ao Codigo Civil, que dispõe no seu parographo unico: *Sempre se regerão pela lei brasileira:*

a) Os contractos ajustados em paizes estrangeiros quando exequíveis no Brasil; b) as obrigações contrahidas entre brasileiros, em paiz estrangeiro; c) os actos relativos a immoveis situados no Brasil; d) os actos relativos ao regimen hypothecario brasileiro.

Embora ahi se diga — *sempre se regerão pela lei brasileira*, não está impedido o Brasil de concluir convenções modificadoras dessas normas. Os tratados depois de approvados e de trocadas as ratificações, são leis; e a lei posterior pode annullar a anterior.

II. A hypotheca de navio brasileiro, constituida fóra do paiz, deve constar de escriptura publica, lavrada pelo consul brasileiro do logar do contracto, e ser inscripta, dentro de sessenta dias, na repartição encarregada do registro naval competente (decreto citado, art. 9.º, pr.).

O proprietario do navio (ou o credor hypothecario) poderá, tres dias depois da assignada a escriptura, requerer averbação provisoria, no registro do navio, declarando a importancia da divida, os juros, o logar do contracto, a epoca e o logar do pagamento. Essa averbação imprime á hypotheca o character de direito real, até á inscripção defi-

nitiva, que se ha de effectuar dentro do prazo acima indicado (decreto citado, art. 9.º, § 1.º).

O credor não necessita de autorização do proprietario para requerer a inscripção e a ratificação da averbação (artigo citado, § 2.º).

As regras do direito internacional privado applicaveis á hypotheca de navios, contidas no Codigo Bustamante, são as seguintes:

Art. 278 — A hypotheca maritima e os privilegios e garantias de character real, constituídos de accordo com a lei do pavilhão, têm effeitos extraterritoriaes até nos países cuja legislação não conheça ou não regule essa hypotheca ou esses privilegios.

Art. 279 — Sujeitam-se tambem á lei do pavilhão os poderes e obrigações do capitão e a responsabilidade dos proprietarios e armadores pelos seus actos.

CAPITULO XIV

DA HYPOTHECA DE AERONAVE (1)

§ 170

DA AERONAVE, SEU CONCEITO E SUA NACIONALIDADE

Aeronave, segundo a definição legal, é todo aparelho que, apto a effectuar o transporte, possa ser elevado e dirigido no espaço (Codigo brasileiro do art. decreto-lei n. 483, de 9 de Junho de 1938, art. 8.º).

(1) Legislação anterior ao Codigo do ar: decreto n. 16.983, de 22 de Junho de 1925; decreto n. 19.902, de 22 de Abril de 1931: dispõe sobre a criação e a organização do departamento da aeronautica civil; decreto n. 20.914, de 6 de Janeiro de 1932: regula a execução de serviços aereos.

Hoje temos o Ministerio da aeronautica, creado pelo decreto-lei numero 2.961, de 20 de Janeiro de 1941 e organizado pelo decreto-lei numero 3.730, de 18 de Outubro de 1941.

— *Bibliographia nacional*: HUGO SIMAS, *Codigo brasileiro do ar anotado*, 1939 (Livraria Freitas Bastos); CARNEIRO DE CAMPOS, *Direito publico aereo*; JOSÉ MATOS DE VASCONCELLOS, *Direito administrativo*, I, ps. 244-251; H. ACCIOLY, *Direito internacional*, ns. 954 e segs.; V. DE

As aeronaves são publicas ou privadas.

Consideram-se publicas as militares e as que forem utilizadas pela União ou pelos Estados em serviço publico. Todas as demais são consideradas aeronaves privadas (Codigo do ar, art. 19). São estas ultimas, que agora nos interessam, por serem as susceptiveis de hypotheca voluntaria.

A nacionalidade da aeronave é determinada pelo registro de matricula, onde se acha regularmente inscripta (art. 20). São brasileiras as aeronaves privadas inscriptas no Registro Aeronautico Brasileiro, que forem propriedade exclusiva de brasileiro, ou de pessoa juridica brasileira, com séde no Brasil, com gerencia exclusivamente confiada a brasileiros e um terço, pelo menos, do capital social pertencente a brasileiros, aqui domiciliados (art. 22). As aeronaves privadas devem conter signaes distintivos de sua matricula, permitindo-lhes a identificação durante o vôo (art. 23) (2).

Esses dispositivos geraes do Codigo do ar correspondem aos geralmente adoptados pelos povos cultos, como, aliás, é natural, dado o character de universalização, proprio do meio, por onde vôam as aeronaves, a atmospherá,

LAMARE, *Organizações aereas; o meu Direito publico internacional*, II, § 212.

— O anteprojecto do Codigo do ar, elaborado pela 8.^a Sub-comissão Legislativa, foi revisto pela Secção brasileira do *Comité Juridique de l'Aviation*, cujo delegado, no Brasil, é o Dr. MOITINHO DORIA, ao lado do qual trabalharam, entre outros ANDRÉ DE FARIA PEREIRA, SABOIA LIMA, CLAUDIO GANS, PHILADELPHO AZEVEDO, OCTAVIO NASCIMENTO BRITO, BENTO RIBEIRO DANTAS, EDMUNDO DE OLIVEIRA (Consultor tecnico). As reuniões se realizaram na sala da Sociedade de Direito internacional do Palacio Itamaraty.

(2) Commentando este artigo do Codigo do ar, HUGO SIMAS expõe como é composta a marca de nacionalidade brasileira em combinação com a de matricula.

que envolve a terra, sem solução de continuidade, comum a todos os povos.

Ha, certamente, no ar, como nos mares, uma zona contigua ao territorio das Nações, a qual deve ficar sob a acção immediata de sua soberania, para os effeitos da jurisdicção e do policiamento. Essa circumstancia impõe a necessidade de combinar a unidade atmospherica e a particularidade territorial, o que imprime ao direito da navegação aerea um lado internacional e outro nacional.

§ 171

DA HYPOTHECA DA AERONAVE NO DIREITO PATRIO

I. O contracto de hypotheca de aeronave celebra-se por escriptura publica, devendo, para assumir a categoria de direito real, ser inscripta no Registro Aeronautico Brasileiro e averbada na respectiva matricula (Codigo do ar, art. 137) (1). Como a hypotheca do navio, a da aeronave exige, sendo sempre convencional, escriptura publica, qualquer que seja o valor da obrigação por ella garantida.

O registro aeronautico é um só, em todo o paiz; delle colhe o credor hypothecario todas as informações referentes á aeronave; quem é o proprietario, qual o valor da

(1) O Registro Aeronautico Brasileiro foi instituido pelo decreto n. 20.914, de 6 de Janeiro de 1932, art. 21, a cargo do Departamento da Aeronautica Civil e tendo por fim o registro obrigatorio das aeronaves, nelle tambem se fazendo, obrigatoriamente, a averbação da transferencia de propriedade e de quaesquer actos de constituição, alteração ou renuncia de direitos reaes sobre aeronaves. A Aeronautica Civil, porem, foi extincta pelo decreto-lei n. 8.561, de 17 de Janeiro de 1942, em virtude da criação do Ministerio da Aeronautica, e o serviço de registro de aeronaves já passou a ser superentendido pela Directoria de Aeronautica (decreto-lei n. 3.730, de 18 de Outubro de 1941, art. 7, § 8.º).

machina, e quaes as suas características. Aceita, assim, a hypotheca, tendo conhecimento exacto da operação. E a elle proprio é permittido requerer a inscripção da hypotheca, independentemente de autorização do proprietario (1).

II. A aeronave hypothecada no Brasil não pode ser transferida para o exterior, sem conhecimento expresso do credor (Codigo do ar, art. 138).

Differe este dispositivo do que determina, para o navio brasileiro, objecto de contracto hypothecario, o decreto n. 15.785, de 8 de Novembro de 1922, art. 19. O navio hypothecado não pode ser afretado, arrendado ou empregado, de querquer modo, no serviço de Nação estrangeira. O Codigo do ar não se refere a esses actos e sim, á transferencia para o exterior, que, aliás, os abrange; mas os faculta, desde que nelles consinta o credor.

III. Em caso de perecimento ou desapropriação, a hypotheca recahirá sobre a indemnização paga pelo causador do damno, pelo segurador ou pelo desapropriante (Codigo do ar, art. 139). E' esse um preceito geral, applicavel a todos os direitos reaes de garantia, como se vê do art. 762, IV e V, §§ 1.º e 2.º do Codigo Civil. Dá-se, nesses casos, subrogação legal, que actua, independentemente de aviso ou interprellação; mas é claro que a situação do credor, quanto ao exercicio do seu direito, é a mesma, visto como o que a lei determina é a subrogação da coisa perecida ou desapropriada no preço pago. Sobre a indemnização recahirá o executivo hypothecario.

IV. O Codigo do ar, art. 146, manda applicar, subsidiariamente, á hypotheca de aeronave, os dispositivos da legislação civil sobre essa materia. Evitou, assim, a lei repetições ociosas de normas communs ao regimen hypo-

(1) HUGO SIMAS, *Codigo do ar*, n. 264, por analogia do estabelecido para a hypotheca de navio.

thecario; e as lacunas preenchem-se com as normas pre-existentes, que se adaptem á especie.

E', portanto, accetivel a opinião de HUGO SIMAS, quando affirma que "tem inteira applicação á hypotheca aeronautica", a disposição do art. 17, paragrapho unico, do decreto n. 15.788, de 8 de Novembro de 1922, que confere ao credor hypothecario o direito de assumir a responsabilidade pelo pagamento das prestações ou annuidades do seguro (2).

As hypothecas organizadas depois do Codigo Civil, a naval e a aeronautica, estão submettidas ás regras geraes referentes aos direitos reaes de garantia e, mais particularmente, ás reguladoras da hypotheca. Dadas as analogias existentes entre a navegação por agua e a do ar, é natural que a esta ultima se estenda um preceito da anterior, desde que a isso não se opponha a lei, nem a natureza dos objectos, nem alguma particularidade propria do meio, que atravessa o navio ou o apparelho da nevegação aerea.

V. O art. 140 do Codigo do ar corresponde ao art. 20 do decreto n. 15.788, de 8 de Novembro de 1922, que rege a hypotheca de navio. Mas não são identicos esses dispositivos.

O Codigo do ar, no art. citado, estatue:

"O credito hypothecario prefere a quaesquer outros, com excepção dos seguintes: a) despezas judiciais ou destinadas á conservação da aeronave, até á venda judicial; b) indemnizações devidas pela assistencia ou salvamento; c) taxas pela utilização do aeroporto, ou de serviços accessorios ou complementares da navegação aerea; d) gastos effectuados pelo commandante da aeronave, em virtude de seus poderes legaes, quando indispensaveis para a continuação da viagem".

Não se mencionam os impostos federaes, que não foram esquecidos pelo decreto n. 15.785, de 1922. Have-

(2) *Op. cit.*, n. 277.

rá, realmente, intenção de afastar o privilegio da Fazenda Federal? Inclino-me a admittir que houve omissão, e que esta se preencherá com o disposto no art. 20 do citado decreto de 1912.

Os privilegios, que preferem ao credito hypothecario aereo, só prevalecem até seis mezes depois de sua constituição, applicando-se, todavia, em qualquer caso, os preceitos, que regulam a fallencia ou o concurso de credores (Codigo do ar, art. 141).

VI. A aeronave, que pertencer a mais de um proprietario não poderá ser hypothecada, sem o consentimento expresso de todos os condominos (Codigo do ar, art. 144).

Este dispositivo reproduz o preceito expresso no artigo 16 do decreto n. 15.788, de 8 de Novembro de 1922.

Consideram esses mandamentos indivisivel o proprio objecto da hypotheca, o navio e a aeronave, como economica e juridicamente são, ao passo que a hypotheca de immoveis considera indivisivel é o onus hypothecario. Por isso, o art. 757, do Codigo Civil determina: "A coisa common a dois ou mais proprietarios não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode, individualmente, dar em garantia real a parte, que tiver, se fôr divisivel a coisa, e só a respeito dessa parte vigorará a indivisibilidade da garantia" (3). Esta segunda parte do artigo não pode applicar-se ao navio, nem á aeronave, que a lei, para os effeitos da hypotheca, declara indivisiveis, aliás attendendo á natureza desses objectos.

A providencia, não obstante, é louvavel, porque evita muitas duvidas, que o dispositivo do Codigo Civil tem suscitado, e talvez, pudessem estendel-a ás naves do mar e do ar.

(3) V. o § 93 deste volume.

VII. O proprietario da aeronave hypothecada poderá constituir, sobre esta, outras hypothecas, que obedecerão á ordem da inscripção (Codigo do ar, art. 143).

E' preceito geral estabelecido para a hypotheca de immoveis (Codigo Civil, arts. 812 e 813). Devendo as hypothecas obedecer à ordem da inscripção, segue-se que as subhypothecas não podem ser executadas, antes de vencida a primeira, como determina o Codigo Civil (artigo 813), e cada uma dellas antes de vencida a anterior.

Vencida a hypotheca anterior, a que se lhe seguir, na ordem da inscripção, será executavel; mas, com essa execução, não se annulla a prelação do credor hypothecario anterior, pois que o numero de ordem determina a preferencia (Codigo Civil, art. 833, paragrapho unico (4)).

No caso de insolvencia do devedor, dar-se-á concurso de credores (Codigo Civil, arts. 813 e 1.554). Não se considera insolvente o devedor por faltar ao pagamento de obrigações garantidas por hypothecas posteriores á primeira.

§ 172

DA HYPOTHECA DE AERONAVE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O Codigo Bustamante, no art. 278, estatue:

"A hypotheca maritima, os privilegios e as garantias de caracter real, constituídos de accordo com a lei do pavilhão, têm effeitos extraterritoriaes, até nos paizes cuja

(4) Veja-se o § 142, deste volume.

legislação não conheça ou não regule essa hypotheca ou esses privilégios”.

Esse artigo pertence ao capítulo primeiro, intitulado *dos navios e aeronaves*, do título terceiro, que se inscreve: *Do commercio marítimo e aereo*. Resulta desses preceitos communs aos navios e aeronaves, que o art. 278 tem applicação á hypotheca e privilégios da aeronave.

Aliás, o art. 282 assim o declara: “As precedentes disposições deste capítulo applicam-se, também, às aeronaves. Portanto, o assento legal do regimen hypothecario aereo se encontra na lei do pavilhão, tal como o da hypotheca marítima; o da hypotheca de immoveis é a lei do paiz de cujo territorio elles são partes integrantes. Assim, quando se trata de hypotheca sobre immoveis situados no Brasil, ou sobre navios ou aeronaves brasileiras, a lei reguladora é a brasileira, que é a territorial e a do pavilhão.

CAPITULO XV

DA HYPOTHECA DE VIAS FERREAS (1)

§ 174

DA NATUREZA JURIDICA DA VIA FERREA

I. A via ferrea é, juridicamente, um immovel composto, comprehendendo o solo sobre o qual assentam os trilhos, a zona marginal, a superstructura metallica, os edificios destinados ás estações, o material rodante, formando uma unidade pelo fim, a que se destina.

A sociedade, que a explora, é proprietaria do solo, quer seja concessionaria, quer se utilize de terras nacionaes, quer obtenha essas terras por desapropriação. O solo é o elemento principal, tudo mais é accessorio, ligado ao solo pela industria do homem.

(1) DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 31 a 33; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 135; MARTINHO GARCEZ, *Direito das coisas*, § 378; A. D. GAMA, *Da hypotheca*, ns. 152 e segs.; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 218; JOSÉ MATTOS DE VASCONCELLOS, *Direito administrativo*, II, ps. 91 e segs.; GUILLOUARD, *Des privilèges et hypothèques*, II, n. 259; AUCOC, *De l'hypothèque sur les chemins de fer*.

Pode desdobrar-se em ramaes e cada ramal poderá destacar-se da linha principal, a fim de constituir uma unidade independente, que poderá alienar-se em separado, ou supportar onus real de garantia.

II. As estradas de ferro podem ser de *propriedade* da União, das Estados ou dos Municípios e de *concessão* dessas mesmas entidades. As da primeira classe ou são administradas, directamente, pelas entidades proprietarias, ou arrendadas. As de concessão são administradas pelas empresas concessionarias (1).

Ha tambem as particulares, construidas em terras do dominio particular, que estão egualmente sujeitas ás medidas administrativas, no interesse da segurança publica e da collectividade em geral, que possa ser lesado. São bens particulares, aos quaes não se applicam as normas adeante expostas com relação ás vias ferreas, que realizam serviço publico.

§ 175

DAS PARTICULARIDADES DA HYPOTHECA DE ESTRADA DE FERRO

I. Destacou o Codigo Civil a estrada de ferro entre os immoveis, como objecto de hypoteca, sem duvida, pelo alto valor economico e social dessas vias de transpor-

(1) Vejam-se: JOSÉ MATTOS VASCONCELLOS, *Direito administrativo*, II, ps. 91 e segs., e CLDOMIR PEREIRA DA SILVA, *Política e legislação de estradas de ferro*.

te, mas ainda, e principalmente, pela necessidade de attender ao serviço publico a ellas confiado, e ás particularidades que contêm.

II. Os credores hypothecarios não podem intervir na exploração da linha ferrea, nem contrariar as modificações que a administração deliberar estabelecer no leito da estrada, em suas dependencias, ou no seu material (Codigo Civil, art. 853); cabe-lhes, porem, oppor-se á venda da estrada, á de suas linhas, de seus ramaes, ou de parte consideravel do seu material de exploração, bem como á fusão com outra empresa, sempre que a garantia do debito lhes parecer com isso enfraquecida (art. 854).

Cria o lei, assim, direito excepcional, em favor dos credores hypothecarios de estrada de ferro. Nas outras hypothecas, se o bem hypothecado se desvaloriza, desfalcando a garantia e esta não se reforça, a divida se considera vencida (Codigo Civil, art. 762); e os credores não se acham autorizados a impedir a alienação do bem gravado, porque nos direitos de sequela e de preferencia encontram a segurança do seu credito. Razões poderosas, como a função social das vias ferreas, que se propõem a realizar um serviço publico, o transporte á distancia de pessoas e mercadorias, e a propria natureza dessas construcções fundamentam a particularidade apontada da hypotheca de vias ferreas, em virtude da qual os credores têm a faculdade de se opporem á venda, não somente da linha principal, como dos ramaes, e tambem á fusão da via ferrea com outra.

III. Nas execuções das hypothecas de estradas de ferro, não se passará carta ao maior licitante, nem ao credor adjudicatario, antes de se intimar o representante da Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, segundo a concessão da estrada fôr da União, de Estado ou de Municipio, para, dentro de quinze dias, utilizar a sua preferen-

cia, pagando o preço da arrematação ou adjudicação (Codigo Civil, art. 855).

O Codigo de Processo Civil, arts. 953 a 956 refere-se á penhora de vias ferreas e outras emprezas de serviço publico, determinando que ella se faça sem prejuizo da sua funcção, para o que será nomeado depositario um dos administradores, que ficará sob a fiscalização do juiz, a quem prestará contas.

O interesse publico apoia essas disposições. Além disso, ha que considerar o seguinte. As estradas de ferro construidas em terras publicas, ou desapropriadas de particulares, acham-se sob o dominio resoluvél das emprezas concessionarias, mas reverterão à entidade concedente, findo o prazo da concessão. Attendendo a essa reversão futura e aos grandes interesses do collectividade, ligados à via ferrea, o Codigo Civil confere á União, ao Estado e ao Município, o direito de remir a estrada pelo preço da arrematação ou adjudicação.

Sem audiencia do representante da Fazenda Publica respectiva, será nulla a carta de arrematação ou a de adjudicação; e, não obstante realizado um ou outros desses actos de transferencia do immovel executado, a Fazenda Publica poderá exercer o seu direito de preferencia, pagando o preço fixado.

IV. Tambem relativamente á inscripção, é de notar-se que essa formalidade se executará no Município da estação inicial (Cod. Civil, art. 852), ainda que a estrada percorra varios municipios. Quando a hypatheca é de um ramal, a inscripção se fará tambem no Município da primeira estação da estrada principal, e não no do entroncamento do ramal.

§ 176

DAS EMPREZAS DE BONDES URBANOS

I. As empresas de bondes ou carris urbanos têm apenas a concessão para uso e gozo da superfície, por onde se estendem as suas linhas e construcções annexas. Não são proprietarios do solo, a que adherem as linhas.

Esta opinião sustentada por LACERDA DE ALMEIDA, que adoptei nos meus commentarios ao Código Civil e a que adheriu DIONYSIO GAMA (1), é combatida por AFFONSO FRAGA, apoiado em ESTEVAM DE ALMEIDA, cujo parecer foi accedido por TITO FULGENCIO (2).

O illustrado professor e eximio civilista, que foi ESTEVAM DE ALMEIDA, fundamenta o seu parecer na analogia, invocando o principio de que onde houver a mesma razão deve haver a mesma disposição. *Ubi eadem est legis ratio eam debet esse legis dispositio.*

Entendo que não tem applicação ao caso o principio invocado. Lembra o douto jurista a hypotheca do dominio util e a de minas, nas quaes a coisa hypothecada assenta em outra alheia. Mas o dominio util é uma figura destacada dos direitos reaes, declarados no Código Civil. O solo é alheio, mas o direito real do emphyteuta é uma entidade juridica á parte, perfeitamente distincta do dominio directo, que tem alguma coisa de abstracto, pois so-

(1) LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 135, pags. 202 a 204; AFFONSO DIONYSIO GAMA, *Da hypotheca*, ns. 152 e segs.; meu *Código Civil commentado*, obs. 2 ao art. 852.

(2) AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 218; ESTEVAM DE ALMEIDA, *Parecer* publicado na *Revista dos Tribunaes* de São Paulo, vol. 49 e transcripto no *Direito hypothecario* de TITO FULGENCIO, p. 14 *in fine*.

mente se faz sentir em certas circumstancias e é resgatavel. Os trilhos dos bondes urbanos assentam-se nas ruas e praças das villas e cidades, ruas e praças, que são coisas inalienaveis, coisas communs, pertencentes ao povo e administradas pelas Municipalidades. Entram na primeira classe dos bens publicos, segundo a enumeração do Codigo Civil, art. 66: — *Os de uso commum do povo, taes como os mares, rios, estradas, ruas e praças.*

A differença é manifesta. O dominio util é direito real sobre coisa aheia, e o direito das emprezas de carris urbanos, não, porque, em nosso direito civil, não ha outros direitos reaes além dos mencionados no art. 674 do Codigo Civil. O dominio util é um direito real considerado hypothecavel segundo a enumeração do art. 810 do Codigo Civil; e o direito sobre os trilhos dos bondes urbanos nem se considera real sobre coisa alheia, porque esses trilhos se estendem sobre coisa inalienavel, que não supporta onus, nem se acha enumerados entre as coisas hypothecaveis.

Os accessorios dos immoveis, como os carris urbanos, são hypothecaveis, mas juntamente com elles. E' necessario, pois, que o immovel seja hypothecavel, para, com elle, supportarem o onus e seus accessorios. Se, no entanto, o immovel não puder ser hypothecado em virtude de ser inalienavel (Cod. Civil, art. 756), os accessorios seguem a sua condição. Ruas e praças não são hypothecaveis; consequentemente os carris urbanos, accessorios dos logradouros publicos são estranhos ao regimen hypothecaria brasileiro.

Quanto á mina, tambem a differença é manifesta.

A mina, jazida em lavra, é bem immovel, separado e não parte integrante do solo (Cod. de minas, art. 1.º, § 1.º). Não ha ahí direito real sobre coisa alheia; ha direito de propriedade. O dono do solo goza apenas de pre-

ferencia para explorar a jazida ou receber uma porcentagem. A propriedade é da União (3).

Antes da Constituição de 1934, as minas pertenciam aos donos da terra, onde existiam. Também a esse tempo, as minas não constituíam objecto de direito real sobre coisa alheia. Eram alienáveis e hypothecáveis como porção do terreno, que o proprietário destacava do todo. Depois de alienada, por convenção ou execução, seria propriedade do adquirente, o que ocorreria, igualmente, se, em vez de mina, o proprietário das terras alienasse um trecho destas ou o desse em hypotheca, fixando-lhe os limites e caracteres.

II. Podem, sem duvida, as empresas de carris urbanos hypothecar os edificios, que construirẽ para complemento do seu serviço de transporte, como lhes é facultado emittir debentures, tal como as outras sociedades anõnymas.

Podem alienar os seus edificios, porque não constituem um todo, edificio e trilhos, como acontece com as estradas de ferro. E não constituem um todo, porque os seus trilhos assentam em solo inalienavel.

O direito das companhias de carris urbanos sobre o solo das ruas e praças é um direito innominado, semelhante ao usufructo, não tendo, porem, character de real. Sem duvida, os trilhos lhes pertencem, mas não os podem hypothecar, nem separados do solo, nem unidos a elle. Emquanto estiverem ligados ao solo, porque sem este perdem a sua finalidade e são coisas moveis; e com o solo, porque a rua não lhes pertence, nem a ninguem individualmente. A propria Municipalidade não a pode alienar.

A estrada de ferro não se hypotheca separada do solo; mas o solo é della, emquanto perdura a concessão, e

(3) V. o § 42 deste livro, vol. I.

com ella se hypotheca. O ferro carril, se o querem assimilar, juridicamente, á estrada de ferro, tambem não poderia ser hypothecada fóra do solo; mas, egualmente, com o solo não o pode, porque este é inalienavel por natureza e por disposição expressa de lei.

CAPÍTULO XVI

DA INSCRIÇÃO DA HYPOTHECA (1)

§ 177 2

NOÇÃO GERAL DA INSCRIÇÃO HYPOTHECARIA. DADOS HISTÓRICOS E IMPORTANCIA

I. *Inscrição hypothecaria é a declaração no registro de immoveis, nos officios privativos e registro de contractos maritimos, ou no Registro Aeronautico, segundo o*

(1) Capítulo XV — LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 174; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 199 a 215 e 253 a 255; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, §§ 98 a 108; A. DIONYSIO GAMA, *Da hypotheca*, ns. 42 e segs.; MARTINHO GARCEZ, *Direito das coisas*, §§ 359 e segs.; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, pags. 96 e segs.; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 145 e segs.; LAURENT, *Cours*, IV, n. 516; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 2.940 a 2.985; PLANIOL et RIPERT, *Droit civil français*, XIII, ns. 696 e segs.; HUC, *Commentaire*, XIV, ns. 251 a 281; AUBRY et RAU, *Cours*, II, §§ 267 e segs.; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, II, ns. 723 a 837; GUILLOUAR, *Des privilèges et hypothèques*, III, ns. 1.041 a 1.045 e 1.101 a 1.262; FERON, *Publicité des droits réels*, Introdução e parte terceira; ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, §§ 47 a 66; CHIRONI, *Istitutioni*, I, § 221; VELEZ SANSFIELD, nota ao art. 2.303 do Código Civil argentino; SALVAT, *Derechos reales*, II, ns. 2.312-2.361.

objecto da hypotheca, do vinculo hypothecario. a que está sujeito determinado bem e por quanto tempo (1-a).

II. Segundo BEAUCHET (2), a lei grega antiga consagrava disposições para a segurança das mutações da propriedade e para a constituição dos direitos reais. Quanto á publicidade da hypotheca, havia grande variedade, a legislação era, por assim dizer, regional. Em algumas cidades, o contracto hypothecario, como o de venda, devia ser proclamado por um arauto, durante cinco dias, para ser confirmado. Em outras, o registro das vendas de immoveis, indicavam as hypothecas dos mesmos. Quanto a um registro especial de hypothecas, propavelmente, existiu em alguns logares, pois THEOPHRASTO dizia: "por toda a parte, onde se achar estabelecida a inscripção das propriedades e dos contractos, é facil saber se os bens são livres ou onerados e se o vendedor é, realmente, o proprietario". Em Athenas, era nos proprios terrenos que se assignavam as hypothecas, dando-lhes publicidade por esse modo.

Em Roma não existia a formalidade da inscripção para a hypotheca, visto como nenhuma particularidade especial era exigida para a sua constituição. A forma escripta era apenas usada para facilitar a prova (3).

III. No § 135, affirmou-se que os principios fundamentaes de um bom regimen hypothecario eram a *especialidade* e a *publicidade*. Toda hypotheca é especial ou especializada. E' especial a que se funda em contracto; es-

(1-a) § 177 — Codice Civil, art. 835; decretos n. 15.788, de 8 de Novembro de 1922; n. 15.809, de 11 de Novembro do mesmo anno; Codice do ar, art. 137; MELCHIADES PÍCANÇO, *Registros Publicos*, decreto n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939, com as alterações feitas pelos decretos n. 5.318, de 29 de Fevereiro de 1940 e 5.553, de 6 de Maio do mesmo anno.

(2) *Histoire du droit privé de la republique athénienne*, III, ps. 345 e seguintes.

(3) CUQ, *Institutions juridiques des romains*, II, ps. 305 a 306.

pecializadas são as legaes e a judiciaria. Egualmente é formalidade substancial do direito real de hypotheca a inscripção, no registro de immoveis, para as hypothecas sobre immoveis e nos registros especiaes, para as de navio e aeronaves. E' pela inscripção que a hypotheca se torna publica e a publicidade pelo registro lhe confere os attributos da prevalencia *erga omnes*, da sequela e da preferencia, que lhe são proprios e sem os quaes haverá mero contracto, vincuo pessoal entre as partes.

E' o que declara o Codigo Civil, art. 848, attendendo aos dois momentos da formação da hypotheca, o *contracto* ou *facto*, momento creador, e a inscripção, formalidade, transformadora da obrigação em direito real.

As hypothecas somente valem contra terceiros, desde a data da inscripção, Emquanto não inscriptas, as hypothecas só subsistem entre as partes contractantes.

E' este o principal effeito da inscripção. Elle, por si somente, evidencia a importancia dessa formalidade. Corresponde ella á transcripção, modo de adquirir immoveis pelo registro do titulo translativo da propriedade; como constitue *prova* sufficiente e insubstituivel (do direito real, emquanto por sentença não fôr declarada nulla; dá *publicidade*, porque o registro está á disposição de quem o deseje consultar, e o que nelle está inscripto se suppõe conhecido de todos; e *legaliza* o acto pela fé publica do official do registro e pelo direito, que a este confere a lei, de examinar o titulo trazido a registro e de levantar duvidas, que serão submittidos á apreciação do juiz.

IV. Outros effeitos da inscripção:

a) A inscripção da hypotheca fixa-lhe a data. As hypothecas somente valem contra terceiros, desde a data da inscripção, preceitua o art. 848, primeira parte, do Codigo Civil. E' desde esse momento que ella se considera direito real, valendo *erga omnes*, e é provida de acção executiva.

(b) Imprimindo-lhe o character de direito real de garantia, a inscrição provê a hypotheca do direito de sequella e de preferéncia, assim como de acções adequadas.

(c) Estabelece entre os direitos reaes transcriptos e as hypothecas inscriptas, a ordem de preferéncia.

V. Não pode, entretanto, a inscrição sanar os vícios do título gerador da hypotheca. Por acção competente annulla-se o registro, como se annulla o próprio título. Se o vício é somente da inscrição, a sua nullidade não acarreta a do título, que pode ser submettido a outro registro; se o título é que é defeituoso, a sua nullidade importa a da inscrição.

§ 178

LEGISLAÇÃO COMPARADA

I. Referem PLANIOL-RIPPERT et BECQUÉ as difficuldades que surgiram para a inserção do princípio da publicidade do *Código Civil francez*. Submettido o Projecto aos tribunaes, a maioria se manifestou contra o novo systema. Afinal o princípio se acha consignado nesse corpo de leis, porem incompletamente (1). As hypothecas legaes da mulher casada e do interdicto dispensavam a inscrição.

Em 1918, instituiu-se um serviço administrativo especial, para a conservatoria das hypothecas, "eincarregado de conservar os documentos relativos á constituição dos direitos e de apresentar ao publico extractos analyticos, denominados *états*" (2). Finalmente sobreveio a reforma de:

(1) (2) e (3) *Traité pratique de droit civil français*, XII, *Suretés réelles*, ms. 695 e 696. Na Alsacia e na Lorena vige o systema germanico.

1921, completando a de 1855, que havia estabelecido o regimen da transcrição. A inscrição se faz por extractos e indica somente as clausulas do contracto, que podem interessar aos terceiros. Nisto differe da transcrição, que reproduz, integralmente, o teor do acto (3).

II. O *Codigo Civil italiano* occupa-se da inscrição hypothecaria nos arts. 1 981 e seguintes. Pela inscrição no officio do logar da situação dos bens gravados, a hypoteca se torna publica, vale dizer — conhecida por todos. O systema italiano melhorou o francez, mas ainda conservou as falhas proprias do regimen.

Com a volta de Trento e Trieste ao dominio da Italia, ha no direito hypothecario desse paiz dois systemas: o germanico para as duas mencionadas regiões e o latino para as outras províncias do reino (4)

III. O *Codigo Civil portuguez*, arts. 949 e seguintes introduziu uma reforma no regimen da propriedade predial, instituindo um registro para a segurança e publicidade dos direitos reaes. Ha nelle a secção destinada á inscrição das hypothecas, formalidade a que estão sujeitas todas as hypothecas, sem distincção

O registro é feito na conservatoria, em cujo districto está situado o predio, a que elle tem de servir, sob pena de nullidade (art. 950) A prioridade das inscrições é determinada pela data, em que são feitas (art. 956). Os registros são lavrados por extracto, no livro competente, ao passo que forem requeridos (art. 958). Além do registro definitivo, ha o provisório, que se mantem durante um anno para conservar a prioridade, emquanto não se averba o definitivo (arts. 973 e 974). O registro das hypothecas, contraídas em paiz estrangeiro, só pode ser

(4) V. STOLFI, *Diritto civile*, vol. II, terceira parte, *Droit reali di garanzia*, ns. 729 e segs..

feito no paiz, achando-se o respectivo titulo devidamente legalizado (art. 979)

IV. *Codigo Civil hespanhol* — E' indispensavel, para que a hypotheca se considere validamente constituida, que o seu titulo seja inserto no Registro da propriedade(art. 1875). A hypotheca submete, directa e immediatamente, os bens, sobre que se impõe, qualquer que seja o seu possuidor, ao cumprimento da obrigação, para cuja segurança foi constituida.

V. *Codigo Civil argentino* — A hypotheca deve ser registrada em um officio publico destinado á constituição de hypothecas ou ao seu registro (art. 3134). A hypotheca somente prejudica os terceiros depois de tornada publica pela inscripção; porem as partes contractantes, seus herdeiros e os que intervieram no acto não se podem prevalecer da falta de inscripção, e, a respeito dessas pessoas, a hypotheca, lavrada em escriptura publica, se considera registrada (art. 3135). A hypotheca deve ser registrada, dentro dos seis dias seguintes á sua outorga, para que valha contra terceiros (art. 3137). Para fazer-se o registro, ha de ser apresentado ao official publico o primeiro traslado da escriptura da obrigação, quando não tiver sido lavrada no mesmo officio (art. 3138).

§ 179

DA ESPECIALIZAÇÃO

I. Já o § 135 deste livro se referiu á especialização como um dos modos, pelos quaes o regimen hypothecario satisfaz á necessidade de segurança da garantia real das

obrigações. Volta-se ao assumpto por ser a especialização acto preparatorio da inscripção das hypothecas legaes e judiciaes. A convencional é especial: não tem que obter essa qualidade, que lhe é consubstancial.

Tem por fim a especialização fixar o valor da responsabilidade do devedor e designar, com precisão, o objecto ou objectos destinados a assegurar o implemento da obrigação

A consolidação dos decretos, que regulam os registros publicos estabelecidos pelo Codigo Civil, declara em seu art. 263: "A hypotheca legal será especializada para a determinação do valor da responsabilidade e da designação dos immoveis, de accordo com o disposto nas leis processuaes, devendo constar sempre do titulo os requisitos exigidos para o registro"

O decreto n.º 370, de 2 de Maio de 1890, arts. 139 a 170, regulava, minuciosamente, o processo da especialização das hypothecas; hoje o regula o Codigo do Processo Civil, arts. 697 a 703, que lhe mantem os traços geraes

A especialização será requerida pelo responsavel, que a instruirá com o documento em que se fundar a estimação da responsabilidade e com a prova do dominio, livre de onus, do immovel offerecido em garantia (art. 697)

O Codigo Civil, arts. 839 e seguintes indica as pessoas obrigadas a requerer a especialização, que, nem sempre são as responsaveis pelo pagamento da obrigação. E, como o interessado directo poderá deixar de requerer a especialização, o Codigo Civil considera interessadas outras pessoas. Assim, no caso de não cumprir o marido esse dever legal, em relação aos bens da mulher, pode ella mesma requerer a especialização, como ainda qualquer dos seus parentes successiveis; e, no caso do bem proprio da mulher proceder de doação, cabe ao doador substituir o marido faltoso, a fim de que a formalidade da especialização não deixe de ser executada (art. 839, § 2.º). Se o

pae, a mãe, o tutor ou o curador é que incorrem nessa falta, requererá a especialização, nesse caso, o representante do Ministério Público (art. 840)

Sendo os interessados no cumprimento desta formalidade, os mesmos que tem de requerer a inscrição da hypotheca legal, serão adiante, particularmente indicados

II. O juiz ordenará o arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação do imóvel.

Na hypotheca legal da mulher casada, para garantia do dote, será dispensado o arbitramento do valor, porque este se acha estimado. Se, na escriptura dotal, já se acharem mencionados os imóveis do marido, que devem garantir o dote, pondera CARVALHO SANTOS (1), é dispensavel a avaliação e nelles recahirá a hypotheca legal. Era disposição do regulamento n. 370, de 2 de Maio de 1890, art. 164, que a logica jurídica approva e, naturalmente vigora, como, em seguida, se dirá.

A escriptura do dote, de onde consta a estimação do mesmo e a designação dos imóveis, serve, neste caso, para determinar o valor da responsabilidade e o do imóvel; tomando conhecimento della, o juiz julga a hypotheca especializada e manda proceder á inscrição (2).

O regulamento dos registros publicos, art. 272, attendeu a ponderações de jurisconsultos e completou a providencia, estendendo-a, tambem, a casos analogos, como de vera ser. "Serão considerados especializados, declara o artigo citado, quanto ao valor da responsabilidade, as hypothecas do marido, para garantir o dote estimado na escriptura de pacto antenupcial, ou os bens excluidos da communhão". Esta ultima classe de bens, igualmente ga-

(1) CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil interpretado*, ao art. 698, n. 3 (vol. VIII).

(2) LAFAYETTE, *Direito da coisas*, § 234.

rantidos por hypotheca, acha-se nas mesmas condições do dote, desde que sejam entregues á administração do marido

E' dispensado o arbitramento do valor da responsabilidade, tratando-se de hypotheca em favor da Fazenda Publica, quanto ás fianças fixadas em dinheiro, penas pecuniarias e custas devidamente contadas (3)

III. Considera-se especializada, mediante o formal de partilha, a hypotheca do co-herdeiro. A hypotheca, neste caso, assegura a *torna* e esta tem o seu valor determinado

E' uma norma que o direito patrio estabelecera, ha muito, e que, actualmente, se acha consignada no art. 271 do regulamento dos registros publicos

Esse mesmo dispositivo equipara ao co-herdeiro, para o effeito da hypotheca, os conjuges meeiros, e considera especializada, de accordo com a partilha, o onus ou o direito, que lhes resulte da respectiva hypotheca legal.

IV. Considera-se, ainda, especializada a hypotheca judicial, pela importancia da sentença, se esta for liquida; no caso contrario, apurar-se-á, provisoriamente, o valor da responsabilidade, sem prejuizo do processo de liquidação. E' o que estabelece o regulamento dos registros publicos, art. 274, que, neste particular, diverge do Código Civil, art. 824. Segundo o Código Civil, a hypotheca judicial depende de *inscrição e especialização*, para valer como direito real. Não sendo decretos-leis os que formam o regulamento dos registros publicos, a antinomia desaparece, prevalecendo o disposto no Código Civil.

V. O valor da responsabilidade, para a especialização das hypothecas legaes dos menores e interdictos,

(3) Regulamento citado, art. 272, 2.^a parte.

será calculado de accordo com a importancia dos bens dos saldos provaveis dos rendimentos, que devam ficar em mãos dos tutores e curadores, até findar a gestão da tutela ou curatela, não computado, naquella importancia, o valor de immoveis. São palavras do art. 699 do Código de Processo Civil.

VI. Arbitrado o valor da responsabilidade e avaliado o immovel (ou outros dos bens hypothecaveis), o juiz ouvirá os interessados, concedendo-lhes o prazo de quarenta e oito horas, para dizerem: a) sobre o valor da responsabilidade; b) sobre a avaliação e qualidade do bem indicado para a constituição e especialização da hypotheca (Codigo de Processo Civil, art. 700).

Poderá o juiz, á vista das allegações dos interessados, homologar ou corrigir o laudo pericial. Se o bem não estiver em condições de assegurar o credito e o resilição deste. Avaliado o bem, julgará, por sentença a especialização e ordenará que se inscreva a hypotheca (art. 701).

VII. O Código Civil contem disposição excepcional para o caso do tutor. Se os seus bens hypothecaveis não valerem o patrimonio do pupillo, reforçará o tutor a hypotheca mediante caução real ou fidejussoria (Codigo Civil, art. 419). Esse dispositivo se refere ao caso de insufficiencia de bens, e até concede, ao que fôr de conhecida idoneidade, dispensa de reforço. Parece-me que essa norma deve ampliar-se em beneficio daquelle que, possuindo idoneidade reconhecida, não possui bens para garantir a gestão da tutelada.

VIII. Permite mais o Código Civil que a hypotheca legal se possa substituir por caução de titulos da divida publica federal, estadual ou municipal, recebidos pelo valor de sua cotação minima, no anno corrente (art.

820) (4). E' uma facilidade, que favorece o devedor e o movimento economico das riquezas. O valor da responsabilidade, nesse caso, se determina como nos casos communs, por arbitramento. A avaliação dos bens resulta da cotação como determina o citado artigo do Código Civil.

IX. Se os interessados fôrem pessoas, que se achem na posse e administração dos seus bens, a especialização poderá ser celebrada por accordo das partes, sem intervenção judicial. Assim dispõe o Código de Processo Civil, art. 703, mantendo norma já adoptada antes d'elle.

§ 180

DAS PESSOAS QUE DEVEM REQUERER A INSCRIÇÃO DA HYPOTHECA VOLUNTARIA

I. Compete aos interessados, exhibindo o traslado da escriptura da hypotheca voluntaria (1), diz o Código Civil, art. 838, requerer a inscrição desse onus. O natural interessado é o credor, porque o seu intuito, contractando a hypotheca, é assegurar o pagamento do seu credito. Com a inscrição, o seu direito obrigacional se transforma em real, munido de sequela e preferencia. Todavia o devedor, em certas condições, tem, igualmente, interesse na inscrição, por que tenha seguros certos direitos resultantes do seu contracto. Mas, independentemente

(4) Regulamento citado, art. 273.

(1) Como bem observa LYSIPPO GARCIA, ps. 159 a 160, do seu livro, *Registro de immoveis*, II, nem sempre será um traslado de escriptura, mesmo para as hypothecas voluntarias, que se levará á inscrição. .

desses direitos, cabe-lhe, exhibindo o titulo, requerer a inscripção. Podem os representantes das partes, que contractam, requerer, em nome dellas, a effectuação dessa formalidade essencial. Finalmente, ás pessoas, que tenham interesse na inscripção, é dado requerel-a. Taes são, no caso de cessão, o cessionario; no de morte ou incapacidade do credor, o herdeiro ou legatario; o curador fiscal e o administrador da massa fallida; o credor do credor hypothecario.

II. Tem applicação o que acaba de ser dicto assim ás hypothecas de immoveis como ás navaes e ás aeronauticas, com a differença de que as hypothecas navaes, além da inscripção, exige a lei que sejam averbadas no registro maritimo da respectiva embarcação (2), e a hypotheca de aviões, da mesma forma, além da inscripção, ha de ser averbada na respectiva matricula (3).

§ 181

DAS PESSOAS QUE DEVEM REQUERER A INSCRIPÇÃO DAS HYPOTHECAS LEGAES

I. Para a inscripção das hypothecas, haverá em cada cartorio do registro de immoveis, os livros necessarios (Codigo Civil, art. 832). Esses livros são os seguintes:

(2) Art. 21 do decreto n. 15.788, de 8 de Novembro de 1922: A hypotheca maritima será inscripta em livro especial, a cargo da repartição creada para esse fim, e averbada no livro de registro naval nas Capitaniaes de portos do Brasil.

(3) Codigo Brasileiro do Ar, art. 137: As aeronaves podem ser objecto de hypotheca, dependente de inscripção no Registro Aeronautico brasileiro e averbada na respectiva matricula.

- Numero 1 — *protocollo*.
- Numero 2 — *inscrição hypothecaria*.
- Numero 3 — *inscrição das transmissões*.
- Numero 4 — *registros diversos*.
- Numero 5 — *emissão de debentures*.
- Numero 6 — *indicador geral*.
- Numero 7 — *indicador pessoal*.
- Numero 8 — *registro especial*.

Alem desses, haverá o livro talão para lançamento reduzido de todos os actos do registro, e um livro Auxiliar (1).

O livro n. 1 — *Protocollo* — será a chave do registro geral, como já dizia o decreto n. 370 de 2 de Maio de 1890; porque serve para apontamento de todos os títulos apresentados, diariamente, para o registro; e determina a quantidade a qualidade dos títulos, bem como a data da sua apresentação, o nome do apresentante e o seu numero de ordem, que seguirá, indefinidamente, nos livros posteriores, sem interrupção (regulamento citado, art. 183).

O livro n. 2 é destinado á inscrição das hypothecas sobre immoveis, sejam voluntarias, legaes ou judiciaes. Os outros livros não interessam ao objecto deste *paragpho*

II. Incumbe ao marido, ou ao pae, requerer a inscrição da hypotheca legal da mulher casada, por seu dote ou outros bens de seu patrimônio, confiados á administra-

(1) Regulamento dos registros publicos: decreto n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939, com as alterações feitas pelos decretos n. 5.318, de 29 de Fevereiro de 1940 e 5.553 de 6 de Maio de 1940; esses livros são os mencionados no regulamento n. 370, de 2 de Maio de 1890, artigos 11 e 12, com uma ligeira differença quanto aos auxiliares, que eram dois pelo decreto de 1890.

ção do marido. Para assegurar a inscrição, o official publico, que lavrar a escriptura de dote ou lançar em nota a relação dos bens particulares da mulher, deve communicar-o, *ex-officio*, aos officiaes do registro do lugar, em que estiverem situados os immoveis. O regulamento dos registros publicos acrescenta que aquelle official tambem notifique ao responsavel, para que effectue a inscrição da hypotheca, no prazo de oito dias. Se não for effectuada a inscrição pelo marido, nem pelo pae da dotada, á mulher, independentemente de outorga marital, cabe requerel-a. Mais justo, aliás, seria que a mulher foses chamada em primeiro lugar, para assegurar a garantia de seus bens, ainda antes que o marido se mostrasse desidioso.

Se o marido ou o pae não requererem a inscrição no prazo de oito dias, e se a mulher por qualquer razão, se abster de fazel-o, ao dotador, a qualquer dos parentes successiveis da mulher e do testamenteiro do espolio, em que houver legado ou herança nos casos de entrega de bens della á administração do marido, consideram-se interessados para esse effeito.

O official, incumbido de lavrar escriptura de dote, ou relacionar os bens particulares da mulher, é obrigado a dar aviso aos officiaes do registro de immoveis, afim de que estes funcionarios possam verificar a legalidade dos registros posteriores, e o declarem nas certidões pedidas sobre os ditos immoveis (2). Alguns dos nossos civilistas achavam inutil e até censuravel esse aviso, mas a sua efficiencia está bem accentuada no regulamento dos registros publicos. Não era orgão sem funcção, pois punha o official do registro de immoveis prevenido para qualquer inscrição ou transmissão relativa aos bens da mulher sob a administração do marido. Hoje, os effeitos

(2) *Registros publicos*, art. 266; *Codigo Civil*, art. 839; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 237; A. D. GAMA, *Da hypotheca*, ns. 253 e segs.; A. FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 99, n. 334.

desse aviso são mais claramente indicados e têm maior latitude. Sem constituir direito real, que somente a inscrição confere, oppõe obstaculo á pretensão de alienar ou onerar, de qualquer modo, os immoveis acautelados.

III. Incumbe promover a inscrição da hypotheca legal dos incapazes:

a) Ao pae, mãe, tutor ou curador, antes de assumir a administração dos respectivos bens, e, em falta delles, ao Ministerio Publico e ao juiz competente.

b) Ao inventariante ou ao testamenteiro, antes de entregar o legado ou a herança.

c) Não o fazendo as pessoas acima indicadas, no prazo de oito dias, qualquer parente successivel do incapaz poderá fazel-o.

O escrivão, em se assignando termo de tutela ou curatela, remetterá de officio e com a possivel brevidade, uma copia delle, instruida com a relação dos immoveis do incapaz, aos officiaes de registro de immoveis, onde estiverem situados esses bens e notificará ao interessado para promover a inscrição (3).

O pae ou a mãe, quando, por doação ou herança, cabe algum bem ao filho, que se acha sob o seu poder, deve, dentro de oito dias, inscrever a hypotheca legal, em garantia de sua administração, contado o prazo da data da aquisição dos bens do menor (4). Se a herança provem de um dos progenitores, o sobrevivente é obrigado a inventariar e partilhar os bens do casal, antes de passar a novas nupcias; a hypotheca legal dos filhos herdeiros

(3) Codigo Civil, arts. 840 e 841, completados pelo art. 267 do regulamento dos registros publicos.

(4) Codigo Civil, art. 225 e regulamento dos registros publicos, art. 265, I.

item, neste caso, dupla razão de ser: a da administração desses bens e da obrigação de inventariar e partilhar, antes de passar a novas nupcias, sob pena da perda do direito ao usufructo dos bens dos mesmos filhos (Cod. Civil, art. 225). E' obvio, porem, que, se os bens do casal já estiverem inventariados e partilhados, quando o conjuge sobrevivente convolar a novas nupcias, não ha mais que repetir essas operações. Se, nesse meio tempo, entre a partilha inacabada e o novo casamento, qualquer dos filhos menores adquirir algum bem, que deva ser administrado pelo progenitor sobrevivente, é claro que se ha de applicar a regra commum da hypotheca legal e de sua inscrição

Se os bens dos filhos procedem de outra origem, herança ou doação de terceiro, parente ou não, o inventariante, ou o testamenteiro, antes de entregar o legado, ou a herança, promoverá a hypotheca, sua especialização e inscrição; a mesma providencia deve tomar a si o doador.

Os tutores e curadores são, igualmente, obrigados a requerer a inscrição da hypotheca legal dos pupillos ou interdictos, quando assignarem o termo da tutela ou curatela, ainda antes de entrarem no exercicio de suas funções

Se os paes, tutores e curadores não cumprirem o dever de pedir a inscrição da hypotheca legal dos menores e interdictos, intervirá o Ministerio Publico, para realizar essa formalidade.

IV. Ao proprio offendido (ou aos seus herdeiros) cabe requerer a inscrição da hypotheca instituida em seu beneficio. Se o offendido for incapaz, é obrigação do seu representante legal tomar a iniciativa.

Ao Ministerio Publico a lei confia promover a inscrição desta hypotheca, se o offendido não está em condições de fazel-o; se o seu representante legal, pae, mãe, tutor ou curador, por qualquer motivo, não se desem-

penha dessa incumbencia; se o offendido solicita a sua intervenção.

V. Também incumbe ao Ministerio Publico a inscripção da hypotheca legal da Fazenda da União, do Estado ou do Municipio, sobre os immoveis do delinquente (5).

E' função do cargo.

VI. A inscripção da hypotheca legal dos bens dos responsaveis para com a Fazenda Publica será requerida por elles mesmos e, em sua falta, pelos procuradores e representantes fiscaes (6).

Observa MELCHIADES PICANÇO que, exigindo, em regra, o Poder Publico fiança effectiva dos responsaveis pelos haveres da Fazenda, só muito raramente haverá hypotheca dos bens dos mesmos responsaveis, para esse effeito já assegurado (7). Cumpre, entretanto, notar que os fiadores estão, também incluídos entre os responsaveis.

Não promovendo o responsavel directo, ou o seu fiador, a inscripção, no caso de que se trata sob este numero VI, são chamados a desempenhar-se dessa incumbencia os procuradores e representantes fiscaes. *Procuradores fiscaes* são os funcionarios da Fazenda Publica obrigados a velar pela fiel execução das leis, que interessam ao fisco, solicitando providencias para esse fim necessarias, ou promovendo os meios a elle conducentes. *Representantes fiscaes* são os funcionarios especialmente designados para promover a especialização e a inscripção das hypothecas legais sobre os immoveis dos responsaveis para com a Fazenda Publica.

(5) Citado regulamento dos registros publicos, art. 268; *Codigo Civil*, arts. 842 e 843, que se referem á hypotheca legal do offendido, e á da Fazenda sobre os immoveis do delinquente, para cumprimento das penas pecuniarias e pagamento das custas.

(6) *Codigo Civil*, art. 844; regulamento dos registros publicos, artigo 269, que o reproduz.

(7) Nota ao art. 268 do regulamento dos registros publicos.

VII. As pessoas, a quem incumbir a inscrição e a especialização das hypothecas legaes, ficarão sujeitas a perdas e damnos, bem como os escrivães e tabelliães, obrigados á remessa de avisos, e os juizes encarregados da fiscalização, se não cumprirem sua obrigação.

“Os testamenteiros, tutores e curadores, que não promoverem a inscrição, perderão as suas vintenas e premios e não terão julgãdas suas contas, sem a comprovação do cumprimento daquelle acto, devendo os ultimos ser, immediatamente, removidos.

“A indemnização não isentará os funcionarios culpados da responsabilidade criminal; incorrerão, tambem, nas penas do crime de estellionato os responsaveis, que, antes da inscrição da hypotheca legal, alienarem ou onerarem immoveis sujeitos a responsabilidade” (8).

O rigor dessas comminações evidencia a necessidade social de tornar uma realidade a garantia, que a lei estabelece a favor de pessoas, cujos bens são administrados por outras, ou são victimas de delicto com direito a indemnização; ou a favor da Fazenda Publica em relação aos responsaveis referidos no art. 827 ns. V e VII (do Codigo Civil); finalmente, em todos os casos, em que ha obrigação de inscrever hypotheca legal. Se a fiança dos responsaveis para com a Fazenda Publica fôr sufficiente e, por isso, não se constituir hypotheca legal sobre os immoveis pertencentes aos mesmos, é obvio que não se lhes applicam as comminações legaes acima referidas, por omittirem a inscrição hypothecaria.

(8) Regulamento dos registros publicos, art. 270. O Codigo Civil, art. 845, limitara-se a responsabilizar por perdas e damnos as pessoas incumbidas de especializar e inscrever as hypothecas legaes, que não cumprissem essa obrigação.

§ 182

DO LOGAR EM QUE DEVE SER FEITA A INSCRIÇÃO

a) *De immoveis:*

I. Todas as hypothecas de immoveis serão inscriptas no registro da situação do bem gravado. Se o titulo se referir a mais de um, a inscrição se fará em tantos registros quantas forem as comarcas onde estejam (1). A inscrição feita em outro registro, que não o da situação do immovel, será nulla. Se o immovel se estender por mais de uma circumscrição de registro, far-se-á a inscrição em cada uma dellas, como se fossem dois ou mais predios

A função de publicidade inherente á inscrição assim o exige.

Pode a hypotheca ser celebrada em qualquer parte, em que se encontrarem os interessados, ainda que seja no estrangeiro; mas ha de ser inscripta no logar da situação do immovel, sobre o qual recáe esse gravame. Ahí é que a hypotheca se ultima, com a especialidade, a publicidade e a realidade.

II. Quando o immovel dado em garantia se estender por duas ou mais comarcas, e somente em uma dellas for inscripta a hypotheca, entendem alguns autores que esta é valida em relação á parte inscripta, que está individualizada pelos limites, que devem constar da escriptura. Não me parece accetavel essa solução, porque a hypotheca deve abranger todo o immovel, com as suas caracte-

(1) Código Civil, art. 831; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 240; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, p. 96; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 100; LYSIPPO GARCIA, *op. cit.*, II, ps. 149-150.

rísticas, em toda a sua extensão. Destacar uma parte para a inscrição, já esta não corresponde ao título e a desconveniência entre o título e a inscrição tira á hypotheca a sua base. Se a lei quer que a inscrição se faça na comarca da situação do immovel, quando elle se estender a mais de uma comarca, em cada qual será registrado, não como um todo e sim como parte componente do todo, que é o immovel onerado.

III. b)) *De navios:*

O registro das hypothecas de embarcações se effectua nos officios privativos de notas e registro, existentes em cada um dos Estados da Republica, segundo determina o art. 1.º do decreto legislativo, n. 5.372-B, de 10 de Dezembro de 1927, que reformou os officios privativos de registro de hypothecas maritimas, creados pelo decreto n. 15 809, de 11 de Novembro de 1922, art. 2.

Além da inscrição, a hypotheca de embarcação está sujeita á averbação no Tribunal marítimo, ou na Capitania do Porto, onde ella tiver o seu registro. Sem esta formalidade complementar, a hypotheca será mero contracto (2)..

IV. c)) *De aeronaves.*

A hypotheca das aeronaves inscreve-se no Registro aeronautico brasileiro, e se averba na respectiva matricula (3).. E' systema semelhante ao da hypotheca de embarcação, que exige, além de inscrição, averbação, porque a aeronave, como a embarcação, tem um ponto, a que

(2) Decretos n. 15.788, de 8 de Novembro de 1922, art. 21; n. 2.585, de 5 de Julho de 1934, art. 88.

JOÃO VILLASBÔAS, *Hipoteca naval*, ns. 400-405 e 432-441.

(3) Código do art., art. 137; HUGO SIMAS, *Código brasileiro do ar.*, ns. 62 e 272; decreto-lei n. 3.730, de 18 de Outubro de 1941, artigo 7, § 8.º.

se acha ligada, como sendo o seu domicílio. Ha uma differença, entretanto: é que a matricula da aeronave e a inscrição da sua hypotheca se fazem no mesmo registro unico, o da Aeronautica Brasileira, instituido pelo decreto n. 20.914, de 6 de Janeiro de 1932, art. 21, onde se preceitua: "Fica instituido o Registro Aeronautico Brasileiro... para a matricula obrigatoria das aeronaves". Paragrapho unico: "Nesse registro, é, egualmente obrigatoria a averbação da transferencia de propriedade e de quaesquer actos de constituição, alteração ou renuncia de direitos reaes sobre aeronaves" (4).

V. *Das estradas de ferro*: Far-se-á a inscrição no Municipio da estação inicial, como ficou dito no § 175.

§ 183

DO TEMPO EM QUE DEVE SER FEITA A INSCRIÇÃO

a) *Hypothecas voluntarias.*

I. A hypotheca voluntaria não tem prazo para a sua inscrição. O interesse é o pendulo, que lhe marca o momento propicio. E quanto mais celere andar, maior será a efficiencia da garantia real, porque a prioridade será regulada pelo numero de ordem do protocollo.

Todavia, havendo segunda hypotheca a inscrever com referencia expressa á primeira, ou seja a uma anterior não inscripta, o official depois de prenotar essa segunda ou posterior hypotheca, esperará trinta dias, para que o

(4) V. a nota 1 ao § 171, onde se allude á modificação introduzida pela nova legislação.

interessado na outra promova o registro, com direito á preferencia. Se, findo o prazo, que se contará da data da apresentação da segunda ou posterior hypotheca, sem que appareça o titulo anterior o posterior será registrado, obtendo preferencia sobre aquelle (1).

A lei faz uma concessão ao contracto de hypotheca celebrado em primeiro lugar, dando-lhe o prazo de espera, ao mesmo tempo que reserva, com a prenotação, o numero de ordem ao contracto posterior, se o primeiro não se apresentar, no prazo marcado, devidamente preparado para a inscripção. Vindo depois do prazo o contracto anterior, ser-lhe-á dado numero de ordem posterior. Apresentando-se, porem, dentro do lapso de tempo legal, terá o numero de ordem, que lhe competir no momento.

A razão desse proceder está em que o contracto de hypotheca, escriptura publica ou instrumento particular, é forma de direito pessoal; a sua data não pode prevalecer contra a do registro. Esta ultima é que dá inicio ao direito real de hypotheca.

O official, no caso de prenotação, fará constar, na columna das observações do *Protocollo* o incidente occorrido.

Não interessa provar que o contracto A foi celebrado antes do contracto B, se aquelle somente se apresenta a registro depois de inscripta a hypotheca de B, effectuada depois de esgotado o prazo de espera, que a lei concede (1a).

II. A critica de JOÃO LUIZ ALVES, apoiada por LYSIPPO GARCIA ao art. 837 do Codigo Civil, não me parece fundada (2).

(1) Codigo Civil, art. 837; regulamento dos registros publicos, artigo 206.

(1-a) Codigo Civil, art. 837; regulamento dos registros publicos, artigo 206.

(2) JOÃO LUIZ ALVES, *Codigo Civil annotado*, ao art. 837; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 153 e 154.

O Codigo Civil manda prenotar a hypotheca contractada posteriormente a espera, durante trinta dias, que appareça o titulo da anterior, a que, diz esciarcendo o regulamento dos registros publicos, a posterior faz referencia expressa, porque, sem essa referencia, o official ignoraria a existencia do contracto anterior. Pondera JOÃO LUIZ ALVES que, não sendo obrigatoria a declaração de que a hypotheca é segunda sobre o mesmo bem, o titular desta hypotheca poderá, maliciosamente, apresentar-se como primeiro credor hypothecario e assim adquirir numero preferente ao do primeiro contractante, de modo que a defeza do credito hypothecario, que o Codigo Civil, pretendeu, com estabelecer a providencia do art. 837, longe de attingir a esse fim, o prejudica. "Porque o credito hypothecario soffreria sem essa defeza do primeiro credor, apesar da propria negligencia, e não soffreria com a demora imposta ao segundo credor diligente?" . E não achando justa a *tutela officiosa da lei em favor do primeiro credor*, considera mais simples, para amparal-o, prohibir as segundas hypothecas.

A prohibição de segunda hypotheca sobre um bem que pode, com largueza, cobrir o primeiro e o segundo credito importa em pôr entrave ao credito, á movimentação das riquezas. Não é medida aconselhavel.

E a razão da espera do primeiro credor, expressamente referido no titulo do segundo, é natural e justa, porque se o segundo credor declara que ha outro, que o precedeu, haveria uma contradição entre o titulo e a inscripção, aquelle que se diria segundo e esta que se impunha como primeira, alem de se punir uma negligencia, que talvez não existisse. Se, realmente, o primeiro credor fôr negligente, ou não tiver plena confiança no seu titulo, deixará esgotar-se o prazo, que lhe é concedido e o segundo occupará o posto correspondente á data da apresentação do seu titulo. Se a demora do primeiro credor tiver fundamento ponderavel, elle tratará de vencer

qualquer difficuldade e fará apresentar o seu título, no caso de não poder fazel-o pessoalmente.

Por esse regimen, attende a lei aos interesses de todos os credores.

Se, porem, o título do segundo credor nenhuma referencia fizer ao contracto hypothecario anterior, o official do registro não tem direito de recusar a inscripção. Estapa á sua competencia allegar contra o segundo credor que ha um primeiro, sem a declaração expressa constante do documento, que lhe é apresentado.

III. Não se inscreverão, no mesmo dia, duas hypothecas, ou uma hypotheca e outro direito real, sobre o mesmo bem, a favor de pessoas diversas (3). Visa esta prohibiçãõ tornar clara e segura a prioridade da inscripção, da qual resulta a preferencia ou prevalencia; evitar a concorrencia de hypothecas simultaneamente constituídas; impedir hypothecas assignaladas com o mesmo numero. Resalta aos olhos de qualquer a utilidade da providencia. Mas a lei conturba a vantagem da sua determinação accrescentando: "salvo determinando-se, precisamente, a hora em que se lavrou cada uma das escripturas".

Em primeiro lugar, não é costume assignalar a hora, em que se lavram as escripturas; depois não é a hora do contracto que deve fixar a data do direito real, e sim a da inscripção.

Ei se as hypothecas tiverem sido lavradas na mesma hora, teremos hypothecas do mesmo numero, o que se quer evitar e é forçoso fazel-o.

Por isso os melhores autores nacionaes têm criticado esse desvio de nossa lei, sacrificando o bom principio, que adoptara (6).

(3) Código Civil, art. 836; regulamento dos registros publicos, artigo 207.

(4) JOÃO LUIZ AEVES, *Código Civil annotado*, art. 836; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 151 a. 152; AFFONSO FRAGA, *Direitos reues de garantia*, n. 342.

“Que importa a hora das escripturas, pergunta JOÃO LUIZ ALVES, se o official do registro é obrigado a inscrever a que primeiro se apresentar, o que depende da diligencia do interessado? Como poderá o official do registro saber que, no mesmo dia, em cartorios, por vezes, diversos e longínquos, se lavraram escripturas sobre o mesmo immovel, para assim retardar o registro de hora posterior, pois que só para isso se comprehenderia a excepção?” Por ventura, inscriptas ambas as escripturas, poder-se-ia alterar a prioridade e preferencia, derruindo o systema do registro, para collocar em primeiro lugar a escriptura inscripta em segundo, só porque desta consta que foi lavrada em hora anterior á de outra? Evidentemente, não”.

E accrescenta o douto commentador do Codigo Civil: “A excepção constante do artigo é um lapso do legislador, é letra morta, que enfeia a grande obra, que elle realizou”.

Apesar de tudo, da justeza da critica e do augurio, ainda o actual regulamento dos registros publicos mantem a incriminada excepção (1940).

b) *Hypothecas legaes.*

I. A responsabilidade das pessoas incumbidas de promover a inscrição das hypothecas legaes, começa com os factos que originam a obrigação de inscrevel-as. Assim:

A dos ascendentes, começa com o titulo de aquisição dos bens do menor, ou casamento em segundas nupcias, sem conclusão de inventario e realização de partilha.

A do tutor, ou curador, com a assignatura do respectivo termo.

A do marido, desde o casamento e nos termos da escriptura antenupcial, ou desde a aquisição posterior dos bens.

A dos exactores, desde a data da nomeação.

A dos delinquentes, desde a data do delicto.

A dos co-herdeiros, desde a data da partilha.

São prescrições do regulamento dos registros publicos, art. 265 (5).

O marido tem o prazo de oito dias para requerer a inscripção da hypotheca da mulher casada, em garantia do dote, ou dos bens della confiados á sua administração. O mesmo prazo é concedido ao pae. Exgottado esse prazo, cabe intervir aos outros interessados nessa inscripção, como sejam: o dotador, a propria mulher, o testamenteiro”.

As pessoas incumbidas da inscripção da hypotheca dos incapazes (§ 181, III) têm o prazo de oito dias para se desempenharem dessa obrigação. Exgottado o lapso de tempo fixado, sem que tenham realizado a inscripção, qualquer parente do incapaz está autorizado a promover esse complemento da hypotheca (6).

§ 184

DOS TITULOS QUE DEVEM SER APRESENTADÓS PARA A INSCRIPÇÃO

Pela inscripção adquire a hypotheca prerrogativa de direito real, antes della existe o acto ou facto gerador da

(5) Decreto n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939, com as alterações feitas pelos decretos n. 5.318, de 29 de Fevereiro de 1940 e 5.553, de 6 de Maio de 1940, por MELCHIADES PÍCANÇO. O citado regulamento, no caso de segundas nupcias, refere-se tão sómente á abertura do inventário, quando o Codigo Civil exige inventario e partilha (arts. 183, n. XIII e 225). Segui o Codigo Civil; mas a differença nas duas leis procede do facto de attender o regulamento ao momento do início da responsabilidade das pessoas indicadas e o Codigo estabelece uma sanccão civil.

(6) Regulamento dos regsitros publicos, art. 267, III. O Codigo Civil não marcava prazo. As comminações já fôram indicadas no § 181, numero VII.

hypotheca, que deve ser levado ao registro para a criação do direito real de hypotheca.

I. Para as hypothecas voluntarias ou convencionaes, são os seguintes os titulos ou documentos, que justificam o pedido de inscrição.

a) Escriptura publica do contracto constitutivo da hypotheca.

b) O mesmo contracto por instrumento particular, assignado pelos contractantes, subscripto por duas testemunhas, se o valor da obrigação garantida não exceder a um conto de reis.

c) Certidão authentica dos termos das custas.

d) Actos autheticos passados por consules brasileiros e devidamente authenticados (1).

II. Para a hypotheca legal da mulher casada, quanto ao dote e outros bens excluidos da communhão, o titulo a apresentar será a sentença de especialização, nos termos já expostos no § 179, n. II acima.

Egualmente para a inscrição da hypotheca dos filhos, dos menores, dos interdictos e do offendido, o titulo, que se deverá dar para a inscrição será a sentença que julgar a especialização.

Para a inscrição da hypotheca do coherdeiro, o titulo a exhibir ha de ser o formal da partilha, onde constará a adjudicação e a obrigação de repôr (2).

Quanto á hypotheca da Fazenda, para garantia de fianças fixadas em dinheiro, penas pecuniarias e custas devidamente contadas, o regulamento do registro de immoveis considera especializadas, quanto ao valor da responsabilidade; mas haverá necessidade da designação do immovel dado em garantia para completar-se a especialização (3), o que tudo o juiz decidirá.

(1) AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 344.

(2) Regulamento dos registros publicos, art. 271.

(3) Regulamento citado, art. 272, 2.^a parte.

Hypotheca judicial. Para a hypotheca judicial, o título a transcrever é a carta de sentença, ou mandado do juiz, quando a sentença fôr líquida, quanto aos bens existentes na posse do condemnado, ou alienados em fraude á execução. Em caso contrario, apurar-se-á, provisoriamente, a responsabilidade, sem prejuizo do processo de liquidação. Ainda que se tenha interposto recurso da sentença, autorizará esta a inscrição, conditionalmente. O credor indicará, em petição, os bens sobre os quaes deve recahir a hypotheca, descrevendo-os com os requisitos necessários, mas ficará salvo ao devedor requerer ao juiz competente redução ou substituição dos bens apontados (4).

§ 184

DOS REQUISITOS DA INSCRIÇÃO

I. Segundo estabelece o regulamento dos registros publicos, art. 259, são requisitos para a inscrição:

1.º Numero de ordem constante do Protocollo e o da transcrição, para perfeitamente individualizar o imóvel;

2.º Data da inscrição;

3.º Nome, domicilio, estado civil, profissão e residência do devedor;

4.º Nome, domicilio, profissão, estado civil e residência do credor;

5.º Titulo, data e nome do tabelião, ou do juiz e do escrivão;

(4) Regulamento dos registros publicos, art. 274; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 244.

6.º Valor do crédito e do immovel, ou a sua estimação por accordo entre as partes;

7.º Prazo do onus;

8.º Juros, penas e mais condições necessárias;

9.º Circumscripção onde está situado o immovel;

10.º Denominação do immovel, se rural, rua e numero, se urbano;

11.º Caracteristicos e confrontações do immovel.

O credor, além do domicilio real, poderá nomear outro, no qual seja possível sua citação ou notificação. Domicilio real é o lugar, onde a pessoa se estabelece com animo de permanencia definitiva. Pode, porem, a pessoa eleger outro para determinado negocio; é o domicilio de eleição (Codigo Civil, arts. 31 e 42).

Quando o immovel pertencer a terceiro, que o tiver hypothecado, em garantia de divida alheia, serão também registrados o seu nome, profissão e domicilio.

Estes requisitos são essenciaes; a sua falta vicia de nullidade a inscripção.

II. Discute-se entre os doutores se, fallecendo o devedor, depois de requerida a inscripção, nesta deve figurar o nome do devedor ou o dos herdeiros. A razão da duvida é que pela morte do *de cuius* se transfere, immediatamente, a propriedade dos bens para os successores, além de que o fallecido deixa de ser devedor, desde o momento da morte. DIDIMO DA VEIGA entende que, "entre nós, a inscripção somente pode ser feita em nome dos herdeiros" (1), e não se lhe pode negar a justeza da decisão. Accrescentava o douto jurista: Se após o contracto de hypotheca, antes, porem, da inscripção, o devedor houver alienado o immovel, "qual o nome que deve figurar na inscripção — o do devedor ou o do adqui-

(1) *Direito hypothecario*, n. 276.

rente do immovel? “Se o adquirente houver transcripto o titulo de aquisição do immovel, antes da inscripção da hypotheca, esta se torna de todo o ponto sem effeito contra o adquirente, porque a hypotheca só produz effeito de sequela por força da inscripção”.

No entanto, a corrente dos escriptores não lhe accitou a opinião fundados na logica dos principios basicos do systema, para seguirem LAFAYETTE, que escreveu no dominio da lei hypothecaria de 1864 e seu regulamento do anno seguinte (2). Vae, assim, predominando a força da tradição sobre os dictames da logica e dispositivos claros da lei, que transmite, immediatamente, a propriedade dos bens do fallecido aos seus herdeiros, e declara a transcripção do titulo translativo da propriedade entre vivos, modo de adquirir.

III. O Código Civil, art. 846, II, exigia a data e a natureza do titulo. O titulo é elemento essencial, porque é o assento da hypotheca; a inscripção lhe menciona a forma, declarando se é escriptura publica, instrumento particular, nos casos em que é admissivel, formal de partilha ou sentença de especialização, segundo os casos. A data do titulo é base para o calculo da prescripção. O nome do tabellião, que lavrou a escriptura de hypotheca, alem de facilitar a busca, que se tenha, acaso, de fazer, particulariza-a a escriptura (3).

O regulamento dos registros publicos accrescenta, a essas exigencias, o nome do juiz e do escrivão, para attender ás hypothecas legaes, cujos titulos não são escripturas

(2) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 244, n. 4; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 164 a 165; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 349, I.

(3) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 244, 5.º; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, n. 277; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 163 a 164; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 249, que, aliás, reconhece o valor da argumentação de DIDIMO DA VEIGA.

passadas por tabellião, nem contractos sob a forma de instrumentos particulares.

IV. LAFAYETTE achava excesso de rigor na comminação de nullidade da inscrição, a que faltasse algum dos requisitos não exceptuador por lei; porque, pondera, a inscrição só devia ser nulla, quando omittisse algum dos requisitos necesarios para dar conhecimento da situação do devedor (4). Mas a posição excepcional da hypotheca, nas relações de crédito, justifica o rigor da lei. Por isso, devemos considerar requisitos essenciaes todos quantos exige o regulamento dos registros publicos, art. 259. O Codigo Civil não menciona entre esses requisitos o numero de ordem da inscrição, por ser mero expediente para methodizar a escripturação. Por isso, essa formalidade não é das que se consideravam indispensaveis para a forma legal da inscrição.

§ 185

DO MODO DE FAZER A INSCRIÇÃO

I. A pessoa, que requerer a inscrição da hypotheca, apresentará o titulo respectivo ao official do registro de immoveis; o official tomará, no Protocollo, a data da apresentação e o numero de ordem correspondente; e porá no mesmo titulo essa data da apresentação e o numero de ordem (1).

(4) *Direito das coisas*, § 244, *in fine*. A LYSIPO GARCIA tambem parece que a nullidade da inscrição resultará somente da omissão de requisitos essenciaes. (*Registro de immoveis*, II, ps. 167 a 169).

(1) Regulamento dos registros publicos, art. 200.

A escripturação do Protocollo é da competencia exclusiva do official; nos seus impedimentos e ausencias occasionaes, funcionará o seu substituto legal.

O numero de ordem dado no Protosollo, determina a prioridade da inscripção. Havendo transmissão e hypotheca simultaneas de um immovel, com o mesmo numero, por se referirem os dois actos ao mesmo objecto, se fará duplo registro com referencia de um para o outro: transcrever-se-á a transmissão e inscrever-se-á, por sua vez, a hypotheca (2).

Outr'ora os titulos eram acompanhados de extractos, que os resumiam, substancialmente. Hoje o registro é feito pela simples exhibição do titulo, independentemente de extractos (3). E, havendo uma via unica do titulo, será esta archivada, mas a parte, com o original, terá de apresentar uma certidão do registro de titulos e documentos (4). A inscripção se fará por extracto, isto é, resumindo o titulo ao essencial, salvo se a parte pedir que tambem se faça por extenso, no livro auxiliar com annotações reciprocas (5). Não ha necessidade de extractos trazidos pelas partes para a inscripção, mas esta se fará, ordinariamente, por extracto, salvo se o interessado dezerjar que se faça por extenso.

LAFAYETTE e com elle LACERDA DE ALMEIDA (6) censuravam a formalidade dos extractos, por ociosa, sem

(2) Regulamento dos registros publicos, art. 204.

(3) Regulamento citado, art. 210.

(4) Regulamento, art. 212.

(5) Regulamento, art. 213.

(6) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, nota 112, ao § 243, na edição de 1940, ou 9, na edição de 1877; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 184. "Para que, pois, perguntava LAFAYETTE, os extractos em nosso systema? Para facilitar trabalho? Não, porque, ao contrario, augmentam-no. Para mostrar de quem é o erro ou omissão na inscripção? Tambem não, porque a culpa do erro ou da omissão é, sempre, do official, fosse ou não sufficientes os extractos. Para certificar que a inscripção se fez? Ainda não, porque, no proprio titulo, se fazem as notas da apresentação e inscripção."

função. Fora copiada do direito francez, mas ali são exigidos, porque é a vista delles que o official faz a inscripção, differentemente do que ocorre, entre nós, onde a base do registro é o proprio titulo. Attendeu a essa critica o regulamento actual, dispensando os extractos apresentados pelas partes.

II. Depois de annotada a apresentação e conferido o numero de ordem, o official do registro verificará, dentro de cinco dias, a legalidade e a validade do titulo. Se o achar conforme a lei, procederá á inscripção. No caso contrario, poderá exigir da parte que ajuste o documento ás determinações da lei, marcando-lhe, para isso, um prazo razoavel. Não se conformando o interessado com as exigencias do official, ou não podendo satisfazel-as, será a duvida remettida ao juiz competente, para resolvel-a.

O official averbará, em resumo, no Protocollo, as razões da duvida e declarará, no termo de encerramento diario, o numero de linhas deixadas em branco, para consignar a decisão do juiz (7).

Se a duvida fôr julgada procedente, será cancellada a apresentação; mas a denegação do registro não impede o recurso ao contencioso competente (8). O titulo será restituído ao interessado, sem deixar traslado.

Sendo a duvida julgada improcedente, o interessado apresentará, de novo, o seu titulo com a certidão de despacho do juiz, o official procederá ao registro, declarando na columna das annotações, que a duvida foi considerada improcedente (9).

Ao juiz não se assigna prazo para a sua decisão. Se julgar a duvida improcedente, dentro de 30 dias, o numero de ordem da apresentação será mantido; se esse lapso

(7) Regulamento, art. 215.

(8) Regulamento, art. 218.

(9) Regulamento, art. 219.

de tempo for excedido, o titulo receberá o numero de ordem correspondente á data da nova apresentação (10). O direito anterior ao Codivo Civil não limitava prazo para a validade da prenotação, o que parecia inconveniente. Observa-se, porem, que a limitação a trinta dias poderá acarretar grave injustiça, quando para a demora não tenha concorrido o apresentante. Penso não haver injustiça, ponderando-se que, se o juiz excede o prazo de trinta dias no exame da especie, é porque o documento não pode ser devidamente apreciado, sem maduro estudo.

§ 186

DAS AVERBAÇÕES (1)

Averbações são notas de factos ou circumstancias, que, de certo modo, alteram o registro, quer em relação aos bens, quer em attinencia ás pessoas, taes como:

- a) A prenotação consignada no Protocollo (2).
- b) A declaração de que a duvida foi considerada improcedente (3).
- c) A existencia de hypotheca anteriormente inscripta, indicando-se o numero de ordem dessa hypotheca.
- d) As cessões e subrogações (4).
- e) A prorogação do prazo da hypotheca (5).

(10) Codigo Civil, art. 835; Regulamento, 221. Vejam-se as observações de MELCHIADES PICANÇO a este artigo do regulamento, e de AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 350.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 247; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 105.

(2) Regulamento dos registros publicos, art. 215, § 2.

(3) Regulamento citado, § 219.

(4) Regulamento, § 286.

(5) Regulamento, art. 286.

Em todos os livros de registro, haverá columna para as averbações, e estas são requeridas pelos interessados, mediante as formalidades legais, afim de ficar provado o facto, que deve ser assignalado. Serão numeradas, datadas e assignadas.

2

CAPÍTULO XVII

DOS EFEITOS DA HYPOTHECA (1)

§ 187

DOS EFEITOS DA HYPOTHECA EM RELAÇÃO AO DEVEDOR

I. Trata-se das hypothecas voluntarias. Ainda que a hypotheca somente valha, como direito real, depois da inscripção, comtudo o contracto hypothecario repercute no direito real, segundo as clausulas pactuadas de vencimento, juros e outras determinações.

II. O dono do bem hypothecado continua na posse delle. Pode exploral-o pessoalmente e colher-lhe os fructos, ou arrendal-o. Executada a hypotheca, extingue-se o arrendamento, salvo accordo com o credor.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 267 a 269; AFFONSO FRAGA, *Direitos reues de garantia*, §§ 81 a 87; LACERDA DE ALMIDA, *Direito das coisas*, II, §§ 191 a 202; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, terceira parte (*I diritti reali di garanzia*), ns. 855 e segs.; AUBRY te RAU, *Cours*, III, §§ 283 e segs.; GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, III, ns. 1.503 e segs.; RAYMUNDO SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino, Derechos reales*, II, ns. 2.362 e seguintes.

III. Salvo clausula em contrario, o devedor pode liberar-se do vinculo hypothecario, pelo pagamento antecipado da divida. Não ha preceito legal que disponha em sentido contrario. Mas é licito contractar que a divida somente será, legalmente, solvida, na data estabelecida, porque o interesse do credor assim o exige.

IV. Proprietario do bem hypothecado, o devedor antes da penhora, poderá alienal-o, passando para o adquirente o onus, que recáe directamente sobre o immovel. O adquirente recebe o bem nas condições, em que o possui o alienante, com o gravame que se acha inscripto. Se quer exonerar-se desse vinculo, recorre á remissão do bem, pagando a divida de accordo directo com o credor.

A alienação, porem, depois da penhora ou proxima a ella é nulla, por se considerar em fraude á execução.

V. Pode o devedor constituir segunda hypotheca sobre o mesmo bem, se o valor deste cobrir com as sobras da primeira a divida da segunda, como já foi exposto no § 142. A lei, claramente, permite, segunda hypotheca, em favor do mesmo ou de outro credor, porque a tal hypotheca em nada prejudica a anteriormente inscripta. A remissão obtida com as formalidades, que a lei estabelece, é modo de pagamento ao credor com direito de preferencia, depois de vencido o seu credito.

VI. Ha relações juridicas não facultadas ao dono do predio gravado com hypotheca. Assim, por exemplo não pode constituir direito real de antichrese sobre o predio onerado com hypotheca, tendo a antichrese prazo maior do que o da hypotheca; porque, consistindo a antichrese na percepção dos fructos e rendimento do immovel, passaria para o credor hypothecario exequente, com essa diminuição, o que é inadmissivel. Dispõe o Codigo Civil, art. 808: "o credor antichretico pode vindicar os seus direitos contra o adquirente do immovel, os credo-

res chirographarios e os hypothecarios, posteriores á transcripção (inscripção) da antichrese”.

E o que se diz da antichrese se applica a outro qualquer direito real, nenhum dos quaes pode prevalecer contra a hypotheca anteriormente inscripta, assim como esta não prevalece contra outro direito real anterior ao seu numero de inscripção.

VII. Deteriorando-se ou depreciando-se o bem hypothecado, de modo a desfalcar a garantia, o devedor é obrigado a reforçal-a; não o fazendo, a hypotheca poderá ser executida, porque a divida se considera vencida por determinação expressa de lei (Codigo Civil, art. 762). Tambem será considerada vencida, por antecipação, a divida, se o devedor cahir em insolvencia e nos mais casos mencionados no Codigo Civil, art. 762, já explanado no § 96 deste livro.

§ 198

DOS EFEITOS DA HYPOTHECA EM RELAÇÃO AO CREDOR

Sendo a finalidade da hypotheca assegurar o cumprimento de uma obrigação, o seu primeiro effeito, em relação ao credor, é assegurar a este o direito de executar o bem hypothecado, se não fôr pago na data do vencimento da obrigação, seja o estipulado no contracto, seja o antecipado em virtude de preceito legal.

A execução da hypotheca obedece ao rito estabelecido nas leis do processo, terminando pela arrematação em praça ou adjudicação ao credor (1). Se o preço da

(1) Veja-se o § seguinte.

arrematação exceder o valor da divida, o que sobrar do pagamento ao credor pertence ao dono do bem arrematado; se a somma obtida com a venda judicial chegar para o pagamento integral da divida, terá o credor hypothecario direito, como simples chirographario, de exigir solução da divida restante.

Outro direito do credor hypothecario é o de exigir reforço de garantia, quando o bem, deteriorando-se, a desfalca; poderá então considerar vencida a obrigação se não fôr attendido.

III. E ainda o de excutir a coisa hypothecada, se as prestações não forem pontualmente pagas.

No caso de perecimento do objecto dado em garantia, a lei transfere o onus hypothecario, em beneficio do credor, para a indemnização paga pelo responsavel, ou pelo segurador, segundo se tratar de damno attribuido a alguém, ou de sinistro.

Dada a desapropriação da coisa hypothecada, a indemnização paga pelo desapropriante tambem recebe, em beneficio do credor, o onus hypothecario.

§ 199

DOS EFEITOS CAPITAES DA HYPOTHECA (1)

I. Já, anteriormente, apreciaram-se os efeitos da hypotheca em relação ao adquirente do bem por ella onerado, o qual é terceiro possuidor, e em relação ao segundo

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 257 e segs.; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, §§ 85 e segs.; STOLFI, *Diritto civile*, II, parte terceira, *Diritti reali*, ns. 929 e segs.; RAYMUNDO SALVAT, *Derecho civil argentino (derechos reales)*, ns 2.401 e segs..

credor hypothecario (2). E, de certo modo, se fizeram referencias a outras situações.

Agora se destacam os principaes effeitos da hypotheca, afim de accentuar-lhes a função. Mencionam-se como taes a *preferencia* e a *sequela*.

II. *Preferencia* — Consiste a preferencia no direito, que assiste ao credor hypothecario, de ser pago, antes de qualquer outro credor, pelo producto da venda do bem hypothecado. Abre-se excepção a este preceito em favor das despezas judicias e dos impostos a que está sujeita a coisa hypothecada. Outra excepção é a constante do art. 759 do Codigo Civil, a favor dos trabalhadores agricolas. Quanto á indemnização por accidentes no trabalho, já vimos que se tornou mero privilegio pessoal, como, em outra parte ficou exposto.

A preferencia ou prelação da hypotheca sobre outras hypothecas ou direitos reaes, depende do numero de ordem. Apresentada a hypotheca para a inscripção, recebe um numero de ordem, que o Protocollo consigna. O numero de ordem determina a prioridade do direito real e a prioridade, a prelação (Codigo Civil, art. 833, paragrapho unico).

Esta norma applica-se a todas as hypothecas voluntarias e legaes. Não, porem, á judiciaria, que é desprovida de prelação. Nessa defficiencia se baseou LAFAYETTE para opinar que o direito de sequela forma a essencia da hypotheca, sendo a preferencia qualidade extrinseca, attribuida por lei a esse direito real de garantia (2). Em verdade se não ha hypotheca sem *preferencia*, este attributo é tambem predicado consubstancial da hypotheca. Se não o possui a hypotheca judicial, é por ser esta uma forma

(2) Ver acima os §§ 143 e 144.

(3) *Direito das coisas*, § 268, 3.

anormal, que muitas legislações repellem e muitos autores condemnam.

Como direito real, a hypotheca tem preferencia sobre os pessoas, ainda que privilegiados, salvo a excepção acima referida, em favor do trabalhador agricola. "O credito real, declara o Código Civil, art. 1 560, prefere ao pessoal de qualquer especie, salvo a excepção estabelecida no art. 759, paragrapho unico do art. 759; o credito pessoal privilegiado ao simples, e o privilegio especial, ao geral".

III. Affirmou-se acima que o direito prelaticio inherente á hypotheca cedia o passo aos impostos e despesas judiciaes. These contraria, quanto aos impostos, sustentou AFFONSO FRAGA, apoiando-se em considerações historico-juridicas e na autoridade de jurisconsultos (4).

Se a argumentação do egregio civilista é respeitavel pela erudição e dialectica, desfaz-se perante o preceito do Código Civil, art. 577, paragrapho unico, que preceitua: — "Os onus dos impostos sobre predios, transmittem-se aos adquirentes, salvo constando da escriptura as certidões de recebimento, pelo fisco, dos impostos devidos, e, em caso de venda em praça, até o equivalente do preço da arrematação".

Se os onus dos impostos, que recaem sobre o immovel, passam aos adquirentes, é que funcionam como onus reaes; se, no caso de venda em praça, esses impostos podem absorver até a totalidade do preço obtido, é que os impostos têm preferencia sobre a hypotheca e qualquer

(4) AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 282; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 269, n. 5; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, commentario ao art. 677 do Código Civil, PEDRO LESSA, *Revista da Faculdade de direito de São Paulo*, vol. XIII; COSTA MANSO, *Revista dos tribunales*, vol. 10, p. 4.

outro direito real, independentemente de ordem na inscrição.

DIDIMO DA VEIGA, commentando o art. 6, § 4, do decreto n. 169-A, de 1890, mostrara que a preferencia dada aos impostos sobre os predios, tinha fundamento no interesse publico geral, que prevalece contra o interesse de ordem privada (5). E essa razão é categorica. Não é licito averbar de errada essa affirmacão do jurista citado, como alguns fizeram. Elle apenas tirou illações do preceito legal, e a sua opiniao pesou nos julgamentos do Poder Judiciario.

Não se affirmou que impostos sobre predios sejam direitos reaes. Aponta-se a similitude com os direitos reaes, reconhecendo-se, entretanto, que a sua energia é mais forte, porquanto independem de inscrição e prevalecem contra quaesquer direitos reaes. Pagam-se, em primeiro logar, nas execuções, por serem de ordem publica, por se fundarem no direito constitucional-administrativo, de que é ramificacão o fiscal (6). Para completar e esclarecer a extensão da força prelaticia da hypotheca e, em geral, da adherencia do direito real immobiliario, é que o Codigo se refere ao fisco; a materia não é de direito civil.

Aliás, no estado actual do nosso direito positivo, o caso está resolvido de accordo com a doutrina sustentada por DIDIMO DA VEIGA e pela jurisprudencia, a que adheriu o livro *Codigo Civil commentado*, obs. 2 ao art. 677. Effectivamente, o decreto n. 22.866, de 28 de Junho de 1933, declara, em seu art. 1.º: "Os impostos e taxas devidas á Fazenda Publica, em qualquer tempo, são pagos,

(5) *Direito hypothecario*, n. 196.

(6) Sobre o direito fiscal vigente, merecem apreço, entre outros: PLACIDO E SILVA, *Direito fiscal*, 1941; PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *Credito fiscal*, 1941; CARLOS ALBERTO DE CARVALHO PINTO, *Hermeneutica das leis fiscaes*, 1941.

preferencialmente a quaesquer outros creditos, seja qual fôr a sua natureza. Paragrapho unico. Pelo pagamento, respondem todos os bens do devedor, do seu espolio ou massa fallida, ainda quando gravada por onus reaes, que não poderão obstar o processo executivo para a respectiva cobrança”.

E, assim, a lei poz fim ao litigio.

II. *Sequela* — Consiste a sequela no direito de seguir a coisa sob o poder de quem quer que a detenha ou possua. Não é um direito especial da hypotheca, e sim commum aos direitos reaes, ainda que se exerça differentemente, segundo a forma do direito real de que é parte componente. Na propriedade, manifesta-se como direito de reaver a coisa do poder de quem, injustamente a possuía (Codigo Civil, art. 524). Os direitos reaes sobre immoveis alheios passam para o dominio de quem os adquire (art. 677) e, reciprocamente, os onus reaes gravam os immoveis em poder dos novos proprietarios. Se adquiro um immovel gravado de servidão, usufructo ou habitação, supporto o onus, que essas relações juridicas impõem, enquanto ellas subsistirem.

Da mesma forma, se adquiro um immovel hypothecado, estou sujeito á execução hypothecaria, que mover o credor, afim de se pagar pelo preço da venda judicial do immovel, que adquiri.

Sem a sequela, o direito de preferencia somente se exerceria, emquanto o immovel se conservasse em poder do devedor originario. A alienação do immovel eliminava-o. E, assim, de pouco valor seria afinal. Sem duvida, o interesse maximo da hypotheca está na prelação; mas, sem a sequela, faltar-lhe-ia base para a efficiencia.

V. O direito de sequela jaz latente, emquanto o immovel hypothecado se acha na posse do devedor ou daquelle que, por elle, deu o seu immovel em garantia do cumprimento da obrigação contrahida. E' com a transfe-

rencia da propriedade do bem hypothecado que se manifesta ou funciona o direito de sequela (7).

Para que, porem, a hypotheca se apresente munida de direito de sequela é necessario que se ache inscripta. Sem a formalidade da inscripção não existe o direito real de hypotheca. Dessa affirmacção resulta que o direito de sequela nasce com a inscripção e somente depois della pode ser exercido a respeito das situações juridicas ulteriormente estabelecidas.

Como, porem, a hypotheca é direito accessorio da obrigação, cujo cumprimento assegura, a sequela não se exerce antes do vencimento da obrigação (8), porquanto é nesse momento que a hypotheca faz sentir a sua effi-ciencia e finalidade. Parece irrecusavel esta proposição. No entanto, DIDIMO DA VEIGA sustentou opinião contraria. Escreveu elle: "sem que haja necessidade de estar a divida vencida, como se exige no direito francez (PONT, n. 1. 142), sem que se notifique o devedor principal, para solver a sua obrigação, como no Codice Civil francez (art. 2. 169) e na doutrina corrente (PONT, n. 1. 144), sem mesmo assignar prazo ao terceiro adquirente, como, alem do direito escripto (art. citado do Codice Civil francez), reclama a equidade; e, além della, os mais elementares principios do direito formal ou adjectivo, o adquirente é constituido, desde a acquisição, em obrigação de pagar ou remir a hypotheca, sob pena da excussão desta e de desapropriação forçada do immovel" (9). O douto civilista commentava o art. 10, § 3.º do decreto n. 169-A, de 1890; mas esse preceito foi trasladado, com modificação puramente verbal, para o Codice Civil, arts. 815 (10).

(7) No direito francez, diz-se *droit de suite*; no italiano, *diritto di seguito*; no argentino, *derecho de persecucion*.

(8) AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 285.

(9) *Direito hypothecario*, n. 297.

(10) Vejam-se os §§ 144 e 145 deste livro.

O que o citado decreto de 1890 e o Código Civil estatuem, porém, é que, o adquirente do imóvel hypothecado, querendo remir o bem assim gravado, terá trinta dias para notificar, judicialmente, o seu contracto aos credores hypothecarios, e propor o preço da remissão. Não lhe convindo a remissão do imóvel, poderá resgatar a hypotheca pelo preço da avaliação ou da aquisição, se esse preço bastar para o pagamento da hypotheca (art. 816, § 3.º). Portanto, a remissão não é obrigatória; sem ella o adquirente pode resgatar a hypotheca ou esperar a execução. A remissão é direito, diz o Código Civil, art. 815, principio: "Ao adquirente do imóvel cabe o direito de remil-o". Se não usar desse direito, sujeita-se ao effeito da execução. Desde logo? Não, porque, nesse momento, o credor não pode ainda exigir o pagamento da dívida, se não estiver vencida. Desde a transcrição? Certamente, não estando transcripta a alienação, esta não está realizada; é depois da transcrição do titulo tranlaticio da propriedade que esta se transfere. Mas, se o prazo estipulado para o pagamento da dívida ainda não se achar vencido, a transcrição não lhe antecipa o termo final.

Segundo affirmou LYSIPPO GARCIA, *nenhuma acção se pode basear em obrigação, que não seja exigivel* (11). Em continuação a essa regra de direito, accrescentou: "As obrigações sujeitas a prazo ou termo, só, vencido este, se tornam exigiveis, salvo os casos determinados em lei, ou estipulados no contracto, antecipando o vencimento. Para as dividas providas de garantia real, esses casos vêm no art. 762 do Código Civil, e, entre elles, não se menciona o da venda do bem hypothecado. Nem se poderia mencionar, porque, é doutrina pacifica, a hypotheca não impede a alienação, nem dahi resulta damno ao credor, uma vez

(11) *Registro de immoveis*, II, p. 232.

que a coisa hypothecada passa, com o onus ao terceiro adquirente; nem ha hoje inconveniente nisso, diz o eximio civilista LACERDA DE ALMEIDA, desde que o registro predial dá conta das alienações.

V. O terceiro adquirente pode oppor, no executivo hypothecario, tanto as excepções que lhe forem proprias quanto as do devedor. Em consequencia do direito de sequela, de que se acha provido o credor, não remindo o devedor o bem hypothecado, soffrerá a expropriação forçada, com todas as consequencias della provindas.

No caso de ser a coisa hypothecada, vendida ou, por outro modo, alienada, *a non domino*, o adquirente não terá recebido o onus, porque a hypotheca é nulla.

CAPÍTULO XVIII

DAS ACÇÕES QUE NASCEM DA HYPOTHECA

§ 200

DAS AÇÕES DO CREDOR HYPOTHECARIO

Das acções do credor. Já no decorrer da exposição do direito hypothecario foram indicadas as differentes acções oriundas da hypotheca. Destacam-se agora por imposição do methodo seguido.

Ao credor hypothecario cabem as seguintes acções:

a) *A acção executiva*, para obter, não sendo, espontaneamente, pago, a somma integral do seu credito, juros, outros accessorios e despezas judiciaes. Tem o seu fundamento esta acção no art. 826 do Codigo Civil e dellas tratou o § 150 desse livro. O seu rito é o estabelecido pelo Codigo de Processo Civil, arts. 299, 301, 927 e seguintes. Esta acção presuppõe o vencimento da obrigação garantida pela hypotheca, é real e, consequentemente, attinge a todo aquelle que tiver a coisa hypothecada em seu poder; é alternativa, pois tende a condemnar o réo a pagar

imediatamente ou ver se lhe penhorar o bem e soffrer os demais termos da execução.

b) A acção de reforço, fundada no art. 762 do Código Civil, para exigir do devedor que complete a garantia desfalcada por deterioração ou depreciação da coisa dada em garantia, sob pena de considerar-se vencida a dívida.

E' uma acção comminatoria, destacada no Código de Processo Civil, art. 302, IV, para cumprimento da obrigação legal de fazer o devedor, o que, com direito, lhe exige o credor, provando o desfalque. Se o devedor attende á reclamação do credor, desaparece o fundamento da acção, não ha direito a assegurar. E', pois, necessário que o credor comece intimando o devedor a reforçar a garantia, que se tornou insufficiente (Código Civil, art. 954, III).

A necessidade de reforço tambem se dá em relação á hypotheca legal, nos termos do art. 819 do Código Civil (1).

§ 201

DAS ACCOES DE REMISSAO PELO ADQUIRENTE DO BEM HYPOTHECADO E PELO CREDOR DE HYPOTHECA POSTERIOR

a) A acção do adquirente do bem hypothecado, afim de remil-o, tem o seu fundamento no art. 815 do Código Civil e se acha regulada pelo Código de Processo

(1) Sobre o assumpto deste inciso, vejam-se CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil interpretado*, vol. IV, comm. V ao art. 302; e PLACIDO E SILVA, *Commentarios ao Código de Processo Civil*, ns. 377 e 378; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 391.

Civil, arts. 393 e seguintes (1). E', como diz PLACIDO E SILVA, uma acção-liberação. Tem por fim libertar a coisa sujeita á hypotheca desse onus, ou seja da penhora e da execução e mais consequencias oriundas do vinculo hypothecario. Deve ser proposta dentro de trinta dias contados da transcripção do titulo acquisitivo da propriedade, seja compra ou doção, acto entre vivos ou *mortis causa*. Aquelle que adquire a coisa sob condição resolutive, pode remil-a, pois que é proprietario emquanto o seu direito não se resolve. Sobrevindo a condição resolutive depois de ter sido remido o bem, perde o adquirente a propriedade, que estava subordinada a essa condição, a qual volverá a quem competir.

Devem ser citados os credores hypothecarios, pois que têm direito sobre a coisa a ser remida (Codigo Civil, art. 815 e Codigo de Processo Civil, art. 394). Este ultimo corpo de leis manda o adquirente requerer citação dos credores hypothecarios, ao passo que o primeiro o exigia apenas notificação judicial. A citação será feita no domicilio inscripto, isto é, o designado pelos credores no contracto hypothecario (Codigo Civil, art. 846, paragrapho unico), ou por editaes se ali não forem encontrados (artigo 815, § 1.º, 2.ª alinea).

Segue-se a marcha estabelecida pelo Codigo de Processo Civil, arts. 395 a 404.

b) Remissão do bem hypothecado pelo credor de hypotheca posterior. O fundamento desta acção é o Codigo Civil, art. 814 e a elle se refere o Codigo de Processo Civil, art. 293, II, sem qualquer desenvolvimento espe-

(1) Vejam-se: CARVALHO SANTOS, *Codigo de Processo Civil interpretado*, V, aos arts. 393 e seguintes; PLACIDO E SILVA, *Commentarios ao Codigo de Processo Civil*, sobre os referidos artigos; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 392. Veja-se mais o § 143 deste volume.

cial. O objectivo da acção é desinteressar o credor hypothecario anterior, pago do seu credito integralmente. O remissor fica subrogado no direito do credor hypothecario anterior. Pode a remissão ser proposta em qualquer tempo depois do vencimento da primeira hypotheca, ainda que por antecipação.

“A remissão conferida por lei ao credor de hypotheca ulterior não é, como diz CARVALHO SANTOS, senão o direito de avocar a prelação de que goza a hypotheca inscripta em primeiro logar (2).

(2) *Código de Processo Civil interpretado*, ao art. 392, n. 4.

CAPITULO XIX

DA EXTINCCÃO DA HYPOTHECA (1)

§ 202.

DO DESAPARECIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

I. O Código Civil, art. 849, menciona oito modos pelos quaes se extingue a hypotheca:

- a) O desaparecimento da obrigação principal.
- b) A destruição da coisa.

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 275 a 278; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 206 a 208; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 310 a 330; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, ps. 111 a 116; A. D. GAMA, *Da hypotheca*, ns. 125 e segs.; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, §§ 110 e segs.; SPENCER VAMPRÉ, *Manual de direito civil brasileiro*, § 127; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 251 e segs.; PLANIOL, *Traité*, ns. 3.338 a 3.452; LAURENT, *Cours*, IV, ns. 573 a 581; HUC, *Commentaire*, XIV, ns. 52 a 69; ZACHARIAE, *Droit civil français*, V, §§ 830 e 831; AUBRY et RAU, *Cours*, III, §§ 292 e 293; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, II, ns. 1.221 a 1.260; GUILLOUARD, *Des privilèges et hypothèques*, IV, ns. 1.893 a 1.934; CHIRONI *Istituzioni di diritto civile*, § 240; NICOLA STOLFI, *Diritto civile*, 2.º, parte terceira, ns. 986 a 1.041; DIAS FERREIRA, *Código Civil portuguez*, II, ao art. 1.027; PLANIOL et RIPERT, avec le concours de E. BECQUÉ, *Suretés réeles*, 2.ªe partie, ns. 1.307 e segs.; SALVAT, *Derecho civil argentino*, (*derechos reales*), ns. 2.483 e segs..

- c) A resolução do dominio.
- d) A renuncia do credor.
- e) A remissão.
- f) A sentença passada em julgado.
- g) A prescrição.
- h) A arrematação ou adjudicação.

II. *Desapparecimento da obrigação principal.* A *hypotheca* é direito accessorio, creado para garantir obrigação. Se a obrigação se extingue, desapparece a *hypotheca*, por não ter mais finalidade. Sendo garantia de determinada obrigação, não tem mais razão de ser, desde que a obrigação deixa de existir.

O desapparecimento da obrigação garantida deve ser total; porque, em virtude da indivisibilidade da *hypotheca*, emquanto existir qualquer parcela da obrigação, conserva-se a *hypotheca*, a fim de assegurar-lhe o pagamento.

O modo mais commum de extinguir a obrigação é o seu pagamento, que pode revestir varias formas, segundo se vê do Codigo Civil, arts. 928 e seguintes (dos effeitos das obrigações).

III. Alguns desses modos de pagamento geram duvidas, que os autores procuram desfazer. No pagamento, em que se substitue a coisa devida por outra (*datio in solutum*), pode acontecer que o adquirente seja evicto. Dada a evicção, se restabelece a obrigação primitiva, ficando sem effeito a quitação dada (Codigo Civil, art. 998). Com a *hypotheca* é tambem possivel que o arrematante do immovel soffra evicção. Nesse caso, ao evicto cabe o direito de reaver do credor o preço por elle recebido. A obrigação do devedor se restabelece, mas sem a garantia real, porque o seu objecto desappareceu, ou, ella nunca o teve, pois que o bem hypothecado não pertencia a quem o dera em garantia da solução da divida. Tinha este apenas a posse do bem, ainda que, aparentemente, fosse o proprietario.

Em outras circumstancias, poderá a evicção dar-se, estando ainda o bem hypothecado na posse do devedor. Tambem, neste caso, a hypotheca se desfaz por falta de objecto, e a obrigação principal subsiste.

A regularidade do registro de immoveis torna muito raros esses casos de evicção, por não ser proprietario o que dá garantia real sobre immovel, ou outro bem, hypothecavel; mas é sempre possível que occurram.

A solução dada acima não é geralmente acceita (2). Entendem alguns que a obrigação se extingue com o pagamento, ainda que o credor seja evicto; sustentam outros que, dada a evicção contra o credor, que recebeu o immovel em pagamento da divida, resurgem a obrigação e a sua garantia. A primeira opinião é mal fundada, porque o credor evicto não foi, effectivamente, pago, e é contraria ao que dispõe o art. 998 do Codigo Civil (3). A segunda, por igual, não se apoia em bôa razão, porque, se o bem dado em garantia foi, por sentença, retirado do poder do credor e entregue ao seu dono verdadeiro, subsiste a divida; mas a grantia dada não mais existe, por falta de objecto. O credor exigirá do devedor a obrigação e mais perdas e danos; porem a hypotheca inscripta desappareceu e foi cancellada, por ter recahido em coisa alheia.

IV. Extinguindo-se a obrigação por substituição da divida, do devedor ou do credor, os accessorios da obrigação tambem se extinguem (Codigo Civil, art. 1.003), e

(2) Havia dissidio de opiniões no direito romano, quanto á influencia da evicção sobre o pagamento da divida. E os autores modernos tambem disputam sobre esse ponto. V. o *Codigo Civil comentado*, ao art. 998; *Direito das obrigações*, § 40; M. I. C. DE MENDONÇA, *Obrigações*, I, n. 339; JOÃO LUIZ ALVES., *Codigo Civil anotado*, ao art. 998; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, n. 311; HUC, *Commentaire*, VIII, n. 31; PLANIOL, *Traité*, n. 555; SALEILLES, *De l'obligation*, n. 48.

(3) Codigo Civil, art. 998: Se o credor fôr evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem effeito a quitação dada.

entre elles se acha a hypotheca. Para que se verifique a novação, é necessario consentimento das partes, excepto quando ella se realiza por substituição do devedor (Codigo Civil, art. 1.001). *Ignorantis et inviti conditio melior fieri potest* (D. 46, 3, fr. 52). Dada a novação por substituição de credor, haverá transferencia do credito hypothecario, isto é, cessão do credito com a garantia, que assim fica reservada, desde que do registro respectivo conste a operação. Se a novação fôr objectiva, substituida a antiga obrigação por outra, tambem poderá ser mantida a hypotheca, mediante averbação no registro (4). Dada, porem, a substituição do devedor, não haverá resalva da hypotheca; esta se extingue com a divida primitiva, porque a garantia real ha de recahir sobre bem do devedor, ou de quem o dê por elle. E o novo devedor nem é o dono da coisa hypothecada, nem pode garantir, a favor de outro devedor, a divida, que este assumiu, maxime se a substituição foi feita sem o seu assentimento.

O Codigo Civil, art. 1.003, preceitua: "A novação extingue os accessorios e garantias da divida, sempre que não houver estipulação em contrario". Mas o art. 1.004 estabelece uma restricção á resalva da garantia: "A resalva da garantia é inutil, quando a hypotheca, o penhor ou a antichrese recáem sobre bem de terceiro, que não foi parte na novação". Outra restricção é a apontada acima: quando a novação é subjectiva, por mudança do devedor, maxime tendo-se dado a transferencia da divida sem intervenção ou sciencia delle.

V. Quanto á prescripção, veja-se o que a respeito expõe o parographo 195.

(4) Leiam-se a respeito: LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 87; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, n. 312; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, p. 255; meu *Direito das obrigações*, § 46.

§ 203

DA DESTRUIÇÃO DA COISA HYPOTHECADA

I. E' principio de direito, consignado no Codigo Civil, art. 77, que *perce o direito, perecendo o seu objecto*. Perecendo a coisa dada em garantia do cumprimento de alguma obrigação, *perce a garantia, pois que preceu o seu objecto*.

A destruição da coisa hypothecada deve ser completa. Subsistindo uma parte, o solo, por exemplo, depois de ruir o edificio, a hypotheca permanece na parte restante, cabendo ao credor o direito de pedir reforço (Codigo Civil, art. 762, I).

II. LYSIPPO GARCIA (1) refere um caso, que, "não sendo de destruição, tem com ella certa afinidade", porque, realmente, o objecto da hypotheca se esvae, não chega a concretizar-se. E' o caso, em que o devedor dá em hypotheca a parte ideal, que lhe cabe na coisa indivisa, se partilhada esta, não couber parte alguma ao devedor hypothecante. Parece que a razão está com o douto jurista. Trata-se de coisa indivisivel, pois que, na partilha, ao hypothecante não coube uma parte material da coisa commum. Dada a divisão, necessariamente, caberia uma parte material ao devedor, e sobre essa parte recahiria a hypotheca. Se, por ser indivisivel a coisa hypothecada, houver accordo no sentido de algum dos consortes ficar com a parte material do devedor hypothecante, dar-se-á alienação, mas o ex-consorte adquirente dessa parte não estará sujeito ao vinculo hypothecario, porque a hypotheca instituida por condomino somente se concretiza se a coisa fôr

(1) *Registro de immoveis*, II, 261 e 262.

divisível: e recahirá sobre a parte que couber ao hypothecante.

Sendo a coisa indivisível, não poderá o condômino hypothecar a sua parte na coisa commum (Codigo Civil, art. 757). A garantia real ha de ser dada na sua totalidade, com o consentimento de todos.

III. Ha objectos que podem separar-se da coisa dada em hypotheca, sem produzir desfalque ou deterioração prejudiciaes ao credito hypothecario. Taes são os fructos e productos; os ornatos não mencionados no contracto hypothecario; e, em geral, o que pode ser retirado da coisa hypothecada, sem diminuir-lhe o valor.

A esses objectos não se applica o direito de sequela.

§ 204

DA RESOLUÇÃO DO DOMINIO (1)

Occorre resolução de dominio: a) quando existe, no proprio titulo de sua constituição, um principio, que o ha de extinguir, realizada a condição resolutoria, ou advindo o termo, seja por força de declaração da vontade, seja por determinação de lei; b) ou quando sobrevem uma causa capaz de extingui-lo, como no caso de ser revogada a doação.

Assim, a resolução se effectua por causa inherente ao titulo ou por causa superveniente. Quando o principio re-

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 27; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 1.050 a 1.065; PLANIOL-RIPERT et PICARD, *Les biens*, ns. 231 e segs.; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 220 bis; o § 53 deste mesmo livro e o Codigo Civil, arts. 647 e 648.

solutorio se encontra no proprio titulo, resolvido o dominio, resolvem-se os direitos reaes concedidos na pendencia do termo ou da condição, declarava o art. 647 do Codigo Civil. Almitte-se, entretanto, que as partes contractantes modifiquem essa consequencia, se a isso não se oppuzer a natureza da relação.

Quando a resolução é determinada por causa superveniente, subsistem os direitos reaes constituídas antes do facto, que determina a resolução, determina o art. 648.

§ 205

DA RENUNCIA DO CREDOR

I. Renuncia de uma dívida é o acto pelo qual o credor abre mão do seu direito, ou substituindo-o por outro (acto oneroso); ou sem compensação alguma (liberalidade) (1). Todas as obrigações attinentes a interesses do credor podem ser, por elle, renunciadas, não assim as referentes a direitos estabelecidos no interesse da ordem publica ou da collectividade.

As hypothecas legaes, constituídas no interesse da sociedade, seja em protecção de certas pessoas, seja na defesa do patrimonio social, não podem ser renunciadas. Exceptua-se a do offendido, que a elle, individualmente, interessa. As convencionaes, como é principio acceto que qualquer pode renunciar o seu direito, se a elle só diz respeito, podem ser renunciadas (2).

(1) Ver o meu *Direito das obrigações*, § 47.

(2) Os casos de renuncia tacita, referidas por LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 296, não se harmonizam com os principios dominantes nesta materia, segundo o direito actual.

II. O que se diz da renuncia se applica à remissão da divida, que é a liberação graciosa della, que faz o credor, exonerando o devedor e os seus coobrigados. Pode resultar de acto expresso ou da entrega voluntaria do titulo da obrigação (3).

O paragrapho seguinte occupa-se de remissão, mas noutro sentido.

§ 206

DA REMISSÃO DO BEM HYPOTHECADO

O paragrapho antecedente referiu-se á remissão da divida, que é a entrega voluntaria do titulo creditorio ou o acto de exoneração do devedor pelo credor capaz. Agora é da liberação do bem que se trata e não da divida.

Segundo estatue o art. 814 do Codice Civil, o credor da segunda hypotheca pode remir a primeira, quando esta se vence e não é executada, nem expontaneamente paga pelo devedor.

Os arts. 815 e 816 regulam a remissão do bem hypothecado por quem o adquiriu com esse onus. E, pelo art. 818, se permittem as remissões do bem, entre a praça e a assignatura do auto de arrematação, feitas pelo proprio devedor executado, sua mulher, ascendentes e descendentes, afim de evitar que os bens passem a mãos estranhas.

(3) Codice Civil, arts. 1.053 a 1.055. A entrega voluntaria do objecto dado em garantia real prova a renuncia della, mas não a extinção da divida. Esta regra não tem applicação à hypotheca; refere-se ao penhor e á antichrese, relações juridicas, em que o credor tem a posse do bem, que assegura o cumprimento da obrigação.

Vejam-se os paragraphos 143 a 146 deste volume, onde esta materia foi exposta.

Liberado o immovel, extingue-se a hypotheca, porque a divida está solvida.

§ 207

DA SENTENÇA PASSADA EM JULGADO

I. Trata-se, em particular, da sentença que rescinde ou declara nulla a hypotheca.

O paragrapho 150 deste volume tratou da nullidade e da annullabilidade da hypotheca, com referencia á forma e á substancia, ao contracto hypothecario e á constituição do direito real propriamente dicto. Desde que os vicios do contracto se reflectem, directamente, sobre a sua garantia real, forçoso era não deixal-os de parte, ainda que, simplesmente, para as assignalar.

II. Se a sentença apenas annulla a inscripção, a hypotheca perde a sua categoria de direito real; mas pode readquiril-a em seguida. E como o contracto ficou intacto, depende, exclusivamente, da diligencia do interessado renovar a inscripção. E' extincção provisoria, que se tornará definitiva, se o credor não promover a renovação. Mas, nesse caso, elle renuncia a hypotheca, dando outra causa à extincção do onus, sem prejuizo do contracto.

DIDIMO DA VEIGA sustenta que a sentença annullatoria da inscripção não affecta senão a publicidade da hypotheca, mas não a extingue (1). Essa affirmacão não

(1) *Direito hypothecario*, n. 320.

attende ao facto de que a inscripção transforma o direito obrigacional do contracto em direito real. Antes della havia mero contracto; depois della surge o direito real.

Faz-se referencia á hypotheca voluntaria ou convencional, porque a situação da legal é differente. Não diremos a respeito da hypotheca legal, que, antes da sua inscripção, haja contracto; ha sim obrigação fundada em lei e, por isso, coercitivamente imposta, respondendo por perdas e danos as pessoas incumbidas da inscripção das hypothecas legaes, se deixarem de cumprir essa obrigação. Além disso, a indemnização não isentará o funcionario culpado da responsabilidade criminal (regulamento dos registros publicos, art. 270).

§ 208

DA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO HYPOTHECARIA

I. As acções reaes prescrevem em dez annos, entre presentes, e em vinte, entre ausentes (Codigo Civil, artigo 177). A hypotheca, sendo direito real, a acção que origina está incluída nessa regra, em relação a terceiros; mas não, em relação ao devedor, porque a hypotheca é direito accessorio e, consequentemente, a sua existencia se acha, intimamente, ligada á obrigação, cuja execução assegura, e a sua prescripção para para o devedor será, naturalmente, a da obrigação.

O terceiro, que adquiriu o bem hypothecado como livre e o possuiu, tranquillamente e ininterruptamente, durante dez ou vinte annos, adquiriu-lhe a propriedade nas condições em que o possuiu, isto é, livre do onus hypothecario.

Não se deve presumir, sempre, má fé da parte do adquirente, porque a inscrição dá plena publicidade á hypotheca, pois que, em verdade, é possível (menos, talvez, nos centros adeantados, mas, irrecusavelmente, em logares distantes) que alguém adquira, de bôa fé e mediante justo titulo, um immovel gravado de onus real, suppondo-o perfeitamente livre. E se, apesar da transcripção, é licito usocapir o immovel, não ha razão sufficiente para não admittil-a em virtude da inscrição.

II. AZEVEDO MARQUES (1) opina differentemente., admirando-se de ter o grande LAFAYETTE commettido o erro de sustentar que a prescripção mencionada acima não é a da obrigação, aliás já considerada entre os modos de extinguir a obrigação, no n. I do art. 819 do Código Civil, nas palavras: *pelo desaparecimento da obrigação principal*. A prescripção extinctiva faz desaparecer a obrigação principal, privando-a de acção.

LAFAYETTE (2) havia escripto que a hypotheca se extingua, tambem, tanto pela prescripção extinctiva, por via de consequencia, quanto pela prescripção acquisitiva, directamente. E explicou o seu pensamento affirmando: "a dita prescripção, porem, é distincta da aquisição do dominio, embora possam, muitas vezes, coincidir. A primeira corre contra o credor e a segunda contra o dono de immovel, o que determina differenças importantes".

E exemplificou: "Figure-se que o possuidor adquiriu o immovel do verdadeiro dono (*a domino*) e por titulo legal, mas que o immovel lhe veio onerado de hypotheca. Neste caso, o possuidor o prescreve, não para adquirir o dominio, que lhe foi transferido por titulo, que dispensa a prescripção, mas tão somente para libertal-o da hypotheca. Eis, pois, a prescripção acquisitiva da liberdade do

(1) *A hypotheca*, ps. 111 e seguintes.

(2) *Direito das coisas*, § 278.

predio a funcionar, sem o concurso da prescrição acquisitiva do domínio”.

Não foi esse o ponto de vista, em que me colloquei acima e ao commentar o n. 6 do art. 849 do Código Civil, observação 6. Referi-me ao usocapião do immovel hypothecado, quando possuido como livre; e affirmei que adquirida a propriedade, esta seria igualmente livre. E de inicio, declarei tratar-se da prescrição da acção hypothecaria, querendo significar que tal acção tambem succumbia com o tempo, em dadas circumstancias. Algo mais direi depois.

Seja como fôr, não vejo erro em LAFAYETTE, no que escreveu sobre o assumpto da prescrição acquisitiva da hypotheca. Podem oppor-se-lhe argumentos, mas não taxar de erro o que escreveu, com apoio em autores de nomeada.

DIDIMO DA VEIGA (3) tambem, como AZEVEDO MARQUES, opina que as prescrições, a que se refere o decreto n. 370, de 2 de Maio de 1900, arts. 230 a 232, não autorizam a opinião de LAFAZETTE, sobre a extincção da hypotheca “por effeito de uma especie de prescrição acquisitiva (*libertatis usocapio*), porque essa doutrina, admissivel no direito francez, se funda na clandestinidade da hypotheca. Entende o commentador do decreto numero 169-A, de 19 de Janeiro de 1890, que a inscripção, fazendo prevalecer a hypotheca *erga omnes, quoad tertios*, o terceiro adquirente não pode estar de bôa fé sobre a liberação do immovel, emquanto perdura a inscripção.

Já vimos o que pensar desses argumentos, que não são peremptorios, como se infere que os considera o douto jurista. E, em face da legislacão vigente, ao tempo em que elle escreveu, ha que notar o seguinte: se o art. 11 do decreto n. 169-A, de 1890, não faz referencia á prescrição,

(3) *Direito hypothecario*, n. 325.

seja extinctiva, seja acquisitiva, o regulamento n. 370, de 2 de Maio do mesmo anno. menciona as duas no seu artigo 226, n. 10, e. no art. 232, admite a efficacia da prescripção acquisitiva, desde que o respectivo titulo se ache transcripto, correndo a prescripção da data da transcriptão. Quer dizer o dispositivo: a hypotheca inscripta não impede que terceiro possuidor do immovel possa adquiril-o por usocapião; mas, apesar disso, subsiste a hypotheca do immovel até que, por sua vez, com o decurso de dez ou vinte annos, a posse do immovel determine a extinctão do onus real. Essa foi a norma que estabeleceu o decreto regulamentar, no intuito de completar ou corrigir a lei.

LYSIPPO GARCIA (4), dissertando extensa e proficuamente sobre o ponto examinado, conclue:

“Se a situação do credor com hypotheca não é identica á do proprietario; se o titulo de aquisição não é habil para libertar os bens transmittidos, dos direitos reaes, que os gravam; se a bôa fé não milita em favor do adquirente, repellida pela presumpção em contrario; claro é que o *usocapião ordinario* da propriedade, aliás um tanto deslocado no systema do Codigo, é, de todo, inapplicavel á hypotheca.

“A razão está com DIDIMO, AZEVEDO MARQUES, L. CARPENTER e PHILADELPHO AZEVEDO: é de 30 annos o prazo da *libertatis usocapio* (5).

LYSIPPO faz notar que o Projecto primitivo do Codigo Civil, não conhecia a usocapião de dez ou vinte annos e sim, tão somente, a trintenaria, porque era a unica admissivel no sysetema de organização da propriedade immovel, que adoptara. Mas o projecto foi alterado nesta

(4) *Registro de immoveis*, II, ps. 266 a 280.

(5) L. CARPENTER, *Manual do Codigo Civil*, IV, p. 365; PHILADELPHO AZEVEDO, *Registros publicos*. JOÃO VILLASBÔAS, *Hypotheca naval*, ns. 364 a 366 tambem opina que não se applicam á hypotheca os prazos prescripçionaes de dez ou vinte annos.

parte; e, admittido o usocapião ordinario para a propriedade, forçoso será admittil-o para a hypotheca, nos termos já expostos.

III. A essas opiniões contrarias oppõem-se outras favoraveis á que ficou exposta sob o n. I deste paragrapho.

De AFFONSO FRAGA: vae transcripto um trecho decisivo (6): "Se a inscrição operasse um obstaculo invencivel á prescripção *longi temporis*, então ter-se-ia de concluir que a aquisição de qualquer immovel seria impossivel pela posse de dez annos entre presentes e de vinte entre ausentes, uma vez tendo o proprietario transcripto o seu titulo de aquisição, vale dizer, a prescripção *longi temporis* no Codigo não passaria de uma these abstracta, sem applicação pratica".

E' possível que as nossas opiniões não coincidam em todos os seus pontos; pois eu sustento que a prescripção mencionada sob o n. VI do art. 849 do nosso Codigo Civil é da acção hypothecaria, ainda que em consequencia do usocapião ordinario, e AFFONSO FRAGA põe em relevo o usocapião applicado ao vinculo hypothecario. Mas, em substancia e nas consequendios, diluem-se as discrepancias.

SPENCER VAMPRÉ (7) diz: A hypotheca se extingue:

9) Pela usouapião da liberdade da roisa hypothurada.

E esclarece o seu pensamento: "Tal usocapião se opera em favor do terceiro, que adquiriu o immovel como livre e o possuiu como tal, durante dez ou vinte annos, depois de transcripto o seu titulo no registro de immoveis, ou durante trinta annos, embora não tenha justo titulo".

(6) *Direitos reaes de garantia*, ps. 904 a 905.

(7) *Manual do direito civil brasileiro*, II, § 127.

De accordo com LAFAYETTE, o acatado professor de São Paulo, distingue a *usocapio libertatis* do usocapião, modo de adquirir classico, e tira as consequencias dahi decorrentes.

LACERDA DE ALMEIDA (8) menciona, entre os modos pelos quaes se extingue a hypotheca, a prescripção da liberdade do predio, por parte do terceiro adquirente. Figura o caso em que terceiro de bôa fé pode adquirir, por usocapião, no prazo de dez ou vinte annos, um predio *a non domino*, ignorando que estivesse hypothecado. A aquisição do dominio far-se-á sem o onus hypothecario. Se, porem, o adquirente estiver de má fé, quanto á hypotheca, somente pelo usocapião trintenario estará o predio libertado do gravame. Entretanto, attendendo ao disposto no decreto n. 370, de 1890, observa que essa prescripção não pode valer contra hypotheca inscripta, se o titulo do adquirente não estiver transcripto.

IV. O dissidio, como se vê, é grande entre os nossos tratadistas. Parece, entretanto, que melhor revelam o pensamento do Codigo os mencionados sob o n. III. Aliás, não ha perfeita identidade entre o que expõem, salvo no ponto essencial: o n. VI do art. 849 do Codigo Civil não se refere á prescripção da obrigação principal, que já fôra considerada.

Realmente, se passarmos em revista as causas extintivas da hypotheca, enumeradas no art. 849 do Codigo Civil, verificaremos que o n. I visa a obrigação principal (o seu desaparecimento); o n. II, a coisa hypothecada (destruição ou resolução do dominio); os numeros seguintes focalizam o vinculo hypothecario: renuncia do credor, remissão do bem hypothecado, sentença annullatoria da

(8) *Dir-cito das coisas*, § 208, V, d e nota 21.

hypotheca, arrematação ou adjudicação do bem hypothecado. É logico induzir dessa enumeração que o pensamento não volveu mais a considerar a obrigação principal, quebrando o ritmo seguido, maxime já tendo incluído esse caso sob o n. I, pois que a prescrição determina o desaparecimento da obrigação, tornando-a inerte, desprovida de acção.

Não se tratando de prescrição da obrigação principal, é claro que é de prescrição da acção que se occupa o n. VI do art. 849.

E esta pode dar-se:

— Como acima se disse, quando um terceiro adquire, como livre, um immovel hypothecado e o possui por dez ou vinte annos, sem interrupção nem contestação, ignorando a existencia do gravame. Para esse adquirente, prescreveu a acção hypothecaria.

Ou, em outros termos, o terceiro adquiriu a *non domino* o bem hypothecado, achando-se de bôa fé, contando o tempo para adquirir o immovel e tendo titulo justo. Com a sentença que reconhecer o usocapião, extingue-se a acção hypothecaria do credor, porque o adquirente se tornou proprietario livre desse bem.

Se, porem, o adquirente conhecia o gravame do immovel, falta-lhe o requisito da bôa fé (8) para poder invocar em sua defeza a prescrição da acção hypothecaria.

Quando a posse do adquirente attinge aos trinta annos, dá-se o usocapião trintenário, que dispensa titulo e bôa fé, por haver prescrição legal de existirem. Neste caso, é claro que se acha, definitivamente, prescripta a acção hypothecaria. Nenhuma acção tem vida mais longa.

(8) Ver ALÍPIO SALVEIRA, *A bôa fé no direito civil*, ps. 102-106.

§ 209

DA ARREMATAÇÃO E DA ADJUDICAÇÃO

O art. 849 indica, ainda, como actos extenctivos da hypotheca, a arrematação e a adjudicação, que são os termos finais das execuções. Rerefer-se o Código Civil, nesta provisão, á execução hypothecaria, pois que a execução por credores chirographarios, ainda que termine pela venda em hasta publica ou na entrega do bem ao exequente, não é meio de extinguir a hypotheca, segundo já tem sido declarado por sentença (1). A acção promovida pelo credor hypothecario é que pode concluir pela affirmacão do seu direito possoal, transformado em real. Na execução por credor chirographario, terá este de nifical-a aos hypothecarios sob pena de nullidade (Código Civil, art. 826). Essa notificação, porem, não tem a força de desclassificar o direito real da hypotheca, visto como a lei não lh'o dá. Se a execução do credor chirographario fôr notificada aos hypothecarios, é valida, maç somente para o effeito de ser declarado o seu direito; o da hypotheca subsiste por sua propria natureza de real, que somente perderia a sua effi-ciencia expressa na prelação, se a lei assim tivesse disposto. Se, ainda na fallencia do devedor, o credito hypothecario mantem a sua força, não poderia perdel-a em uma execução individual.

A Corte de Appellação do Distrito Federal decidiu que somente a arrematação feita no executivo hypothecario extingue a hypotheca e não a que se der em qualquer

(1) Ver o meu *Código Civil commentado*, III, observação ao art. 849, onde se faz referencia a decisões da Corte de Appellação do Distrito Federal e do Supremo Tribunal Federal adeante mencionadas; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 274; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 208, V; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, n. 389.

outra execução (*Revista de Direito*, vol. VI, p. 681). E o Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, declarou que a arrematação em hasta pública, em execução de credores chirographarios, não é meio de extinguir a hypotheca.

Seria inútil prover a hypotheca de prelação, se a execução do credor chirographario a pudesse extinguir. Combinaria o devedor, com alguém, dívida exigível antes do termo da hypotheca, deixaria de pagar, seguir-se-ia a execução, o bem seria arrematado e o direito de prelação desapareceria. Tal não pode ser. No conflicto entre o direito real e o pessoal, prevalece o primeiro, segundo a construcção jurídica existente na lei e na doutrina.

§ 210

DO CANCELLAMENTO DA HYPOTHECA (1)

I. *Cancellamento* é a averbação datada e assignada, que o official competente lança no registro, declarando extincta a inscripção. Deverá o official certificar a razão do cancellamento e o titulo, em virtude do qual foi elle feito (2).

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 250; AFFONSO FRAGA, *op. cit.*, § 108; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 189; DIDIMO, *Direito hypothecario*, n. 331; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, ps. 117 a 119; A. D. GAMA, *Da hypotheca*, n. 136; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 284 e segs.; LAURENT, *Cours*, IV, ns. 539 a 546; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 3.058 a 3.072; HUC, *Commentaires*, X, ns. 373 a 389; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, II, ns. 1.069 a 1.187; GUILLOUARD, *Des privilèges et hypothèques*, III, ns. 1.413 a 1.465; AUBRY et RAU, *Cours*, III, § 281 e 282; PLANIOL et RIPERT, *avec le concours de BECQUÉ*, *Suretés réels*, n. 844 e segs..

(2) *Regulamento dos registros publicos*, art. 288.

A inscrição cancella-se por qualquer das causas extintivas da hypotheca, mencionadas no art. 849 do Código Civil, e em virtude de sentença, que a declare sem effeito.

E' do averbamento da extinção da hypotheca no registro, isto é, do cancellamento da inscrição que cessam os effeitos do onus hypothecario, referentes á coisa sobre que recáe. Emquanto não é cancellada, a hypotheca produz os seus effeitos (Código Civil, art. 850).

LAFAYETTE censurou este rigor da lei, que se lhe afigurava contrariar os principios fundamentaes do direito e gerar absurdos intoleraveis, sem justificação com fundamento nas necessidades logicas do systema de publicidade.

E' principio fundamental de direito, allegava elle, que o contracto nullo, *ipso jure*, não pode ser acceito em juizo. No entanto, o juiz ha de accetal-o e dar-lhe execução, se esse contracto se achar garantido por escriptura de hypotheca inscripta, emquanto a inscrição não fôr annullada por acção ordinaria.

"O credor hypothecario, continua o jurisconsulto, é pago da divida, passa quitação, mas omitta o consentimento para o cancellamento. Se esse credor se apresenta em concurso de preferencia, não poderá ser repellido, porque a inscrição não está cancellada.

"A inscrição é nulla, porque nella se omitta o nome do devedor ou o quantum da divida. O credor vem a concurso de preferencia, ha de ser recebido, ha de triumphar, porque a inscrição ainda não foi cancellada.

"Pode a razão humana tolerar aburdos destes?"

E prosegue a critica, em parte, accetavel e, em parte, exagerada (3).

(3) Leia-se no *Direito das coisas*, 2.^a edição, a nota 219 ao parographo 250, da qual fôram extrahidas as passagens citadas.

AFFONSO FRAGA (4) aceita a critica de LAFAYETTE. "Com effeito, escreve, o espirito humano, affeito ás locubrações juridicas, não pode conceber que; extincto um direito principal, por qualquer causa das enumeradas em direito, possa subsistir com vida e efficacia a inscrição da hypotheca, que, como direito accessorio, o suppõe".

II. Recorde-se em primeiro, logar, que a lei hypothecaria de 1864, art. 11, § 6.º e o seu regulamento de 1865, art: 250, não dispõem de modo identico ao Codigo Civil. Este, no art. 850 determina: — *A extincção da hypotheca só começa a ter effeito, contra terceiros, depois de averbada no respectivo registro*

A esse preceito a legislação de 1864 acrescentava: *e só poderá ser attendida em juizo, á vista da certidão da averbação.* O decreto n. 169-A, de 1890, art. 11, § 6.c. reproduziu esse accrescimo, que imprime outra feição ao dispositivo. Com apoio nelle, poderia talvez um credor deshonesto apresentar-se em concurso, depois de pago hypothese, aliás, pouco provavel. Mas, sem essa clausula, eliminada pelo Codigo Civil, já não ha base para a aventura.

O Codigo estatue que as hypothecas somente valem contra terceiros, desde a data da inscrição (art. 848) e, logicamente, preceitua-se que a extincção das hypothecas, somente depois de averbada no respectivo registro, começa a ter effeito contra terceiros. Pecaria por inconsequente o systema, se assim não estabelecesse. Instrumento de publicidade e validade dos onus reaes, o registro de immoveis deve indicar, com segurança, o estado actual delles, nas relações, que no registro se reflectem. Não existe a hypotheca emquanto não inscripta; persiste emquanto se não cancella a inscrição.

E' o que tambem nos affirma DIDIMO DA VEIGA, no trecho seguinte: "Se a inscrição da hypotheca é o unico

(4). *Direitos reaes de garantia*, n. 367.

facto, que imprime, á mesma validade contra terceiros; se, para estes, é, de todo o ponto, desprovido de effeitos o contracto hypothecario, que se conserva em estado de clandestinidade; e se os objectivos da hypotheca — a preferencia e a sequella, se exercitam *erga tertios*, forçosamente a lei devia tornar a annullação da hypotheca para com estes dependente da eliminação, do desaparecimento da registro” (5).

O regulamento dos registros (6), art. 293, dispõe que o registro emquanto não fôr cancellado, produzirá todos os seus effeitos legaes, ainda que, por outra maneira, se prove que o titulo está desfeito annullado, extincto ou rescindido.

E' a expressão do systema adoptado pelo direito patrio. Mas se o rigor logico fere interesses legitimos, o paragrapho unico do artigo citado offerece o meio de defendel-os: aos terceiros prejudicados, será licito, em juizo, fazer, não obstante, prova da extincção dos onus reaes e promover a effectivação do cancellamento.

III. O cancellamento pode ser total ou parcial, segundo se refere á libertação integral ou não da hypotheca.

Será voluntario, quando resultar do consentimento das partes e judicial, quando fôr decretado por sentença.

O regulamento dos registros publicos, art. 296, diz que “o cancellamento da hypotheca só poderá ser feito em virtude de execução promovida pela credor hypothecario, ou em processo administrativo, ou contencioso, em que tiver sido notificado nos termos do art. 826 do Codigo Civil; em caso contrario, a hypotheca continuará gravando o immovel mesmo transcripto em nome do adquirente”.

(5) *Direito hypothecario*, n. 331.

(6) MELCHIADES PÍCANÇO, Decreto n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939, com as alterações introduzidas pelos decretos n. 5.318, de 29 de Fevereiro de 1940 e n. 5.553, de 6 de Maio de 1940.

Estará abolido o cancellamento voluntario, a que se refere o Codigo Civil, art. 851, reproduzido pelo proprio regulamento, art. 289? (7)

Não se comprehende essa abolição, quanto á hypotheca, desde que o cancellamento voluntario é admittido para os outros onus reaes, e o Codigo Civil, lei substantiva, o consagra, de modo expresso.

Se entendermos, literalmente, o art. 296 do decreto regulamentar citado, o pagamento espontaneo do devedor hypothecario não autoriza o cancellamento da hypotheca, ainda que elle exhiba quitação em bôa e devida forma, pois que esse artigo somente se refere à execução promovida pelo credor hypothecario, processo administrativo ou contencioso. Seria absurdo e a interpretação da lei não lhe pode attribuir absurdo. Cumpre entender o art. 296 do regulamento dos registros como referente, tão só, ao cancellamento nos casos que menciona, sem excluir outras formas de extincção das mencionadas no art. 849 do Codigo Civil.

A obrigação foi cumprida pelo devedor, que obteve quitação do credor. Não ha ahí execução nem processo contencioso. Porque estaria, nesse caso, excluido o cancellamento da inscripção hypothecaria?

O credor pago recusa quitação. Consignada a somma devida, soffre condemnação. Munido da respectiva sentença não poderá o devedor pedir o cancellamento da hypotheca, por não ser o caso de execução de credor, de pro-

(7) Codigo Civil, art. 851: "A inscripção cancelar-se-á, em cada um dos casos de extincção de hypotheca, á vista da respectiva prova, ou, independente desta, a requerimento de ambas as partes, se forem capazes e conhecidas do official do registro.

Regulamento citado, art. 289: O cancellamento poderá ser total ou parcial e se referir a qualquer dos actos do registro, sendo promovido pelos interessados, mediante sentença definitiva, ou documento habil, ou, ainda, a requerimento de ambas as partes, se capazes e conhecidas do official.

cesso administrativo, nem de contencioso, em que tivesse sido notificado?

E, se considerarmos os outros casos do art. 849, resolução do dominio, renuncia do credor, remissão, etc., teríamos de concluir que esse artigo perdeu a sua validade e que o art. 851 do Codigo Civil está revogado pelo regulamento dos registros, que, por esse modo, desorganizou o systema instituido.

Mas não é possivel acceitar essa intelligencia. Temos de affirmar que os arts. 849 e 851 do Codigo Civil continuam em vigor e que o art. 296 do regulamento não exclue o cancellamento a requerimento de ambas as partes, se forem conhecidas do official.

E esta solução apoia-se no proprio regulamento, que, no art. 295 diz: *O cancellamento da inscripção não importará o extincção do direito real (?), que não estiver extincto, sendo, em tal caso, licito ao credor promover novo registro, o qual só valerá desde a nova data.* Eis ahi reconhecida a baixa do registro deixando incolume o direito que o regulamento denomina real.

IV. O cancellamento pode resultar de sentença proferida contra o credor inscripto, ou seus herdeiros, em acção promovida pelo devedor ou seus successores. Para que a sentença obrigue o official a cancellar a hypotheca, é necessario que não esteja mais sujeita a recurso, qualquer que seja o seu effeito, até o extraordinario interposto para o Supremo Tribunal Federal (8).

A acção do devedor, ou seus herdeiros, de que se trata, neste momento, pode fundar-se em qualquer das causas extinctivas da hypotheca, se o credor se recusar a consentir no cancellamento.

(8) Regulamento dos registros publicos, art. 294.

V. O cancelamento viciado por erro, dolo ou violência é annullavel, por acção do credor movida contra o devedor. Decretada, por sentença, a annullação do cancelamento, restaura-se a inscripção, em virtude do principio de que a annullação do acto restabelece o estado anterior. A doutrina dominante, porem, quer que se faça nova inscripção, que só produzirá os seus effeitos de sua data em diante. "Assim o requer o regimen da pkblicidade, cuja virtude repousa na fé absoluta, que devem merecer as declarações do registro", diz LAFAYETTE (9). A doutrina franceza, segundo TROPLONG e MARTOU, citadas pelo jurisconsulto brasileiro, é tambem neste sentido que se pronuncia.

§ 211

LEGISLAÇÃO COMPARADA SOBRE A EXTINÇÃO DA HYPOTHECA

I. *Extincção* — O Código Civil francez menciona apenas quatro factos extinctivos das hypothecas:

- 1.º Extincção da obrigação principal;
- 2.º Renuncia do credor á hypotheca;
- 3.º Cumprimento das formalidades e condições prescriptas aos terceiros detentores para remir os bens por elles adquiridos;
- 4.º Prescripção (art. 1.180).

Os autores francezes acham incompleta esta enumeração. Quanto á prescripção discutem se o artigo citado

(9) *Direito das coisas*, § 250, 9. Com LAFAYETTE opinam LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, § 189, *in fine* e AFFONSO FRAGA, *op. cit.*, numero 366.

se refere á extinctiva ou á acquisitiva. PLANIOL RIPERT et BECQUÉ opinam que é uma instituição hybrida; reunindo as duas formas prescricionaes; mas entendem que, actualmente, não ha razão para ser mantida, á vista da publicidade dos registros ed inscripção (1).

A extinctão do credito deve ser total para determinar a da hypotheca. A segurança real, sendo indivisivel, subsiste integra, emquanto ha qualquer porção do credito ainda não satisfeita.

II. *Cancellamento* (radiation). O cancellamento da inscripção é voluntario ou judiciario. E' voluntario, quando nelle consente o credor, ou por já ter sido pago ou por outra razão; é judiciario, quando é decretado por sentença.

O cancellamento se effectua por meio de averbação á margem da inscripção, em que o conservador das hypothecas declara que a inscripção deixou de existir e refere o acto ou a sentença em virtude da qual se opera o cancellamento (2).

A baixa voluntaria da hypotheca é acto unilateral, que se realiza a pedido do credor civilmente capaz, expresso em acto autthnetico, segundo determina o Codigo Civil, art. 2.158.

A sentença, que ordena a radiação deve ser proferida por juiz competente e não ser mais susceptivel de reforma. O interessado no cancellamento pode recorrer ao Poder Judiciario para obtel-o, se o credor não dá o seu consentimento, nos casos seguintes: a) se a inscripção não se funda em titulo sufficiente; b) se o titulo constitutivo da hypo-

(1) *Suretés réelles*, ns. 1.339 e 1.340 (Vol. XIII do *Droit civil français* dos citados autores.

(2) AUBRY et RAU, *Cours*, III, § 281, *initio*; GUILLOUARD, *Privilèges et hypothèques*, III, n. 1.415; PLANIOL-RIPERT et BECQUÉ, *Suretés réelles*, II, n. 844. (XIII do *Droit civil français*).

theca foi annullado ou aniquilado; c) se o credito se extinguiu; d) se a hypotheca desaparece, como nos casos de remissão, renuncia, prescripção; e) se a inscripção é nulla por vicio de forma ou não contem as enunciações requeridas por lei e a omissão causa prejuizo a terceiro (Codigo Civil, art. 2.160).

Os autores ainda mencionam outros casos (3).

III. O Codigo Civil italiano, no art. 2.029, menciona seis casos de extincção das hypothecas:

- a) A extincção das obrigações;
- b) A destruição do immovel gravado, salvo transferencia da garantia para o somma da indemnização;
- c) A renuncia dos credores;
- d) O pagamento integral do preço pelo modo estabelecido por lei, nos juizos de gradação;
- e) O esgotamento do prazo estabelecido;
- f) A realização da condição resolutiva.

O art. 2.030 a esses modos de extincção da hypotheca accrescenta o da prescripção do credito, quanto aos bens possuidos pelo devedor, e pelo decurso de trinta annos, quanto aos bens possuidos por terceiros.

Trata-se da prescripção extinctiva ou usocapião. Não se extingue a hypotheca em beneficio do devedor sem a extincção do credito (Codigo Civil, art. 2.030). Temos ahi um modo indirecto de extinguir hypotheca. A prescripção extinctiva da hypotheca se realiza com a prescripção do credito. Em relação aos bens possuidos por terceiro, a prescripção resulta não somente da prescripção do credito, como ainda do decurso de trinta annos, e neste ultimo caso, por uma causa directa (4).

(3) GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, II, n. 1.452; PLANIOL et RIPERT avec le concours de BECQUÉ, *Suretés réelles*, deuxième partie, n. 857.

(4) *Diritti reali di garanzia*, ns. 1.010 a - .012.

Observa NICOLA STOLFI que o futuro Código Civil italiano não deve conservar o instituto da prescrição extinctiva da hypotheca, o qual se era util no antigo direito por causa da clandestinidade das hypothecas, pode, actualmente, ser fonte de gravissimos inconvenientes e não corresponde á logica juridica, segundo a qual não se extingue o accessorio, quando não se extingue o principal (5). Mas não é convincente essa argumentação, pois que é muito possivel que a hypotheca desapareça por causas diversas, por vicio da inscripção, por exemplo, e, no emtanto, a obrigação, que ella se destinava a garantir, subsista em todo o seu vigor, apenas sem a garantia, que, aliás, pode ser renovada. Entre nós, tambem, a prescrição como causa extinctiva da hypotheca, oferece, como se viu, materia para controversia.

IV. O cancellamento (*cancellazione*) da hypotheca é exigido do conservador, mediante apresentação do acto que contenha o consentimento do credor capaz, juridicamente, de praticar a liberação do devedor (Código Civil, art. 2.033). Aquelle que não tem capacidade legal para liberar o devedor, deve ser assistido pelas pessoas cuja intervenção é necessaria (art. 2.037). O pae, o tutor e qualquer outro administrador não podem consentir no cancellamento da inscripção relativa ao credito, sem que este se ache satisfeito (art. 2.035).

O cancellamento pode, tambem, ser exigido do conservador por sentença, ou preceito passado em julgado, quando a hypotheca já não subsiste ou a inscripção é nulla (art. 2.036).

Se, em qualquer caso, o conservador recusa o cancellamento da inscripção, o requerente pode recorrer ao tribunal civil, que proverá, attendido o ministerio publi-

(5) *Op. cit.*, nota 1 ao n. 1.010.

co e, tambem, o conservador, em suas observações escriptas (art. 1.039).

E', como se vê, um systema semelhante ao estabelecido pelo direito civil francez.

V. Os modos pelos quaes se opera a extincção da hypotheca, segundo o Codigo Civil portuguez., são os seguintes:

- a) Expurgação (a nossa remissão);
- b) Sentença passada em julgado;
- c) Renuncia do credor;
- e) Prescrição (6).

A extincção da hypotheca só começa a ter effeito depois de ser averbada no competente registro, e só pode ser attendida em juizo, quando é apresentada a certidão do averbamento (art. 1.028).

Se o pagamento da obrigação fôr annullado, renascerá a hypotheca, mas o seu cancellamento subsiste á data da nova inscripção, salvo o direito que fica ao credor de ser indemnizado pelo devedor, dos prejuizos, que dahi lhe provenham (art. 1.029).

VI. O cancellamento da inscripção hypothecaria consiste na declaração feita pelo conservador, á margem do registro, de que o mesmo está extincto, em todo ou em parte (art. 989). O registro pode ser cancellado por consentimento das pessoas, a quem elle interessa, ou por disposição de lei (art. 988).

Se o registro fôr provisorio, poderá ser cancellado á vista de declaração authentica dos interessados. O registro

(6) DIAS FERREIRA, *Codigo Civil annotado*, II, p. 482, esclarece que a prescrição, referida nos arts. 1.026 e 1.027, é a extinctiva, que, entretanto, deve ser reconhecida por sentença passada em julgado. E accrescenta que, em relação á hypotheca, o prazo prescricional é o da obrigação principal, porque este é que, realmente, se extingue pela prescrição e não a hypotheca.

provisório, por effeito de recusa do definitivo, pode ser cancellado á vista de decisão do poder judiciario, que julgue procedentes as razões, que o conservador teve para a recusa (art. 990). Será cancellado por disposição da lei, quando tenha decorrido o prazo para elle ser renovado ou convertido em definitivo (art. 991).

O cancellamento do registo definitivo pode ser requerido por aquelles a quem interessa, provando a extinção da obrigação (art. 992).

Os paes, tutores e administradores, só podem consentir no cancellamento da inscripção da hypotheca dos seus tutelados, ou administrados, no caso de effectivo pagamento (art. 993).

O registo viciado por falsidade ou por outra causa será cancellado par virtude de acção para esse fim intentado (art. 995).

E' nullo o cancellamento do registo definitivo, faltando algum dos requisitos seguintes:

1.º Declaração expressa do respectivo conservador, de que reconhece a identidade da pessoa, que requer o cancellamento, ou a de duas testemunhas, que a reconheçam:

2.º Verificação do direito, que esta pessoa tem para requerer, em presença do documento, em que se funda a petição;

3.º Declaração dos nomes de todos os interessados no averbamento e designação da data do registo cancelado e da natureza delle (art. 998).

Será declarado nullo:

1.º Quando se julgar nullo ou falso o titulo, em virtude do qual foi feito;

2.º Em virtude de erro essencial ou fraude; mas, nestes casos, a nullidade só prejudicará a terceiros, se já existir em juizo, a respeito della, acção, que tenha sido competentemente registrada. (art. 999).

VII. Segundo o Código Civil argentino, artigos 3.187 a 3.198, a hypotheca se acaba pela extinção da obrigação principal; renúncia do credor; extinção da propriedade condicional ou revogável do imóvel hypothecado; perda total do mesmo; sua venda judicial; expiração do prazo de dez annos; e consolidação dos direitos de credor hypothecario e do senhor do imóvel hypothecado.

Se a divida é paga por terceiro, subrogado nos direitos do devedor, este se desinteressa da hypotheca, mas o onus subsiste para o devedor.

A inscrição assegura os direitos do credor hypothecario durante dez annos. Se dentro desse espaço de tempo não se renova a inscrição, a hypotheca se extingue, mas somente em relação a terceiros, porque a inscrição se requer somente nas relações com terceiros (7).

Em nota ao art. 1.197 do Código Civil argentino, edição de Lajonane, em 1889, lê-se: "Não designamos a prescrição entre os meios de extinguir as hypothecas, visto como assignalamos somente dez annos para o direito hypothecario. A posse adquirida em virtude de justo titulo e de boa fé, isto é, sem que a existencia do direito de hypotheca fosse conhecida do adquirente bastava para dar depois de dez ou vinte annos, a propriedade da coisa adquirida (lei n. 8, tit. 39, liv. 7 do Código romano). Faltando justo titulo ou quando as condições requeridas para a *longi temporis praescriptio* não se encontravam reunidas, a *praescriptio longissimi temporis* produzia o mesmo effeito, desde que a posse tivesse sido adquirida de boa fé (lei citada). Resultava dahi que o devedor, seus herdeiros ou os terceiros possuidores, que sabiam estar a coisa hypothecada, não podiam adquirir a liberdade do coisa.

(7) SALVAT, *Derecho civil argentino (Derechos reales)* n. 2.512.

ou prescrever o direito hypothecario. Não obstante, ainda os possuidores de má fé, podiam, depois de trinta annos, oppor a prescripção á acção hypothecaria movida contra elles. O tempo de quarenta annos era para o devedor e seus herdeiros (lei 7, tit. 39, liv. 7 do Codice romano" (8).

Do exposto resulta que o prazo de dez annos é extinctivo e não prescripcional, pois que a prescripção não é modo de extinguir a hypotheca. A liberatoria extingue a obrigação, de onde resulta, por via de consequencia, a inexistencia da hypotheca, desde então; mas não fere directamente a segurança real. A acquisitiva tambem não extingue a hypotheca, porque esta, no fim de dez annos, estará extincta por determinação da lei. O direito hypothecario tem a sua duração limitada a dez annos.

VII. A hypotheca se cancella por consentimento das partes, que tenham capacidade para alienar, ou por sentença passada em julgado (art. 3.199). Esta ultima forma de cancellamento verifica-se sempre que a averbação referente á extincção da hypotheca não se funda em instrumento sufficiente para constituir hypotheca ou quando esta deixou de existir por qualquer causa legal, ou quando o credito tiver sido pago (art. 3.200). O official annotador de hypothecas não poderá cancellar se não lhe forem apresentados instrumentos publicos do accordo das partes, do pagamento do credito ou da sentença, que ordene o cancellamento (art. 3.201) .

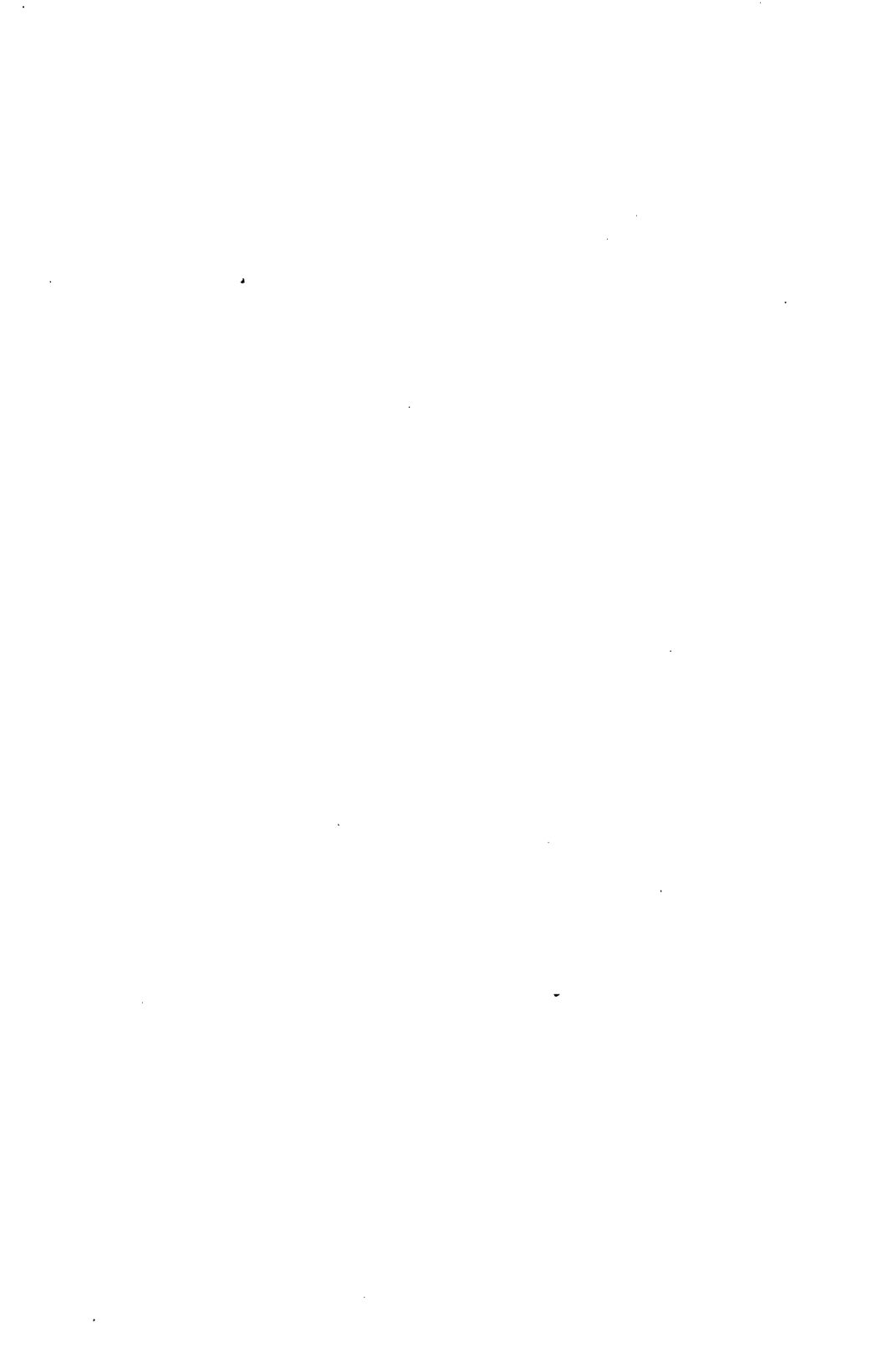
O Projecto de reforma do Codice Civil argentino propõe algumas alterações aos dispositivos acima referidos (9). Assim é que, por exemplo, a extincção da hypotheca

(8) A mesma nota é reproduzida por D. ANTOKOLETZ, no seu *Codigo Civil interpretado pela jurisprudencia*, II, art. 1.197.

(9) *Reforma do Codice Civil*, Buenos Aires 1936, Vol. I, ps. 183 e 184, vol. II, ps. 651 a 653.

no fim de dez annos após a inscripção do registro respectivo não apparece no Projecto. Ao contrario, o seu artigo 1.753 diz: "Pelo transcurso de quarenta annos, a contar do dia da inscripção, ainda que se tenha convencionado prazo maior", termina a hypotheca. A prescripção não é designada entre as causas extinctivas da hypotheca.

DO REGISTRO DE IMOVEIS



CAPÍTULO XX

DO REGISTRO DE IMMOVEIS (1)

§ 212

NOÇÃO GERAL E EVOLUÇÃO, NO BRASIL, DO REGISTRO DE IMMOVEIS

I. *O registro de immoveis é o instrumento da publicidade das mutações da propriedade e da instituição dos direitos reaes sobre immoveis. A lei anterior denominava-o geral, mas fôra organizado em referencia á hypotheca. O Código Civil aproveitou o mesmo aparelho, dando-lhe maior amplitude.*

(1) Veja-se a bibliographia do § 37 desta obra, no vol. I. Adde: SORIANO NETO, *Da publicidade material do registro immobiliario*, Recife, 1940; (nesta obra á pags. 28-29, lê-se o que a esse respeito escreveu o prof GONDIM FILHO); LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, I, ps. 3 a 6 e 99 a 131; JOSÉ AUGUSTO CESAR, *Sobre o registro de immoveis*, na *Revista da Faculdade de direito de São Paulo*, vol. XXXI, ALVARO MOREIRA, *Registros publicos*; SERPA LOPES, *Tratado dos registros publicos*; MELCHIADES PICANÇO, *Dos registros publicos; Projecto primitivo*, ps. LXXXIII a LXXXIV e arts. 996 a 1.007; PHILADELPHO AZEVEDO, *Registro de immoveis* (Valor da transcrição).

Apparelho de publicidade, o registro deve ser accessivel a todos os interessados, ou a todos os que lhe desejem ver os livros. O official do registro não tem que indagar da razão pela qual a pessoa quer examinar os assentos do registro, nem pode negar a certidão de actos exarados nos seus livros.

O registro de immoveis, porem, não se limita a dar publicidade aos actos juridicos referentes ás mutações da propriedade. A constituição, transferencia e modificações dos direitos reaes, em geral, devem reflectir-se nesse registro, afim de que elle dê, na medida do possivel, exactas informações a respeito do estado dos bens de raiz e suas alterações, assim como dos direitos reaes, que os ampliam ou detráem.

II. Já no § 37, ao tratar-se da transcripção, veio á discussão o assumpto deste paragrapho. Agora é elle considerado de modo mais geral.

A lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, que reformou a legislação hypothecaria então existente, estabelece a transcripção dos bens susceptiveis de hypotheca e dos direitos reaes, como formalidade necessaria á transmissão entre vivos dos primeiros e á constituição dos segundos, afim de valerem a respeito de terceiros (art. 6.º). E instituiu o registro geral para a transcripção desses actos e inscripção das hypothecas (art. 7.º), o qual foi regulado pelo decreto n. 3.453, de 26 de Abril de 1865. Este decreto declara, no seu art. 257 que antes da transcripção os actos de transmissão entre vivos de bens susceptiveis de hypotheca são simples contractos, que somente obrigam as partes contractantes. Eram excluidos da transcripção as transmissões hereditarias e os actos judiciarios. Os onus reaes passavam, com o immovel, para o dominio do adquirente ou successor (art. 6.º, § 3.º, da lei e 262 do decreto).

Esta organização da propriedade foi o ponto de partida da evolução, que se limitou a aperfeçoal-a, até que o pensamento juridico lhe deu a forma actual.

O decreto n. 169-A, de 19 de Janeiro de 1890, artigo 8.º, reproduz o de igual numero da lei de 1864, assim como reproduz o setimo, que instituiu o registro geral. A regra do art. 6.º, § 3.º, é identica á da lei anterior.

Ha, sem duvida, modificações sensiveis entre as duas leis. Por exemplo, com a de 1890, desappareceram as hypothecas geraes, da mulher casada, dos menores e interdictos, todas as hypothecas legaes devem ser especializadas e inscriptas; entre os onus reaes se menciona o penhor agricola, desconhecido da lei de 1864; as debentures tambem não se destacavam nessa lei; a acção hypothecaria é executiva e não mais a assignação de dez dias.

Um ponto essencial, em que ambas as leis coincidem, tanto na numeração quanto no edicto, é na declaração do art. 8.º, § 4.º: *A transcripção não induz a prova do dominio, que fica salvo a quem fôr.* Destôava este dispositivo do que estatuiam as leis citadas com referencia ao character das relações juridicas translativas de diminio: valor restricto entre as partes, mero contracto antes da transcripção ou inscripção; valor extensivo a terceiros depois da transcripção ou inscripção. Originou-se dahi dissidio entre os nossos juristas, o qual repercute ainda, actualmente, não abstante a clareza dos dispositivos do Codigo Civil, que alguns autores não querem acceitar, como sôam e como representam o pensamento dominante no systema adoptado.

III. Nas *Observações para esclarecimento do Projecto de Codigo Civil Brasileiro*, lê-se o seguinte, com referencia ao registro predial:

“O pensamento, que presidiu ao preparo deste capitulo (do registro predial), foi estabelecer um systema mais cabal para a transmissão dos bens immobilarios, por actos entre vivos.

Já se havia, previdentemente, declarado que todos os actos entre vivos, translativos da propriedade immovel,

estão sujeitos á transcripção (2); tambem que todos os actos sujeitos á transcripção somente depois della operam a translação do dominio. Agora, dando ao pensamento manifestado nessas disposições o seu natural complemento, se estatue que as averbações do registro predial fazem, até prova em contrario, presumir o dominio em favor de quem ellas o declaram. Feita, judicialmente, a prova de que as declarações do registro são erroneas, serão ellas rectificadas.

A lei actual diz: "a transcripção não induz a prova do dominio, que fica salvo a quem fôr" (decreto de 19 de Janeiro de 1890, art. 8.º, § 4.º). Em justificação do systema, actualmente em vigor, pondera o conselheiro LAFAYETTE (3) que a transcripção não é sinão "uma tradição solemne", e, como tal, não pode transferir direito, que não tem o alienante *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*". Sob o ponto de vista ao systema francez, essa é, sem duvida, a verdade, mas a questão fundamental nesse assumpto, é a de saber se é sufficiente para um bom systema de propriedade immobiliaria e de garantia hypothecaria fazer da transcripção um simples meio de publicidade dos actos translativos do dominio. A maior parte dos modernos escriptores francezes, BESSON, RAOUL DE LA GRASSERIE, PLANIOL, entre outros, condemnam, por deficiente, o systema francez. DIDIMO DE VEIGA, entre nós, considera esse mecanismo de effeito negativo, porque "apenas offerece aos terceiros, uma indicação illusoria" (4).

Os receios, formulados por alguns juristas patrios, sobre serem infundados, não teriam applicação cabal, no regimen acceto pelo Projecto, porque não se propõe uma dessas reformas radicaes, que subvertem, nos seus fundamentos, um systema preexistentes, mas um simples refor-

(2) Com apoio em LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 50 e 51.

(3) *Direito das coisas*, § 49, nota 2 (51 da 3.ª edição).

(4) *Direito hypothecario*, n. 220.

çamento, no intuito de obter-se mais firme consolidação da propriedade immovel, como aliás já o reconheciam como necessario alguns dos juristas brasileiros, que estudaram o assumpto, por occasião de se discutir a reforma hypothecaria de 1864" (5).

O systema proposto era, em poucas palavras, o seguinte: A propriedade immovel transferir-se-ia pela inscripção no registro de immoveis; e a constituição (ou transferencia) de direitos reaes sobre immoveis, egualmente, resultaria da inscripção no registro. Essa idéa era traduzida pelos artigos 605, 609 e 777, entre outros.

Art. 605. *Adquire-se a propriedade immovel, entre vivos: a) Pela inscripção, no registro predial, do titulo habil. para transferil-a.*

Art. 609. (Da secção II, que se inscreve: *Da aquisição pela inscripção do titulo*): *Estão sujeitos á inscripção, no registro predial, os actos habeis para transferir a propriedade immovel, entre vivos, sejam gratuitos ou onerosos.*

Art. 777. *Os direitos reaes sobre immoveis, constituidos ou transmittidos por actos entre vivos, adquirem-se, unicamente, depois da inscripção, no registro predial, dos respectivos titulos.*

O registro não era, como pelo Codigo Civil não é, ismples publicação dos actos translativos da propriedade immovel, entre vivos, dos constitutivos e dos translativos dos direitos reaes sobre immoveis alheios; a inscripção no registro é que operava a constituição ou transmissão dos direitos e onus reaes. Tudo isso está dicto com a devida clareza.

Todavia o registro pode estar errado por uma causa qualquer. Por isso, o art. 1.000 do Projecto estabelecia:

(5) Paginas LXXXVIII e LXXXIX da 2.^a edição official do Projecto e ps. 36-37. dos *Trabalhos da Camara dos Deputados*.

"Se o teor do registro predial, em relação a um direito real, não traduz a verdade da situação jurídica existente, a pessoa, por elle prejudicada, pode reclamar a sua rectificação, por acção competente".

Somente em face de sentença passada em julgado era licito alterar o registro.

IV. Por ocasião de discutir-se o Projecto de Código Civil perante a Comissão especial do Camara dos Deputados, essa materia foi debatida. E na reunião de 2 de Dezembro de 1901, depois de rapida exposição da marcha das idéas referentes á transferencia da propriedade immovel, que julguei opportuno recordar, affirmei:

"Para corresponder a essa necessidade de publicidade, de certeza, de garantia dos direitos sobre immoveis, estabeleceram os legisladores providencias differentes, nas quaes ora predominam certas considerações, ora certas outras, o que faz com que as legislações modernas se apresentem como constituindo dois systemas differentes: o francez e o germanico, ou, segundo uma classificação mais exacta, o das transcripções e o do registro predial. E' bem claro que as diversas legislações incluidas nos dois grupos não apresentam uniformidade nas suas disposições; mas existem nellas caracteres predominantes, que autorizam a fazer a alludida distribuição.

"Incluem-se entre as legislações, que adoptaram o systema francez da transcripção: a Belgica, a Italia, a Grecia e a Hollanda. E entre as que preferiram o systema do registro predial: a Allemanha, a Hespanha, Portugal, a Austria e o Mexico (3).

"Em França, a exigencia legal da transcripção veio crear uma efficacia puramente relativa, como dizem AUBRY et RAU, para os titulos translativos não transcriptos.

((6)) V. o que se expoz no § 37 do vol. I desta obra.

“Essa efficacia relativa não se coaduna com o character absoluto da propriedade, que o direito francez proclama, e que se transfere pela simples força dos contractos. Dahi a necessidade logica, que se impoz a alguns espiritos, de reconhecer, na transcripção, o modo normal da transferencia da propriedade immovel, nos paizes cujas legislações adoptaram o systema francez. “O estado actual de nossa civilização reclama, evidentemente, diz MAYNZ, como modo legal de transmissão da propriedade a *transcripção* nos registro publicos, podendo admittir-se a tradição como meio subsidiario, nos casos em que a individualidade da coisa não se manifesta, assás energicamente, para admittir a transcripção, o que acontece com a maior parte das coisas moveis. E’ tambem, de facto, o principio, que nos rege, presentemente, em consequencia da combinação do art. 2.279 do Codigo Napoleão com as novas leis sobre o regimen hypothecario, sobre a propriedade immovel e sobre a propriedade dos navios (*Droit romain*, I. § 106, nota 9).”

“Na Hollanda e no Chile, como já tive occasião de recordar, a lei faz expressa declaração de que a transcripção do título, no registro conservatorio, substitue, para os immoveis, a formalidade da tradição, que completa o acto de transferencia da propriedade.

“Na Grecia, por occasião de se discutir a lei sobre a transcripção, o assumpto foi, largamente, debatido. Referindo-se ao systema, que distingue entre a transmissão com effeito somente para as partes contractantes e a transmissão com effeito a respeito de terceiros, dizia o ministro da justiça desse paiz: “Tal systema é inconsequente. A propriedade é um direito absoluto, cujo valor consiste em afastar todo o mundo; logo a propriedade, que, na França, não tem força, desde a convenção até a transcripção, senão entre duas pessoas, é chamada, mentirosamente, propriedade. E’ uma significação que se contradiz. Até á transcripção, continua FERRON, informando-nos sobre o

que, afinal, estabeleceu o legislador heleno, o comprador tem, somente, um direito de credito; o direito real não se transmite senão no momento da menção do contracto no registro.

“Na Belgica, estendeu-se a formalidade da transcripção a todos os actos, quer translativos quer meramente declarativos da propriedade e de outros quaesquer direitos reaes, que não sejam privilegios, destacando-se a hypotheca (lei de 16 de Dezembro de 1851, art. 1). Mas isto não satisfiz aos juristas, que sentem a necessidade de dar-se um passo adiante, no sentido de estabelecer-se um systema, do qual resultem, para a valorização da propriedade, estes tres elementos: — a prova, a publicidade e a legalidade da transmissão da propriedade.

“Consiste a *prova* em que as inscripções do registro, emquanto não forem, por sentença declaradas nullas, são tidas por verdadeiras.

“A *legalidade* consiste em que o encarregado do registro, que na Allemanha, é uma autoridade competente, habilitada, tem o direito de examinar os titulos e pedir ás partes que justifiquem a exactidão do que está nelles contido, a verdade da declaração da vontade expressa no titulo. . .

O Snr. ANDRADE FIGUEIRA — Isso é incompativel com a nossa indole.

O Snr. CLOVIS BEVILAQUA — E, finalmente, Snr. Presidente, a *publicidade* que tem um duplo effeito: — Em relação aos capitaes, primeiro, porque estes, sendo, por via de regra, timoratos, não se vão arriscar, facilmente, em transacções, que tenham por base o credito real, não tendo conhecimento completo, pleno, do estado civil (a expressão não é minha, é corrente em direito) da propriedade do immovel. Em relação aos proprietarios, a vantagem está na facilidade, que terão de, apresentando o seu direito, tal como elle realmente é, obter a attracção dos

capitales e poderem, assim, fazer explorações efficazes das terras que possuem.

“Tratando nós de organizar o Codigo Civil, era natural que nos preoccupassemos com esse assumpto, e, então, suppuz eu que era occasião propria, se não de introduzir, entre nós, porque parecia impossivel, o systema chamado germanico, em sua plenitude, porque elle depende da propriedade cadastrada, ao menos no que tem de essencial e applicavel, sem dependencia de cadastro.

“Foi o que fez o Projecto, determinando que a propriedade immovel se adquiria pela inscripção do titulo translativo no registro predial.” (3)

IV. O Projecto declarava quaes os actos que deviam constar do registro predial: — a inscripção dos titulos de transmissão da propriedade sobre immoveis; a inscripção dos titulos constitutivos dos direitos reaes sobre immoveis alheios; a inscripção das hypothecas. E accrescentava, no intuito de ir tornando melhor conhecido, o estado da propriedade: a descripção dos immoveis cuja acquisição ainda não constasse do mesmo registro.

A Commissão revisora, nomeada pelo Governo, eliminou essa ultima clausula, que, não sendo de conteudo obrigatorio, se destinava a ir fornecendo elementos informativos sobre a riqueza territorial.

V. O Codigo Civil declara:

Art. 856. O registro de immoveis comprehende:

I. A transcripção dos titulos de transmissão da propriedade.

(7) *Codigo Civil brasileiro, trabalhos relativos á sua elaboraço* (publicaço official), vol. III, ps. 1.027 a 1.029. E' de notar-se que, em relaço á publicidade, alludi somente ao ponto de vista pratico. O juridico já fora attendido.

II. A transcrição dos títulos enumerados no art. 532 (8).

III. A transcrição dos títulos constitutivos de onus reaes sobre coisas alheias.

IV. A inscrição das hypothecas.

V. A lei n. 4.827, de 7 de Fevereiro de 1924, reuniu os registros instituídos pelo Código Civil, mantendo-lhes, entretanto, os respectivos caracteres, em cinco grupos: o das pessoas naturaes, o das pessoas juridicas, o de títulos e documentos, o de immoveis e o da propriedade literaria, scientifica e artistica. A essa lei foi dado o regulamento n. 18.542, de 24 de Dezembro de 1924, que trata do registro de immoveis nos arts. 173 a 279.

Onze annos depois esse regulamento foi substituído pelo regimen estabelecido no decreto n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939, modificado pelo decreto n. 5.318, de 29 de Fevereiro de 1940. Segundo esta legislação em vigor, o registro de immoveis comprehende:

a) *A inscrição:*

I. Do instrumento publico da instituição do bem de familia;

II. Do instrumento publico das convenções antenupciaes;

III. Das hypothecas legaes ou convencionaes;

IV. Dos emprestimos por obrigações ao portador;

V. Do penhor de machinas e apparatus utilizados na industria, installados e em funcionamento, com seus respectivos pertences;

(8) São os julgados, que põem termo á indivisão; as sentenças, que, nos inventarios e partilhas, adjudicam bens de raiz em pagamento de dividas da herança; as arrematações e adjudicações em hasta publica.

VI. Das penhoras, arrestos e sequestros de immoveis;

VIII. Do memorial de loteamento de terrenos urbanos e ruraes, para a venda de lotes a prazo ou prestações;

IX. Do contracto de locação de prédio, no qual tenha sido consignada clausula de vigencia, no caso de alienação da coisa locada (Codigo Civil, art. 1.197);

X. Dos titulos das servidões não apparentes, para a sua constituição;

XI. Do usufructo e do uso sobre immoveis e da habitação, quando não resultarem do direito de familia;

XII. Das rendas constituídas sobre immoveis.

XIII. Dos contractos de penhor rural (lei n. 492, de 30 de Agosto de 1937);

XIV. Da promessa de compra de immovel não loteado, cujo preço deva pagar-se a prazo, em uma ou mais prestações, bem como das escripturas das promessas de venda de immoveis em geral (art. 22 do decreto-lei n. 58, de 10 de Dezembro de 1937 e decreto n. 3.079, de 15 de Setembro de 1938).

b) *A transcrição:*

I. Da sentença de desquite e de nullidade ou annullação de casamento, quando, nas respectivas partilhas existirem immoveis ou direitos reaes sujeitos á transcrição;

II. Dos titulos ou a inscripção dos actos entre vivos relativos aos direitos reaes sobre immoveis, quer para a aquisição do dominio, quer para a validade contra terceiros;

III. Dos titulos translativos da propriedade immovel entre vivos, para a sua aquisição e estimação;

IV. Dos julgados, nas acções divisorias, pelos quaes se puzer termo á indivisão;

V. Das sentenças, que, nos inventarios e partilhas, adjudicarem bens de raiz, em pagamento das dividas da herança;

VI. Dos actos de entrega de legados de immoveis, dos formaes de partilha e das sentenças de adjudicação em inventario, quando não houver partilha;

VII. Da arrematação e da adjudicação em hasta pública;

VIII. Da sentença declaratoria da posse de immovel, por 30 annos, sem interrupção nem opposição, para servir de titulo ao adquirente por usocapião;

IX. Da sentença declaratoria da posse incontestada e continua de uma servidão apparente, por 10 ou 20 annos, nos termos do art. 551 do Codigo Civil, para servir de titulo acquisitivo;

X. Para a perda da propriedade immovel, dos titulos transmissiveis ou dos actos remuneratorios.

c) *A averbação:*

I. Das convenções antenupciaes, especialmente em relação aos immoveis existentès, ou posteriormente adquiridos, que forem attingidos pela clausula exclusiva do regimen legal;

II. Na inscrição da sentença de separação do dote;

III. Do julgamento sobre o restabelecimento da sociedade conjugal;

IV. Da clausula de inalienabilidade imposta a immoveis pelos testadores e doadores;

V. Por cancellamento, da extincção dos direitos reaes;

VI. Dos contractos de promessa de compra e venda de terreno loteado, em conformidade com as disposições, do decreto-lei n. 58, de 10 de Dezembro de 1937:

VII. Na transcrição da mudança de numeração, da reconstituição, da demolição e do desmembramento de immoveis:

VIII. Da alteração do nome por casamento ou desquite:

IX. Dos apartamento, em edificio de mais de cinco andares, nos termos da lei n. 5.481, de 25 de Junho de 1928, para effeito exclusivo de discriminação e de numeração (Regulamento dos registros publicos, art. 178).

Dos varios casos de transcrição acima indicados nem todos operam transferencia de dominio. Esse effeito é dado aos declarados no art. 239 do regulamento dos registros publicos, que, depois de enumerar, resume-os syntheticamente, para abranger outros possiveis, dizendo:

“Estão sujeitos a transcrição no livro 3, para operarem a transferencia do dominio, os seguintes actos: . . .

IX. *Em geral os demais contractos translaticios de immoveis, inclusive de minas e pedreiras, independentemente do solo, em que se acharem.* Reaffirma-se o effeito da transcrição: opera a transferencia do dominio nos actos translaticios dos immoveis.

§ 213

DO VALOR JURIDICO-SOCIAL DO REGISTRO DE IMMOVEIS

I. Como já se tem, por mais de uma vez, referido, o direito anterior consagrava a regra de que a transcrição não induzia prova de dominio, que ficava salvo a quem

fosse. O Código Civil aboliu essa regra, em virtude da qual a transcrição era simples comunicação ao publico do acto translativo da propriedade. Para o Código Civil, o registro de immoveis tem os seguintes effeitos:

a) *E' modo de adquirir immoveis entre vivos, com a transcrição do titulo de transferencia.*

Os arts. 530, I, 331, 532, II e III e 533 assim o declaram de modo preciso e muito claro. Adquire-se a propriedade immovel, diz o art. 530, I: Pela transcrição do titulo de transferencia no registro do immovel. O art. 331, confirma o principio consignado no anterior, n. I; o art. 532 sujeita a registro as sentenças, que, nos inventarios e partilhas, adjudicam bens de raiz em pagamento das dividas da herança, as arrematações e adjudicações em hasta publica; e o art. 533 declara que os titulos translativos da propriedade immovel, por acto entre vivos, assim como os referidos no art. 532, *não transferem o dominio*, senão da data em que se transcreveram.

Deante desses dispositivos, não é possível desconhecer a verdade da proposição acima, que assignala a importancia fundamental do registro de immoveis, quanto á segurança da propriedade dos bens de raiz, e distancia, neste particular, o systema actual do anterior, no que diz respeito á organização da propriedade, apesar do que tentara o decreto n. 370, de 2 de Maio de 1890.

Confirmando o que acaba de ser exposto, diz o art. 860, paragrapho unico do Código Civil: "Emquanto se não transcrever o titulo de transmissão, o alienante continua a ser hãvido, como dono do immovel e responde por seus encargos". Já, anteriormente, o decreto n. 370, de 1890, art. 234, ousara avançar regra semelhante, ainda que de modo menos incisivo. Actualmente o regulamento dos registros publicos, em seu art. 239, mencionado no final do § anterior, diz: — *Estarão sujeitos á transcrição para operarem o dominio...* os actos que enumera, abrangendo todos os translativos de immoveis.

b) *E' modo de constituir e transferir direitos reaes sobre immoveis alheios, tanto os de gozo quanto os de garantia.*

Declara o art. 676 do Codigo Civil: "Os direitos reaes sobre immoveis, constituídos ou transmittidos por actos entre vivos, só se *adquirem depois da transcripção ou da inscripção, no registro de immoveis, dos referidos titulos, salvo os casos expressos neste Codigo*".

A clausula final deste artigo — *salvo os casos expressos neste Codigo*, serviu de fundamente á opinião de alguns juristas, para interpretar o art 697 do Codigo Civil, como se elle pretendesse estatuir que somente as servidões não apparentes estavam sujeitas a registro. E o que é mais grave é que, apesar dessa opinião ser incontestavelmente contraria ao systema adoptado pela codificação, o regulamento dos registos publicos a acolheu.

Mas, ainda com esse desvio, a proposição da letra *b* é exacta, porque a excepção não destroe a regra.

c) *Determina a extincção do direito real*, quando, por exemplo, este passa de uma pessoa para outra; quando, consumado o usocapião, se transcreve a sentença que o reconhece; quando é cancellada a inscripção da hypotheca.

d) *Nas suas inscripções e transcripções offerece a prova da existencia do dominio e dos outros direitos reaes sobre immoveis.*

E' consequencia necessaria dos principios affirmados, acima, nas letras *a* e *b*.

Essa prova, porem, não é absoluta. *Presume-se pertencer o direito real á pessoa, em cujo nome se inscreveu ou transcreveu*, diz o Codigo Civil, art. 859 (1). Essa presumpção pode ser destruida; mas, emquanto não o é, será o registro affirmação irrecusavel da existencia do di-

(1) Regulamento dos registos publicos, art. 227.

reito real. Somente por acção propria poderá o interessado pedir a rectificação, salvo se na transcripção ou inscrição se tiver insinuado nullidade absoluta, caso em que o juiz competente poderá pronuncial-a nos termos do art. 146 (2).

Se os interessados concordarem na rectificação do registro poderão requerel-o ao official. Essa rectificação será um novo registro. E' solução racional esta, que consta dos Codigos Civis suiso, art. 977, e allemão, art. 894.

O citado artigo do Código Civil suiso, dispõe: "Sem o consentimento escripto dos interessados, o conservador do registro não poderá realizar rectificação alguma, salvo decisão do juiz. A rectificação pode ser substituida pelo cancellamento da inscrição inexacta seguida de inscrição nova. Os simples erros da escripturação rectificam-se de officio na conformidade de uma ordenação do Conselho Federal". O nosso regulamento dos registros publicos, a respeito desta ultima determinação da lei suissa, diz: "Os erros commettidos na tomada de indicações constantes dos titulos poderão ser rectificados, a requerimento do interessado, mas só produzirão effeitos dahi em deante, salvo quanto aos enganos evidentes commettidos no registro e que não possam acarretar prejuizos a terceiros, os quaes serão corrigidos pelo official, com as devidas cautelas".

e) *Dá publicidade ás mutações e modificações do dominio, á constituição e á transferencia dos outros direitos reaes sobre immoveis.*

Os officiaes, bem como as repartições encarregadas dos registros são obrigadas a passar as certidões requeridas, independientemente de despacho judicial e a mostrar ás partes os livros do registro. No caso de recusa ou demora

(2) Regulamento citado, art. 229.

da certidão, o interessado poderá reclamar á autoridade competente (3).

A publicidade pelo registro é um dos principios fundamentais do regimen adoptado, como já foi affirmado, em outro logar.

f) *Legaliza os actos constitutivos e translativos dos direitos reaes*, porquanto, sem o registro, não existem; e o processo para a sua transcripção ou inscripção, com o direito conferido ao official de levantar duvidas, para que o juiz as resolva, destina-se a dar segurança ao que se acha exarado nos livros do registro.

II. O art. 859 do nosso Codigo Civil teve por fonte o art. 891 do allemão. Ambos declaram que se presume pertencer o direito real á pessoa, em cujo nome se acha inscripto.

O art. 892 do Codigo Civil allemão, principio, não diz coisa muito differente. São estes os seus termos: "Se alguém adquiriu por acto juridico direito sobre um predio (*Grundstueck*), ou sobre tal direito, o conteudo do registro predial é considerado exacto em seu proveito, salvo se uma contestação dessa exactid.o foi inscripta, ou se a inexactidão for conhecida do adquirente". Vê-se desse dispositivo que o teor do registro pode ser contestado, e que deixa de ser exacto, desde que o adquirente conhecia a inexactidão do registro. Assim tambem é entre nós; apenas o nosso Codigo Civil não destacou o caso previsto pelo allemão, por se achar elle incluido no de erro: *se o teor do registro de immoveis não exprimir a verdade. . .* (art. 860).

Aliás não pretenderam os collaboradores do Codigo Civil brasileiro que se adoptasse, integralmente, o systema dos livros prediaes da legislação allemã; mas apenas.

(3) Regulamento citado, arts. 19 a 24.

como por varias vezes se tem repetido, colher desse systema o que parecesse mais capaz de adopção entre nós. Resultou dessa orientação um conjuncto de normas, que approximam o mosso direito do allemão, no que diz respeito á constituição e transmissão, entre vivos, de direitos reaes, sem, contudo, reproduzil-o. E assim, cada um delles tem a sua physionomia propria.

A presumpção referida no art. 859 está a dizer que o titulo transcripto ou inscripto assegura o direito real á pessoa a quem se declara pertencer, emquanto, pelos meios legaes, não se prova o contrario. Não é possível deixar de ver que ha differença relevante entre essa segurança e a declaração do direito anterior, que affirmava não induzir a transcripção prova de dominio.

O Codigo Civil não estabeleceu um registro intangivel, ainda quando inexacto. Seria excessivo. Deu-lhe, porem, o valor de affirmar o direito, emquanto não fosse cancellado, mediante sentença, documento habil ou a requerimento das partes, se capazes (regulamento dos registros publicos, art. 289).

Os livros do registro têm fé publica.

O art. 968, paragrapho unico, do Codigo Civil, confere, ao que pagou por erro, o direito de reivindicar o immovel alienado por quem o recebeu indevidamente, quando a alienação foi a titulo gratuito, ou estava de má fé o terceiro adquirente. Em tal caso, não tendo havido rectificação do registro (art. 967), o que pagou por erro tem de destruir a presumpção, que o registro creara, com fundamento na transcripção. Não differe este caso dos de erro do registro, por qualquer outra causa.

"Se aquelle que indevidamente recebeu um immovel, o tiver alienado em boa fé, por titulo oneroso, declara o principio desse mesmo art. 968, responde somente pelo preço recebido; mas se obrou de má fé, além do valor do immovel, responde por perdas e danos". Vale dizer:

quando o accipiente aliena a titulo oneroso, o registro permanece, esteja elle, ou não de boa fé, quando aliena, Responde, somente pelo valor do immovel, se estiver de boa fé, e mais por perdas e damnos se de má fé dispoz do immovel.

No caso de não ter alienado o immovel terá de restituil-o e o registro será rectificado (4).

(4) O assumpto deste parographo tem sido objecto de controversia entre os nossos jurisperitos. A opinião nelle exposta encontra de modo geral, apoio no que escreveram LYSIPPO GARCIA (*Registro de immoveis*), PHILADELPHO AZEVEDO (*Registros publicos*), ARNOLDO MEDEIROS (no *Arquivo Judiciario*, vol. XLII), FRANCISCO BERTINO DE ALMEIDA PRADO (*Transmissão da propriedade immovel*), CARVALHO SANTOS (*Código Civil*, X), GALDINO DE SIQUEIRA, PAULO DE LACERDA, SÁ FREIRE.

Em sentido contrario os professores da Faculdade de direito do Recife: GONDEM FILHO e SORIANO NETO. Aquele em artigo publicado na *Revista de direito*, vol. 68, e este no livro, *Publicidade material do registro immobiliario*, Recife, 1940.

CAPÍTULO XXI

DO SYSTEMA TORRENS

§ 214

NOÇÃO GERAL. LEGISLAÇÃO PATRIA A RESPEITO

I. O systema Torrens é originario da Australia, onde foi adoptado pelo parlamento, em 1855, na intenção de se estabelecer um regimen da propriedade territorial mais seguro e mais simples. E' devido á iniciativa de Sir Róbert Torrens, razão pela qual se lhe dá, geralmente, essa designação, que lembra o seu organizador. A denominação official é *registration of tittle*, registro do titulo. Realmente é o titulo da propriedade que se registra e não o acto, que a transfere. As diversas provincias da Australia applicaram esse systema, que teve entrada em diferentes paizes e não conseguiu adaptar-se em outros. Principalmente nas colonias inglezas da Oceania é o systema preponderante.

II. No Brasil, o systema Torrens foi introduzido pelo decreto n. 451-B, de 31 de Maio de 1890, e seu re-

gulamento promulgado pelo decreto n. 955-A, de 5 de Novembro do mesmo anno (*).

O art. 1.º do decreto n. 451-B faculta a inscrição, no regimen por elle estabelecido, de todo immovel susceptivel de hypotheca ou de onus real. Obriga, porem, as alienações das terras publicas a se submeterem á essa norma, sob pena de nullidade. Tambem seriam obrigatoriamente sujeitos a esse regimen os terrenos e predios (expressões do decreto) da Capital Federal, no perimetro marcado pelo imposto predial.

O proprietario deve requerer ao juiz o registro do seu immovel apresentando os titulos do seu dominio. Achando-se em ordem os documentos exhibidos, mandará o juiz publicar o requereimento, fixando um prazo, entre 50 dias e 4 meses, para a matricula, se não apparecer opposição. Alem disso, o documento será notificado ás pessoas nelle mencionadas. A certidão da intimação exclue a acção de reivindicação ou indemnização por parte das pessoas intimadas.

A matricula effectuar-se-á por lançamento em duplicata, ficando um exemplar no livro do registro e o outro entregue ao requerente.

Nenhuma sentença ou mandado de execução tem effeito contra immovel admittido ao regimen Torrens, emquanto não for averbada no livro da matricula.

Os actos translativos da propriedade ou constitutivos de direitos reaes sobre immoveis submettidos ao regimen Torrens só produzem effeito depois de registrados. Nas alienações totaes ou parciaes, juntará o alienante o seu titulo, que o official do registro annullará, no todo ou em parte, declarando, na averbação, as circumstancias da

(*) A adaptação da lei Torrens, no Brasil, foi justificada por longa exposição de motivos assignada pelos ministros do Governo Provisório RUY BARBOSA, CAMPOS SALLES e FRANCISCO GLYCERIO. V. CARVALHO SANTOS, Codigó de Processo Civil, V, ps. 402 e segs.

transferencia e entregará ao adquirente novo titulo. Para a constituição de onus reaes, tambem será de rigor a apresentação do titulo.

Completando o regimen, outros dispositivos constam dos citados decretos. Aqui se pretende apenas dar vaga idéa do que se pretendeu fazer. Alguns Estados tentaram applicar esse regimen, que não se firmou, definitivamente. Restabeleceu-o, no proprio anno em que o Codigo Civil entrou em vigor, a lei orçamentaria n. 3.446, de 31 de Dezembro. Mas o regulamento dos registros publicos se não refere a elle na parte referente ao registro de immoveis

Devemos concluir que os immoveis submettidos a esse regimen, nos termos dos decretos de 31 de Maio e 5 de Novembro de 1890, que o organizaram e regulamentaram, podem conservar-se nelle; para os outros, porem, já está posto á margem, ao que parece, apesar do Codigo de Processo Civil, art. 457, que estatue: *O proprietário de immovel rural poderá requerer-lhe a inscripção no registro Torrens!*

Nestas condições, é ocioso discutir as suas vantagens ou desvantagens. Pelo menos constitue uma organização territorial de excepção. E PHILADELPHO AZEVEDO, *Registro de immoveis*, p. 84 e seguintes, mostra a sua inadaptabilidade em nosso paiz, considerando-o "utopia, artificialismo inimplantavel no Brasil".

ADDENDA

Ao § 44, volume I, desta obra cumpre referir o decreto seguinte, publicado depois de estar o mesmo escripto.

DECRETO-LEI N. 3.365 — DE 21 DE JUNHO DE 1941

Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, decreta:

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1.º A desapropriação por utilidade pública regular-se-á por esta lei, em todo o território nacional.

Art. 2.º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

§ 1.º A desapropriação do espaço aéreo ou do sub-solo só se tornará necessária, quando de sua utilização resultar prejuizo patrimonial do proprietário do solo.

§ 2.º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

Art. 3.º Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.

Art. 4.º A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.

Art. 5.º Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o loteamento de terrenos edificados ou não para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética;
- j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;

l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;

m) a construção de edificios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;

n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;

o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;

p) os demais casos previstos por leis especiais.

Art. 6.º A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito.

Art. 7.º Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de opposição, ao auxílio de força policial.

Aquele que for molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuizo da ação penal.

Art. 8.º O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação.

Art. 9.º Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração.

DO PROCESSO JUDICIAL

Art. 11. A ação, quando a União for autora, será proposta no Distrito Federal ou no foro da Capital do Estado onde for domiciliado o réu, perante o juízo privativo, se houver; sendo outro o autor, no foro da situação dos bens.

Art. 12. Somente os juizes que tiverem garantia de vitaliciedade inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos poderão conhecer dos processos de desapropriação.

Art. 13. A petição inicial, além dos requisitos previstos no Código de Processo Civil, conterà a oferta do preço e será instruída com um exemplar do contrato, ou do jornal oficial que houver publicado o decreto de desapropriação, ou cópia autenticada dos mesmos e a planta ou descrição dos bens e suas confrontações.

Parágrafo único. Sendo o valor da causa igual ou inferior a dois contos de réis, dispensam-se os autos suplementares.

Art. 14. Ao despachar a inicial, o juiz designará um perito de sua livre escolha, sempre que possível, técnico, para proceder à avaliação dos bens.

Parágrafo único. O autor e o réu poderão indicar assistente técnico do perito.

Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar a quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens.

Art. 16. A citação far-se-á por mandado na pessoa do proprietário dos bens; a do marido dispensa a da mulher; a de um sócio, ou administrador, a dos demais, quando o bem pertencer a sociedade; a do administrador da coisa, no caso de condomínio, exceto o de edifício de apartamento constituindo cada um propriedade autônoma, a dos demais condôminos e a do inventariante, e, se não houver, a do cônjuge, herdeiro, ou legatário, detentor da herança, a dos demais interessados, quando o bem pertencer a espólio.

Parágrafo único. Quando não encontrar o citando, mas ciente de que se encontra no território da jurisdição do juiz, o oficial portador do mandado marcará desde logo hora certa para a citação, ao fim de 48 horas, independentemente de nova diligência ou despacho.

Art. 17. Quando a ação não for proposta no foro do domicílio ou da residência do réu, a citação far-se-á por precatória, se o mesmo estiver em lugar certo, fora do território da jurisdição do juiz.

Art. 18. A citação far-se-á por edital se o citando não for conhecido, ou estiver em lugar ignorado, incerto ou inacessível, ou, ainda, no estrangeiro, o que dois oficiais do juízo certificarão.

Art. 19. Feita a citação, a causa seguirá com o rito ordinário.

Art. 20. A contestação só poderá versar sobre o vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

Art. 21. A instância não se interrompe. No caso de falecimento do réu, ou perda de sua capacidade civil, o juiz, logo que disso tenha conhecimento, nomeará curador à lise, até que se habilite o interessado.

Parágrafo único. Os atos praticados da data do falecimento ou perda da capacidade à investidura do curador à lide poderão ser ratificados ou impugnados por ele, ou pelo representante do espólio, ou do incapaz.

Art. 22. Havendo concordância sobre o preço o juiz o homologará por sentença no despacho saneador.

Art. 23. Findo o prazo para a contestação e não havendo concordância expressa quanto ao preço, o perito apresentará o laudo em cartório até cinco dias, pelo menos, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1.º O perito poderá requisitar das autoridades públicas os esclarecimentos ou documentos que se tornarem necessários à elaboração do laudo, e deverá indicar nele, entre outras cir-

constâncias atendíveis para a fixação da indenização, as enumeradas no art. 27.

Ser-lhe-ão abonadas, como custas, as despesas com certidões e, a arbitrio do juiz, as de outros documentos que juntar ao laudo.

§ 2.º Antes de proferido o despacho saneador, poderá o perito solicitar prazo especial para apresentação do laudo.

Art. 24. Na audiência de instrução e julgamento proceder-se-á na conformidade do Código de Processo Civil. Encerrado o debate, o juiz proferirá sentença fixando o preço da indenização.

Parágrafo único. Se não se julgar habilitado a decidir, o juiz designará desde logo outra audiência que se realizará dentro de dez dias afim de publicar a sentença.

Art. 25. O principal e os acessórios serão computados em parcelas autônomas.

Parágrafo único. O juiz poderá arbitrar quantia módica para desmonte e transporte de maquinismos instalados e em funcionamento.

Art. 26. No valor da indenização que será contemporâneo da declaração de utilidade pública, não se incluirão direitos de terceiros contra o expropriado.

Parágrafo único. Serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação; as uteis, quando feitas com autorização do expropriante.

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufero o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

Parágrafo único. Se a propriedade estiver sujeita ao imposto predial, o "quantum" da indenização não será inferior a 10, nem superior a 20 vezes o valor locativo, deduzida previa-

mente a importância do imposto, e tendo por base esse mesmo imposto, lançado no ano anterior ao decreto de desapropriação.

Art. 28. Da sentença que fixar o preço da indenização caberá apelação com efeito simplesmente devolutivo, quando interposta pelo expropriado, e com ambos os efeitos, quando o for pelo expropriante.

§ 1º O juiz recorrerá *ex-officio* quando condenar a Fazenda Pública em quantia superior ao dobro da oferecida.

§ 2º Nas causas de valor igual ou inferior a dois contos de réis observar-se-á o disposto no art. 839 do Código de Processo Civil.

Art. 29. Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título habil para a transcrição no registo de imóveis.

Art. 30. As custas serão pagas pelo autor se o réu aceitar o preço oferecido; em caso contrário, pelo vencido, ou em proporção, na forma da lei.

Disposições Finais

Art. 31. Ficam subrogados no preço quaisquer onus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado.

Art. 32. O pagamento do preço será feito em moeda corrente. Mas, havendo autorização prévia do Poder Legislativo, em cada caso, poderá efetuar-se em títulos da dívida pública federal, admitidos em bolsa, de acordo com a cotação do dia anterior ao do depósito.

Art. 33. O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização.

Parágrafo único. O depósito far-se-á no Banco do Brasil ou, onde este não tiver agência, em estabelecimento bancário acreditado, a critério do juiz.

Art. 34. O levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, de quitação de dívidas fiscaes que recaiam sobre o bem expropriado, e publicação de editaes, com o prazo de dez dias, para conhecimento de terceiros.

Parágrafo único. Se o juiz verificar que há dúvida fundada sobre o domínio, o preço ficará em depósito, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo.

Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Art. 36. É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização.

O expropriante prestará caução, quando exigida.

Art. 37. Aquele cujo bem for prejudicado extraordinariamente em sua destinação econômica pela desapropriação de áreas contíguas terá direito a reclamar perdas e danos do expropriante.

Art. 38. O réu responderá perante terceiros, e por ação própria, pela omissão ou sonegação de quaisquer informações que possam interessar à marcha do processo ou ao recebimento da indenização.

Art. 39. A ação de desapropriação pode ser proposta durante as férias forenses, e não se interrompe pela superveniência destas.

Art. 40. O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei.

Art. 41. As disposições desta lei aplicam-se aos processos de desapropriação em curso, não se permitindo depois de sua vigência outros termos e atos alem dos por ela admitidos, nem o seu processamento por forma diversa da que por ela é regulada.

Art. 42. No que esta lei for omissa aplica-se o Código de Processo Civil.

Art. 43. Esta lei entrará em vigor dez dias depois de publicada, no Distrito Federal e trinta dias nos Estados e Território do Acre; revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, em 21 de junho de 1941; 120.^o da Independência e 53.^o da República.

GETULIO VARGAS
Francisco Campos.

(*Diario Official*, de 18 de Julho de 1941).

II

a

Ao § 72 do volume I
(Terrenos de marinha)

DECRETO-LEI N. 3.438 — DE 17 DE JULHO DE 1941

Esclarece e amplia o decreto-lei n. 2.490, de 16 de agosto de 1940

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, decreta:

Art. 1.º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 metros, medidos para a parte de terra, do ponto em que passava a linha do preamar médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, a influência das marés é caracterizada pela oscilação de cinco centímetros, pelo menos, do nível das águas (atração luni-solar) que ocorra em qualquer época do ano.

Art. 2.º São terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.

Art. 3.º A União não reconhece e tem por insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio pleno de terrenos de marinha e seus acrescidos.

§ 1.º A Diretoria do Domínio da União providenciará quanto antes para que cesse de vez a posse mantida, a qualquer título, com fundamento naquelas pretensões.

§ 2.º Tratando-se de terrenos que os Estados ou Municípios tenham concedido em aforamento por supô-los de sua propriedade, ficam confirmadas as concessões havidas, desde que os foreiros, dentro de 6 meses, regularizem sua situação perante o Domínio da União.

Art. 4.º Tanto os terrenos de marinha como os seus acrescidos ficam subordinados ao regime de aforamento, salvos os que forem necessários aos logradouros e serviços públicos.

Parágrafo único. O foro é de 0,6% calculado sobre o valor do domínio pleno do terreno, deduzido o valor das benfeitorias porventura existentes.

Art. 5.º O aforamento será concedido a quem a ele tiver preferência.

§ 1.º Tem preferência ao aforamento:

a) os que estejam pagando taxa de ocupação, relativamente aos terrenos ocupados;

b) os que tiverem, nas testadas e frentes dos terrenos, estabelecimentos de sua propriedade, como trapiches, armazens, e outros semelhantes, dependentes de franco embarque e desembarque;

c) os que estejam na posse dos terrenos, na suposição de que façam parte de suas propriedades contíguas;

d) os posseiros de terrenos contíguos a terras devolutas, havendo benfeitorias;

e) os concessionários de terrenos de marinha, em relação aos acrescidos que entestem com aqueles;

f) os pescadores nacionais ou colônias de pescadores, que se obrigarem à criação de estabelecimentos de pesca ou de indústria correlata, quanto aos terrenos julgados apropriados;

g) os concessionários de serviços portuários e de transporte, quanto aos terrenos julgados necessários a esses serviços.

§ 2.º As questões sobre propriedade, servidões e posse são da competência exclusiva dos tribunais judiciais.

§ 3.º Não havendo candidato com direito à preferência ou aparecendo dúvidas a respeito, este direito será alienado em concorrência pública (art. 16).

Art. 6.º Para a concessão do aforamento em face de direito preferencial preexistente, o pretendente apresentará seu requerimento ao chefe do Serviço Regional instruído com os documentos comprobativos da preferência e um esboço, em papel transparente, que identifique a situação do terreno.

Neste requerimento indicará as dimensões aproximadas do terreno, os nomes dos confrontantes e as benfeitorias existentes.

Art. 7.º A seguir serão consultados, simultaneamente sobre a conveniência do aforamento, por meio de ofício do Serviço Regional:

a) a Prefeitura Municipal do lugar em que estiver situado o terreno;

b) o Ministério da Guerra, por intermédio da Região Militar;

c) o Ministério da Marinha, por intermédio da Capitania do Porto;

d) o Ministério da Agricultura, se se tratar de terreno rural, por intermédio do órgão local competente;

e) o Ministério da Viação e Obras Públicas, se nas proximidades do terreno requerido houver estradas de ferro ou

de rodagem, ou obras portuárias, ou projetos de instalações de tais naturezas, por intermédio do órgão local competente;

f) o Ministério da Aeronáutica, por intermédio do órgão competente.

§ 1.º As consultas deverão ser dadas respostas dentro do prazo de 30 dias.

O silêncio importará em assentimento.

§ 2.º Quando solicitado, o Serviço Regional do Domínio da União, poderá prorrogar por 20 dias o prazo estabelecido no parágrafo anterior.

§ 3.º Em casos de grande relevância, minuciosa e diretamente justificados perante o diretor do Domínio da União, em caráter reservado, quando envolver possíveis interesses da defesa nacional, poderá ser concedido o prazo que a autoridade consultada julgar necessário.

§ 4.º A impugnação da Prefeitura será atendida sempre que a concessão prejudicar a realização de melhoramentos públicos, inclusive os de urbanização e serviços de utilidade pública em via de execução, projetados ou em estudos nas suas Repartições técnicas, cumprindo que, neste caso, seja indicada a espécie de melhoramento ou serviço.

§ 5.º A oposição ao aforamento deverá ser justificada, declarando-se se é irrestrita ou se a concessão pode ser condicionada.

Art. 8.º Não havendo impedimento para a concessão pleiteada, publicar-se-á edital com o prazo de 30 dias, notificando os interessados para que, dentro de 15 dias seguintes à extinção do mesmo prazo, reclamem o que for a bem dos seus direitos, sob pena de não mais serem atendidos.

§ 1.º O edital caracterizará devidamente o terreno e mencionará que quaisquer outros esclarecimentos serão prestados no Serviço Regional.

§ 2.º Ao processo serão anexados exemplares do jornal que tiver publicado o edital e as reclamações porventura apresentadas.

Art. 9.º Não aparecendo impugnações e certificado isso no processo, ou desprezadas as que porventura aparecerem, far-se-á a diligência de medição, demarcação e avaliação do terreno.

§ 1.º A diligência, cuja data será comunicada por edital aos interessados, ficará a cargo de engenheiro da Diretoria do Domínio da União, designado pelo chefe do Serviço Regional.

§ 2.º Para a avaliação do terreno levar-se-á em consideração as características que lhe são próprias, sua situação e os preços de vendas recentes de terrenos próximos.

§ 3.º No valor do terreno não serão computados os de benfeitorias.

§ 4.º A despesa de transporte do pessoal, material e bagagem correrá por conta do requerente, ficando a cargo da Fazenda Nacional as diárias daquele pessoal.

Art. 10. Concluída a diligência, o engenheiro deia encarregado lavrará imediatamente termo circunstanciado do que ocorrer, assinando-o com os interessados que o queiram e duas testemunhas.

A esses interessados, assinar-se-á, no termo, o prazo de 10 dias para que apresentem os seus protestos ou impugnações.

§ 1.º O termo descreverá minuciosamente o terreno, mencionando sua situação, natureza, área, benfeitorias, confrontações e outros característicos.

§ 2.º Os protestos ou impugnações deverão ser apresentados, na capital do Estado diretamente ao Serviço Regional e nos demais Municípios à repartição arrecadadora das rendas federais, que, imediatamente, por telegrama, se possível, comunicará o ocorrido ao mesmo Serviço, ao qual, logo a seguir, tudo encaminhará.

Art. 11. Ao processo serão juntos o termo mencionado no artigo anterior e 3 cópias da planta, organizada de acordo com o verificado na diligência de medição e demarcação.

O original será arquivado na mapoteca do Serviço Regional.

Parágrafo único. Quando o terreno tiver a configuração de um polígono, será junto, também, o cálculo analítico da área.

Art. 12. O chefe do Serviço Regional, regulará o processo, concederá o aforamento e submeterá seu ato à aprovação do diretor do Domínio da União.

Parágrafo único. Antes dessa aprovação serão recolhidas as taxas de ocupação e laudêmos porventura devidos à Fazenda Nacional.

Art. 13. Aprovada a concessão lavrar-se-á o contrato de constituição da enfiteuse, de acordo com a minuta que previamente for elaborada por procurador da Fazenda e aprovada pelo chefe do Serviço Regional.

§ 1.º Constará especificadamente do contrato, além dos elementos necessários à perfeita identificação do terreno:

a) a importância anual do foro, que deverá ser paga adiantadamente até 31 de março de cada ano, sob pena de multa equivalente a 20% do valor da dívida;

b) que o atraso no pagamento do foro por mais de 3 anos consecutivos importará na pena de comisso (art. 27);

c) que o terreno não pode ser alienado sem prévia licença da Diretoria do Domínio da União (art. 24), sob pena de comisso;

d) que se a Fazenda Nacional não comunicar ao foreiro no prazo de 30 dias que vai usar do direito de opção, cobrará o laudêmio de 5% sobre o preço da transferência ou sobre o valor do terreno e benfeitorias se com aquele não concordar;

e) quaisquer outras obrigações a que tenha ficado subordinada a concessão do aforamento.

§ 2.º A União será representada no contrato pelo procurador fazendário competente.

Art. 14. Aprovado o contrato e feito o seu registo pelo Tribunal de Contas, será entregue ao foreiro certidão do mesmo contrato que será transcrita no Registo de Imóveis.

Art. 15. O Serviço Regional sempre que tiver terreno que convenha aforar, convidará por edital, os interessados que se julgarem com preferência ao aforamento para que o requeram dentro de 30 dias, sob pena de ser declarada a caducidade da preferência.

Parágrafo único. Não aparecendo candidato, o Serviço Regional fará aquela declaração.

Da decisão a respeito não haverá recurso.

Art. 16. A preferência, verificada a hipótese do artigo anterior e procedendo-se, antes, as consultas do artigo 6.º, será alienada em concorrência pública.

§ 1.º Como base de licitação será fixada a importância correspondente a 60% do valor venal do terreno e das benfeitorias porventura existentes.

§ 2.º Não aparecendo concorrente na primeira, será aberta segunda concorrência com o abatimento de 20% sobre a base da licitação.

§ 3.º O concorrente juntará à sua proposta prova de ter caucionado em favor da União a importância correspondente a 3% da base da licitação.

Perderá a caução se, aceita a proposta e aprovada a concorrência, não efetuar o pagamento nos 60 dias subsequentes ao convite que para este fim, e por edital, lhe for dirigido.

Art. 17. Alienada a preferência ao aforamento, prosseguir-se-á na forma do prescrito nos arts. 9 a 14.

Art. 18. À pessoa estrangeira, física ou jurídica, não serão aforados os terrenos de que se trata, exceto:

a) se ao entrar em vigor o decreto-lei n. 2.490, de 16 de agosto de 1940, gozava da preferência para o aforamento nos termos do § 4.º do art. 19 do decreto n. 14.595, de 31 de dezembro de 1920, estando o aforamento requerido;

b) se houver autorização do Governo.

§ 1.º A perda de qualidade de brasileiro por quem seja titular de enfiteuse, constituída depois da publicação daquele decreto-lei, importa na extinção automática desse direito real,

consolidando a União o seu domínio pleno sobre o terreno, indenizado o foreiro pelas benfeitorias nele existentes.

§ 2.º E' proibida a sucessão de cônjuge estrangeiro nos bens de que se trata.

Art. 19. Não será reconhecida ocupação de terreno de marinha ou seus acrescidos ocorrida depois da publicação do citado decreto-lei n. 2.490.

§ 1.º Em face da ocupação nessas condições a União, sumariamente, por intermédio da força pública local, requisitada à autoridade competente, por quem, no lugar, responder pelos seus serviços patrimoniais, reintegrar-se-á, em qualquer tempo, na posse do terreno.

O ocupante perderá então, sem direito a indenização, tudo quanto tenha incorporado ao solo, aplicando-se-lhe, ainda, o disposto nos artigos 513, 515 e 517, do Código Civil.

§ 2.º As ocupações anteriores continuarão sujeitas às taxas e ao processo para o seu lançamento e arrecadação estabelecido no citado decreto n. 14.595, até que o terreno seja aforado.

§ 3.º Na intercorrência do processo de aforamento, o ocupante poderá transferir sua ocupação, pago, previamente, o laudêmio de 5% sobre o valor da transação ou sobre o que tiver sido estimado pelo Domínio da União.

Nesse caso, prosseguir-se-á no processo em nome do adquirente.

Art. 20. Aos atuais posseiros e ocupantes é permitido regularizar sua situação, requerendo o aforamento do terreno até 16 de outubro do corrente ano.

§ 1.º Às entidades de esportes náuticos legalmente organizadas que, por qualquer título, concessão ou contrato com particulares ou poderes públicos, ocuparem atualmente terrenos de marinha, acrescidos ou de mangues, fica pelo presente decreto-lei, concedido o respectivo aforamento e a isenção do pagamento de taxas ou foros enquanto exercerem as suas ati-

vidades dentro dos objetivos sociais e não as interromperem por mais de dois anos consecutivos.

§ 2.º Se o interesse público exigir a ocupação de terrenos aforados nos termos do parágrafo anterior e demais disposições do presente decreto-lei, à entidade foreira será concedido o aforamento de outro terreno apropriado, que preencha as suas finalidades sociais. As benfeitorias acaso existentes, e que tenham sido realizadas pela entidade atingida, deverão ser indenizadas de acordo com a legislação que regula a desapropriação por interesse público.

§ 3.º Os benefícios dos parágrafos anteriores serão igualmente conferidos às entidades de esportes náuticos que se organizarem posteriormente, desde que os requeiram dentro do prazo de 120 dias, contados da data de sua legalização.

Art. 21. Expirado o prazo a que se refere o artigo anterior, sem que os interessados iniciem o processo do aforamento, a Diretoria do Domínio providenciará para que a enfiteuse do terreno se faça em concorrência pública, observado o disposto nos arts. 16 e 17.

§ 1.º As benfeitorias que, por sua natureza, se hajam incorporado ao solo, serão vendidas em concorrência pública juntamente com a preferência ao aforamento, depois de avaliada pela Diretoria do Domínio, com a assistência da parte interessada ou seu representante legal.

§ 2.º Da avaliação a que se proceder será lavrado termo, de que constará a descrição minuciosa das benfeitorias e valor a cada uma atribuído.

§ 3.º A ausência do interessado, uma vez notificado do dia e hora em que se procederá à diligência, não invalidará a avaliação.

§ 4.º Assista ou não à diligência, o interessado terá o prazo de oito dias para dizer sobre o preço arbitrado às benfeitorias.

§ 5.º A falta de reclamação no prazo estabelecido importará na anuência do interessado.

§ 6.º Apresentada reclamação no prazo estabelecido, serão apreciados os motivos em que se baseia, mantendo-se, ou não, o valor arbitrado.

Art. 22. O preço obtido pelas benfeitorias em concorrência será entregue ao interessado, deduzidas as despesas da diligência.

Parágrafo único. Essas despesas constarão apenas de transporte e diárias ao pessoal incumbido da diligência, arbitradas, na forma da legislação vigente.

Art. 23. Necessitando a União do terreno ocupado ou possuído por terceiro, imitir-se-á na posse dele, administrativamente, depositado em juízo, a favor de quem de direito, e previamente, o valor das benfeitorias porventura existentes.

Art. 24. Os pedidos de licença para transferência de aforamento ou ocupação, dirigidos ao chefe do Serviço Regional do Domínio da União, deverão mencionar expressamente o nome do adquirente e o preço ajustado da transação.

§ 1.º Tratando-se de transferência de aforamento concedido depois de 16 de agosto de 1940 ou de ocupação anterior a essa data, o pedido será acompanhado de prova de nacionalidade brasileira do adquirente.

§ 2.º As transferências de aforamento das faixas de marinhas não se processarão, sem que o interessado solicite prévia licença ao Serviço Regional, juntando ao pedido provas de aforamento e de quitação dos foros.

§ 3.º As transferências parciais ficam sujeitas a novo foro para a parte desmembrada, previamente demarcada em diligência que se efetuará imediatamente.

§ 4.º Pago o laudêmio estipulado, o chefe do Serviço Regional concederá licença para a transferência, expedindo-se alvará, válido por 90 dias da data da expedição, e dele constará:

- a) o pagamento do laudêmio;
- b) a descrição do terreno objeto do aforamento ou da ocupação por transferir;
- c) a importância do foro ou taxa de ocupação.

Art. 25. Efetuada a transação, o adquirente, exibindo os documentos comprobatórios, dever requerer, no prazo de 60 dias, que para o seu nome se transfiram as obrigações de foreiro ou ocupante.

§ 1.º O requerente ficará sujeito à multa de 1% sobre a importância paga a título de laudêmio, por mês ou fração, se for excedido o prazo fixado.

§ 2.º No caso de transferência do domínio útil do terreno, a obrigação do foreiro somente está sujeita a registo do Tribunal de Contas, se tiver havido alteração na importância do foro.

Art. 26. A transmissão por ato entre vivos do domínio útil de terrenos aforados ou mesmo da simples ocupação, somente poderá ser feita por escritura pública.

Parágrafo único. Considerar-se-á nula de pleno direito a escritura que não contiver a transcrição integral da licença do Domínio para a transação.

Art. 27. No caso de atraso do pagamento de foros por três anos consecutivos, o chefe do Serviço Regional, independente de outras formalidades, declarará caduco o aforamento.

§ 1.º Nos 90 dias seguintes à publicação desse ato, o foreiro poderá recorrer da decisão ou pedir que o aforamento seja revigorado, feita a avaliação do terreno para o novo cálculo do foro.

§ 2.º Deferido o requerimento, pagos os foros atrasados, e depois das diligências do parágrafo anterior, será lavrado termo de revigoração do aforamento, do qual constarão as cláusulas usadas para os termos de constituição desse direito real.

§ 3.º Do termo de revigoração do aforamento, depois de sua aprovação pelo diretor e de seu registo pelo Tribunal de Contas, será expedida certidão que o foreiro fará averbar no Registo de Imóveis.

§ 4.º A União poderá negar a revigoração do aforamento se necessitar do terreno para serviço público.

Art. 28. Tratando-se de ocupação inscrita no Serviço Regional para o pagamento da taxa e se esta não tiver sido paga também por três anos consecutivos, a União considerar-se-a reintegrada na posse do terreno e poderá aforá-lo mediante concorrência pública, observando-se quanto às benfeitorias o disposto nos artigos 21 e 22.

Art. 29. E' da exclusiva e privativa competência da Diretoria do Domínio da União a determinação da posição da linha do preamar médio de 1831.

§ 1.º A determinação será feita onde se torne necessária à vista de documentos e plantas de autenticidade irrecusavel relativos a esse ano, ou, quando não obtidos, da época que do mesmo mais se aproxime.

§ 2.º Para a realização do trabalho, o Serviço Regional convidará os interessados, certos e incertos, por meio de edital, para que no prazo de 30 dias, a partir da última publicação, ofereçam a estudo, se assim lhes convier, plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes à natureza do terreno, confrontações e característicos.

O edital indicará o lugar em que o terreno se encontra e será publicado por três vezes, com intervalos não superiores a 10 dias, pela imprensa oficial do Estado ou, não havendo, pelo órgão que lhe publicar o expediente, ou no *Diário Oficial*, se se tratar de terreno situado no Distrito Federal.

§ 3.º De posse desses e outros documentos, que se esforçará por obter, o chefe do Serviço Regional determinará a posição da linha.

A seguir, por edital publicado uma só vez, na forma do parágrafo anterior, dará aos interessados ciência do seu ato e assinar-lhes-á o prazo de 15 dias para impugnações.

§ 4.º Tomando conhecimento das impugnações porventura havidas, o chefe do Serviço Regional proferirá a sua decisão recorrendo *ex-officio* para o diretor da Diretoria, sem prejuizo do recurso que o interessado poderá interpor concomitantemente.

Se não houver impugnação, o chefe do Serviço submeterá seu ato à aprovação daquele diretor.

§ 5.º Sempre que pela determinação da posição da linha se verificar que há terreno de marinha na posse do confrontante, o chefe do Serviço Regional fá-lo-á notificar, por carta, ou por edital, para que, no prazo de 90 dias, a contar da notificação, desocupe o terreno ou requeira o seu aforamento, sob pena de perda automática da preferência ao mesmo, passando, de então por diante, a pagar taxa de ocupação até que o aforamento se verifique em concorrência pública.

Art. 30. Ninguém poderá explorar mangais existentes em terrenos de marinha e seus acrescidos que lhe não estejam aforados, ou se sobre os mesmos não tiver título que o autorize.

§ 1.º Salvo licença especial concedida pelo Ministério da Agricultura, o corte de mangais, existente em terrenos de marinha e de acrescidos, não poderá ser feito em altura menor de 50 centímetros acima do preamar máximo.

§ 2.º A infração do disposto neste artigo será punida com multa de 1:000\$000, elevado ao dobro na reincidência.

Art. 31. Serão observados os artigos 21 e 22 sempre que a União tiver que indenizar o foreiro por construções que tenha definitivamente incorporado ao solo.

Art. 32. Os editais mencionados neste decreto-lei serão afixados durante o prazo dos mesmos em lugar público do edifício em que funciona o Serviço Regional e na porta da repartição arrecadadora das rendas federais no município em que estiver situado o terreno a que se refiram e logo publicados no órgão oficial do Estado ou no que lhe inserir o expediente.

No Distrito Federal a publicação se fará no *Diário Oficial*.

Parágrafo único. Tratando-se de aforamento a despesa com a publicação de editais correrá por conta do foreiro.

Essa publicação será dispensada, a juízo do chefe do Serviço Regional, sempre que o valor do terreno não exceda de 1:000\$000.

Art. 33. Sempre que for declarada a caducidade ou o comisso de uma enfiteuse, o Serviço Regional deverá encaminhar ao juiz competente certidão da decisão havida, com a declaração de que a mesma transitou em julgado.

Parágrafo único. Recebendo a certidão providenciará o juiz para que no Registo de Imoveis, sem mais formalidades, se cancele a constituição daquele direito real.

Art. 34. Dos despachos proferidos pelos chefes dos Serviços Regionais cabe recurso para o diretor.

§ 1.º O prazo para o recurso é de 20 dias, salvo o disposto no art. 27, § 1.º contados da publicação da decisão recorrida.

§ 2.º Em igual prazo, e pela mesma forma contado, poderá ser interposto recurso dos despachos do diretor da Diretoria do Domínio da União para o diretor geral da Fazenda Nacional.

Art. 35. Os foreiros de terrenos de marinha e seus acrescidos situados no Distrito Federal, cujo aforamento tenham obtido da Prefeitura em época anterior ao decreto-lei n. 710, de 17 de setembro de 1938, ficam obrigados a submeter seus títulos, dentro de 120 dias, ao exame e registo do Serviço Regional da Diretoria do Domínio da União no mesmo Distrito, com prova de quitação do foro relativo ao ano de 1938.

§ 1.º O não cumprimento dessa exigência importa na confissão de não ter sido efetuado esse pagamento e, consequentemente, o dos anos de 1939 e 1940, devendo, logo, o Serviço declarar em comisso o aforamento e providenciar para a realização de novo em concorrência pública, vendidas por conta dos ex-foreiros as construções e benfeitorias definitivamente incorporadas ao solo.

§ 2.º Exibidos os títulos, será o foreiro admitido, dentro dos 90 dias seguintes ao termo do prazo para a exibição, a liquidar sua dívida de foros para com a União, ainda que o atrazo seja maior de três anos, assinando o foreiro, na Procuradoria do Domínio, termo de regularização de sua situação, con-

forme minuta que será previamente aprovada pelo chefe do Serviço.

§ 3.º Consideram-se válidos os pagamentos porventura efetuados à Prefeitura, de 1938 até a presente data, obrigados os foreiros a fazer essa prova, justamente com a da quitação do foro relativo ao ano de 1938.

§ 4.º A Prefeitura do Distrito Federal fica assegurado o direito à cobrança dos foros anteriores a 1939 e desobrigada de encaminhar à União os livros e documentos referentes aos terrenos de que se trata, conforme prescrição do art. 5.º do citado decreto-lei n. 710: prestará, entretanto, dentro de breve prazo, as informações sobre os aforamentos havidos e assuntos correlatos, sempre que lhe forem solicitados pelo serviço Regional do Domínio da União no mesmo Distrito.

Art. 36. A Prefeitura do Distrito Federal utilizará os acrescidos de marinha resultantes de aterros que tenha realizado ou venha a realizar, empregando para logradouros públicos os que tiver por convenientes, e preparando outros para que possam receber construções, em execução de planos urbanísticos.

§ 1.º A Prefeitura fica autorizada a, em nome da União, representando-a, alienar o direito de preferência (domínio útil) dos terrenos de marinha, mangues da costa e acrescidos, juntamente com as benfeitorias que nele houver realizado, compreendidos nas áreas necessárias à realização de melhoramentos, quer provenham da correção de alinhamentos já existentes (recuos e investiduras), quer de projetos aprovados ou mesmo estudos de urbanização (loteamento e reloteamento das quadras existentes), desde que desnecessários a logradouros públicos, recebendo o preço da alienação, dando quitação deste e empregando-o, livremente, como fundos próprios que ficam sendo.

§ 2.º As transações realizadas serão submetidas ao conhecimento da União, para que esta regularize a situação das terras e outorgue as escrituras de aforamento.

§ 3.º Para que possa exercer os direitos que lhe são assegurados no presente decreto-lei, a Prefeitura do Distrito Federal:

1.º Solicitará, nas épocas oportunas, a entrega das áreas dos terrenos de marinha, mangues da costa e acrescidos a serem beneficiados juntando planta dos mesmos no prazo máximo de dois anos;

2.º Apresentará plantas das áreas de marinhas, mangues da costa e acrescidos beneficiadas por ela, até a data do presente decreto-lei;

3.º Incluirá nos editais de venda por hasta pública, cláusula que obrigue o arrematante a requerer à Diretoria do Domínio da União o aforamento da área adquirida, no prazo máximo de cinco dias após o recebimento do sinal, quando se tratar de caso que exija escritura pública, sob pena de ineficácia da arrematação, com perda do direito à restituição do sinal;

4.º Exigirá que o proprietário beneficiado pela investidura requeira o aforamento da mesma, dentro de cinco dias após a assinatura do respectivo termo;

5.º Enviará, no prazo máximo de sessenta dias, à Diretoria do Domínio da União, cópia dos elementos necessários ao aforamento das áreas alienadas, os quais tenham serviço de base à hasta pública realizada ou à assinatura do respectivo termo de investidura ou doação.

Art. 37. As disposições do presente decreto-lei, no que se refere a foro, laudêmio, avaliação, benfeitorias, comisso ou caducidade são aplicáveis ao aforamento de outros terrenos da União.

Parágrafo único. Aplicar-se-á, também, a outros imóveis da União que estejam indevidamente na posse de terceiros e disposto no art. 19, § 1.º, ouvida, previamente, a Procuradoria do Domínio.

Art. 38. A Diretoria do Domínio da União baixará instruções aos seus Serviços Regionais para o cumprimento deste

decreto-lei e mandará adotar modelos dos atos necessários ao processo de aforamento.

Art. 39. Ficam, desde já, consideradas entregues à Prefeitura do Distrito Federal, as áreas de terrenos de marinha, mangues da costa e acrescidos, já beneficiados por ela, até a data do presente decreto-lei, aplicando-se às mesmas a exigência deste decreto, quanto ao aforamento, na parte ainda não alienada, ficando o aforamento da parte já alienada sujeito à regularização pela Diretoria do Domínio da União.

Art. 40. O presente decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 1941; 120.º da Independência e 53.º da República.

GETULIO VARGAS

A. de Souza Costa

Francisco Campos

Eurico Gaspar Dutra

Henrique A. Guilhem

João de Mendonça Lima

Carlos de Souza Dantas

Joaquim Pedro Salgado Filho.

b

DECRETO-LEI N. 3.964 — DE 20 DE DEZEMBRO DE 1941

*Esclarece os decretos leis ns. 3.437 e 3.438, ambos
de 17 de julho de 1941*

O Presidente da República, usando da atribuição, que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta:

Art. 1.º As disposições contidas no decreto lei n. 3.438, de 17 de julho de 1941, referentes ao aforamento de terrenos de marinha, não se aplicam à zona de 15 braças (33 metros) em torno das fortalezas, a qual continua a ser regulada pelo art. 1.º do decreto-lei n. 3.437, da mesma data.

Art. 2.º Os aforamentos a que se refere a letra *a* do artigo 2.º do decreto-lei n. 3.437, citado, poderão ser concedidos, nos termos do decreto-lei n. 3.438, também mencionado.

Art. 3.º Continuam em pleno vigor as demais disposições dos decretos-leis em apreço.

Art. 4.º Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 1941, 120.º da Independência, e 53.º da República.

GETULIO VARGAS
A. de Souza Costa
Eurico G. Dutra.

DECRETO-LEI N. 4.120 — DE 21 DE FEVEREIRO DE 1942

Altera a legislação sobre terrenos de marinha

O Presidente da República, usando da atribuição, que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta:

Art. 1.º A concessão de novos aforamentos de terrenos de marinha e de seus acrescidos só será feita, a critério do governo, para fins uteis-restritos e determinados expressamente declarados pelo requerente.

Parágrafo único. Se, no fim de três anos, o enfiteuta não tiver realizado o aproveitamento do terreno, conforme se obrigara, o aforamento concedido ficará automaticamente extinto.

Art. 2.º Serão mantidos todos os aforamentos que na data de publicação do presente decreto-lei estiverem perfeitamente legalizados.

Art. 3.º A origem da faixa de 33 metros dos terrenos de marinha será a linha do preamar máximo atual, determinada, normalmente pela análise harmônica de longo período. Na falta de observações de longo período a demarcação dessa linha será feita pela análise de curto período.

§ 1.º Para os efeitos deste artigo, a análise de longo período deve basear-se em observações contínuas durante 370

dias. Para a análise de curto período, o tempo de observação será, no mínimo de 30 dias consecutivos.

§ 2.º A posição da linha do preamar máximo atual será fixada pela Diretoria do Domínio da União, de acordo com as observações e previsões de marés, feitas pelo Departamento Nacional de Portos e Navegação do Ministério da Marinha.

§ 3.º No caso de ser reconhecida a existência de aterros naturais ou artificiais, tomar-se-á, como linha básica de marinhas, a que coincidir com o batente do preamar máximo atual, feita abstração dos referidos aterros.

Art. 4.º O Ministério da Viação e Obras Públicas será obrigatoriamente consultado, por intermédio do órgão local competente, sobre a conveniência do aforamento requerido, sempre que haja nas proximidades quaisquer obras de saneamento em execução ou em projeto.

Art. 5.º Serão declarados extintos todos os aforamentos situados em zonas beneficiadas pelo Departamento Nacional de Obras de Saneamento, desde que mais de metade da área concedida não esteja sendo economicamente aproveitada, a critério do governo.

Art. 6.º Revogam-se as disposições em contrário”.

GETULIO VARGAS

Romero Estellita

Paulo de Mendonça Lima.

(*Diário Oficial*, de 24 de Fevereiro de 1942).

INDICE ANALYTICO

INDICE ANALYTICO

TITULO V

DOS DIREITOS REAES DE GARANTIA

CAPITULO I

Principios geraes

§ 89

NOÇÕES GERAES E DADOS HISTORICOS PRELIMINARES. —

I. Varias significações da palavra garantia. Garantia pela evicção. Pelos vicios redhibitorios. Dos privilegios. Garantia real. Fidejussoria. II. Desconhecimento da garantia real no direito antigo. Egypto, Roma,Codigo de Manú. A fiducia romana .

§ 90

DEFINIÇÃO E ENUMERAÇÃO. — I. Definição. Diferem dos direitos reaes de uso e gozo por sua finalidade. II. Enumeração segundo o direito patrio. Os privilegios segundo a legislação franceza e a italiana. Prefere a todos os outros creditos, inclusive o hypothecario. III. Situações sociaes que tornaram possivel a garantia real. Preferencia da garantia real sobre o privilegio no direito patrio. Excepções. Impostos e taxas devidos á Fazenda Publica. Accidente de trabalho. Observação de MARTINS TEIXEIRA. IV. Novo surto de credito pessoal, segundo notam PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ

11

§ 91

QUEM PODE DAR GARANTIA REAL E SOBRE QUE BENS PODE ELLA RECAHIR. — I. Somente o proprietario pode dar essa garantia. Os menores sob o patrio poder. Tutelados e curatelados. Opinião de AZEVEDO MARQUES e AFFONSO FRAGA. Bens de casal. Administração da mulher. II. Que coisas podem ser dadas em penhor, antichrese ou hypotheca. Revalidação da garantia real pela superveniencia do dominio

14

§ 92

DOS DIREITOS REAES SOBRE COISAS ALHEIAS EM CONDOMINIO. — Condições em que a coisa commum pode ser dada em garantia real. Cosa divisivel. II. Se o valor da obrigação exceder ao do quinhão. Se o devedor, durante a communhão, adquirir uma parte de outro consorte. II. Quando o valor da obrigação excede o do quinhão do devedor, responde este pelo res-

tante, como chirographario. III. Controversia a respeito da garantia real sobre uma parte do condominio. Opinião de DIAS FERREIRA. O Projeto primitivo. A Commissão governamental. Discussão na Commissão da Camara dos Deputados. Difficuldades provenientes da indivisibilidade e da especialização. IV. Se o immovel pertence a uma pessoa juridica. V. Legislação estrangeira: portugueza, italiana, venezuelana, hespanhola, chilena, uruguaya, allemã, suissa. Compropriedade e propriedade commum. Codigo Civil argentino. VI. Navio pertencente a dois ou mais proprietarios. Opiniões de VILLASBÔAS, WALDEMAR FERREIRA e OCTAVIO MENDES. Aeronaves communs a varios proprietarios. O Codigo brasileiro do ar

18

§ 93

DA INDIVISIBILIDADE DA GARANTIA REAL. — I. Em que consiste. Contestação de AFFONSO FRAGA e outros. O principio de DUMOULIN. Lei de 24 de Setembro de 1864, art. 10. O Codigo Civil. Direito italiano, portuguez, uruguayo, argentino, allemão, suisso. Objecções de AFFONSO FRAGA. Resposta. II. Paga uma parte da divida, continua a garantia real, em relação á parte restante. Se morre o credor, a garantia real subsiste integra. A garantia real não se adquire nem se perde por partes. O vinculo é indivisivel ainda que se divida a obrigação. III. Pode o credor renunciar a indivisibilidade. Código Civil, artigo 758, *in fine*

25

§ 94

COMO OPERAM O PENHOR, A ANTICHRESE E A HYPOTHECA, NA EFFECTUAÇÃO DA GARANTIA. — I. O penhor e a

hypotheca asseguram o direito de excutir a coisa empenhada ou hypothecada. Custas judiciaes, despesas de conservação feitas por terceiro, impostos, *debetures*. A antichrese assegura ao credor o direito de retenção, emquanto não fôr paga a divida. II. Diferenças entre os direitos reaes de garantia. Semelhanças. São accessorios

29

§ 95

REQUISITOS PARA A VALIDADE DOS DIREITOS REAES. — Esses requisitos segundo o art. 761. Sem as declarações exigidas por lei, os contractos de penhor antichrese ou hypotheca geram simples relações pessoaes. Objeções de AFFONSO FRAGA. Resposta

31

§ 96

DO VENCIMENTO ANTECIPADO DA DIVIDA ASSEGURADA POR GARANTIA REAL. — I. Casos em que o credor pode exigir o pagamento da divida antecipadamente. Casos especiaes dos direitos reaes de garantia.Codigo Civil, art. 762. Deterioração ou depreciação da coisa. Se ha que attender á causa da deterioração ou depreciação. Valor insufficiente acceto ao constituir-se á garantia real. Reforço. Execução se este não é dado. GUILLOUARD. Legislações frannceza, italiana, venezuelana, portugueza. Insolvencia ou fallencia do devedor. Opinião de AZEVEDO MARQUES quanto á insolvencia, no Codigo Civil. Concurso de credores. Fallencia. Impontualidade no pagamento das prestações. Juros. Renuncia do credor ao direito de exigir o pagamento antecipado das prestações. Perecimento do objecto dado em garantia. Subrogação na somma dada para indemnizar o damno. De-

posito da parte do preço da indemnização para pagamento integral do credor. II. As regras sobre pagamento antecipado não se applicam á antichrese. III. A antecipação do pagamento não importa a dos juros 32

§ 97

DA GARANTIA REAL DADA POR TERCEIRO. — Direito romano. O Codigo Civil. O terceiro obriga somente a coisa dada em garantia. Não está sujeito a reforçar a garantia. Subrogação. O fiador 40

§ 98

DA CLAUSULA COMMISSORIA. — I. Proibição da clausula commissoria pelo Codigo Civil, o direito anterior e o romano. II. Legislações: franceza, italiana, suissa, hespanhloa, portugueza. Penhor. Hypotheca. Legislação estrangeira: portugueza, argentina, uruguaya, chilena, peruana, allemã, suissa, austriaca e venezuelana 42

§ 99

DA INADMISSIBILIDADE DA REMISSÃO PARCIAL DO PENHOR E DA HYPOTHECA. — I. A remissão ha de ser integral. O herdeiro ou successor. Quem pode remir o penhor e a hypotheca. II. A antichrese. Remissão judiciaria. III. O termo remissão no direito obrigacional e no das coisas 45

§ 100

DA APPLICAÇÃO DO PRODUCTO DA EXECUÇÃO DO PENHOR E DA HYPOTHECA. — Execução. Se o valor do bem executado não cobre a divida. Opinião de AFFONSO FRAGA	46
--	----

CAPITULO II

Do penhor

§ 101

DADOS HISTORICOS. — Direito grego. Direito romano. A fiducia, origem do penhor. O penhor no direito romano	50
--	----

§ 102

NOÇÕES GERAES. — I. Definição. Direito real e coisa movel. II. Elementos essenciaes. Requisitos do contrato de penhor. Instrumento escripto	51
---	----

§ 103

DO OBJECTO DO PENHOR. — I. Coisa alheia. Jurisprudencia franceza: Codigos Civis: alemão e suisso. Direito patrio e romano. II. Objecto do penhor.	
---	--

Opinião de LAFAYETTE. Direito romano. OURO PRETO. DERNBURG. WINDSCHEID. Decreto de 14 de Julho de 1934	53
--	----

§ 104

DOS PENHORES QUE DISPENSAM TRADIÇÃO EFFECTIVA. — Excepções á regra da tradição effectiva. Clausula <i>constituti</i> . Materia prima das fabricas de tecido. Armazens das alfandegas e Companhias de Docas. Productos da suino-cultura. Sal	57
---	----

§ 105

DOS DIREITOS DO CREDOR PIGNORATICIO. — Direito de retenção. Reforço. Satisfação de prejuizos. Excussão. Accidente no trabalho	59
---	----

§ 106

DAS OBRIGAÇÕES DO CREDOR PIGNORATICIO. — I. Diligencia na guarda da coisa empenhada. II. Restituição do penhor. III. Sobras do preço. IV. Resarcimento do damno. Caso fortuito ou de força maior	62
--	----

§ 107

DOS DIREITOS DO DEVEDOR PIGNORATICIO. — I. Propriedade e posse indirecta. II. Cabe-lhe exigir a restituição da coisa empenhada desde que tenha pago a di-	
---	--

vida. III. Se por outra causa se extinguir o penhor. 64
 IV. Perecimento e deterioração. V. Remissão ...

§ 108

DAS OBRIGAÇÕES DO DEVEDOR PIGNORATICIO. — I. Despesas com a conservação e defeza da coisa empenhada. II. Vícios da coisa empenhada. III. Reforço ou substituição. IV. Suprimento 66

CAPITULO III

Do penhor legal

§ 109

NOÇÃO E CASOS DE PENHOR LEGAL. — I. Que é penhor legal. Diferença do direito de retenção. II. A quem é concedido. Fornecedores de pousada e alimento. Donos de predios locados. III. Coisas que podem ser objecto do penhor legal. IV. Subtração do penhor 67

§ 110

DA FORMAÇÃO DO PENHOR LEGAL. — Tomada de posse pelo credor. Homologação. Penhora. Execução. Normas applicaveis 70

§ 111

LEGISLAÇÃO SOMPARADA. — Direito romano, francez, italiano, venezuelano, argentino, chileno, allemão, peruano	72
--	----

CAPITULO IV

Da caução de titulos de credito

§ 112

DA CAUÇÃO DOS TITULOS DE CREDITO PUBLICO. — I. Os titulos nominativos. Objecto da caução. Coisa corporea. Deve constar de assentamento na Repartição competente. Apolices estaduaes. Apolices ao portador	75
---	----

§ 113

DA CAUÇÃO DE TITULOS DE CREDITO PESSOAL. — Os titulos de credito particular podem ser objeto de penhor. Requisitos para a constituição dessa forma de penhor. Actos que o credor está autorizado a praticar. Conservação da posse. Intimação ao devedor dos titulos. Acções e outros recursos. Recebimento da importancia dos titulos. II. Responsabilidade. III. Sociedades por acções ao portador. Sociedades anonymas	76
--	----

§ 114

DA CAUÇÃO DOS TITULOS DE CREDITO REAL. — Controversia a respeito. Solução legal. Parecer de CARVALHO DE	
---	--

MENDONÇA. Invocação dos principios reguladores do penhor. Objecto movel alienavel. Tradição. Objecções. Obrigação e hypotheca. Omissão do Código Civil, prehenchida pela analogia. Se o titulo pode ser cedido, pode ser empenhado. Execução. Opinião de EPITACIO PESSÔA

79

CAPITULO V

Do penhor rural

§ 115

EVOLUÇÃO DO PENHOR RURAL NO DIREITO PATRIO. — I. Decreto de 5 de Outubro de 1885. Seu regulamento. Duração do penhor agricola. Exigencia de escriptura publica ou termo judicial, para a sua constituição. Cessão. Inscrição. Decreto de 17 de Janeiro de 1890. Bilhetes á ordem. Regulamento de 2 de Maio de 1890. Credito agricola movel. Bilhetes de mercadoria. Decreto de 28 de junho de 1911. Codigo Civil. Novos decretos estendendo o penhor agricola. Lei de 30 de Agosto de 1937, que regulou o penhor rural. Seu regulamento. Registro desse penhor. II. Discussão na elaboração do Codigo Civil. Critica de ANDRADE FIGUEIRA

85

§ 116

NOÇÃO GENERICA DO PENHOR RURAL. — I. Definição de penhor rural. Agricola e pecuario. Contracto escripto, segundo a norma estabelecida pela lei de 30 de

Agosto de 1937. Casos de morte e abandono. Direito de inspecção. O penhor rural não prejudica a prelação hypothecaria. Segundo penhor rural. Subrogação. II. Forma anormal. Hypotheca movel, segundo os escriptores suissos. III. Penhor pecuario segundo o direito civil suisso. Codigo civil mexicano. Reforma do Codigo Civil argentino 88

§ 117

DO PENHOR AGRICOLA. — Objectos do penhor agricola. Prazo. Poderá estender-se o penhor á nova safra .. 93

§ 118

DO PENHOR PECUARIO. — Objecto do penhor pecuario. Conteudo da escriptura. Não pode o devedor vender o gado, salvo consentindo o credor. Substituição dos animaes mortos. Prazo. Letra rural pignoraticia. E' transmissivel por endosso em preto 95

CAPITULO VI

Da transcripção do penhor

§ 119

DOS REGISTROS EM QUE SE INSCREVE OU TRANSCREVE O PENHOR. — I. O penhor rural transcreve-se no regis-

tro de imoveis. II. O penhor commum no registro de titulos. III. A caução de titulos de credito pessoal e da divida publica é transcripta no registro de titulos. IV. A quem compete pedir a transcripção. V. Cancellamento

97

CAPITULO VII

Da extincção do penhor

§ 120

DOS MODOS PELOS QUAES SE RESOLVE O PENHOR. — I. Indicação dos casos de resolução do penhor. II. Modos pelos quaes se extingue a obrigação. III. Perecimento da coisa. Indemnização. IV. Condições da renuncia. Presumpções. V. Venda amigavel. Execução. Exclusão do concurso creditorio. VI. Resolução do dominio. VII. Confusão. VIII. Extincção do prazo. IX. Nullidade e prescripção

101

CAPITULO VIII

Da antichrésé

§ 121

NOÇÃO E DADOS HISTORICOS. — I. Definição. Antigo direito egypcio. Direito romano. Direito canonico.

Contracto usurario. Ordenações do reino. Idéas de BENTHAM. Lei de 24 de Outubro de 1832. Reforma hypothecaria de 1864. Novas modificações legislativas. Código Civil. II. Criticas ao instituto da antichrése. Resposta. III. A antichrese, como direito real, é opponivel contra terceiro e adhere ao immovel. IV. Semelhanças e differenças entre a astichrese e o penhor agricola 107

§ 122

DA CONSTITUIÇÃO DA ANTICHRÉSE. — I. O contracto antichretico exige escriptura publica, se o valor exceder a um conto de reis, e transcripção. Posse do credor. Percepção dos fructos. II. Pode ser, ou não, constituida em combinação com a hypotheca 112

§ 123

DO OBJECTO DA ANTICHRÉSE. — Immoveis alienaveis. Alienação dos fructos. Não attinge á propriedade . 114

§ 124

DOS DIREITOS DO CREDOS ANTICHRETICO. — I. Retenção do immovel. II. Gozo do immovel e percepção dos fructos. III. Direito de sequela. Interdictos e outras de-fezas. IV. Pode o credor impedir a execução do immovel por outro credor. Se a permittir perde a preferencia 115

§ 125

DAS OBRIGAÇÕES DO CREDOR ANTICHRETICO. — I. Deteriorações culposas. II. Negligencia na colheita dos fructos. III. Conservação do genero de exploração. IV. Reparos, foros, impostos. V. Prestação de contas	117
---	-----

§ 126

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO DEVEDOR ANTICHRETICO. — Direito de propriedade. Direitos correlativos ás obrigações do credor. Direito de alienar	119
--	-----

§ 127

DA TRANSCRIPÇÃO DA ANTICHRESE. — Transcrição no registro de immoveis. Sem ella não ha direito real. Decreto de 9 de Setembro de 1939 com as alterações feitas em 1940	120
---	-----

§ 128

DA EXTINÇÃO DA ANTICHRESE. — Extinção da obrigação garantida. Modos de pagamento. Prescrição inadmissivel. Cancellamento	121
--	-----

§ 129

LEGISLAÇÃO COMPARADA. — Direito portuguez, austriaco, francez. Legislação posterior ao Codigo Civil. AU-	
--	--

BRY et RAU, BAUDRY. Direito italiano, hespanhol, argentino, chileno, uruguayo, peruano, venezuelano, japonéz, germanico 122

CAPITULO IX

Da hypotheca em geral

§ 130

NOÇÃO E DADOS HISTORICOS. — I. Definição de hypotheca. II. Semelhanças entre o direito de Athenas e o romano. A venda *a retro*, a *mancipatio fiduciae causa*, o *pignus*, a *hypotheca*. III. Opiniões divergentes de DERNBURG, GIRARD e CUCQ. Diferença entre *pignus* e *hypotheca*, no direito romano. Regras desse direito. *Jus distrahendi*. *Lex commissoria*. IV. Evolução do direito portuguez até o Codigo Civil em traços rapidos. V. Nossa lei hypothecaria de 1843. A reforma de 1864. Legislação posterior. Meritos da lei hypothecaria de 1864. A reforma de 1890 129

§ 131

DAS OBJECÇÕES LEVANTADAS CONTRA A HYPOTHECA. — I. JOSÉ DE ALENCAR, figura casos de dolorosa injustiça e invoca opiniões contrarias ás diversas formas da hypotheca. AFFONSO FRAGA: Contestação .. 135

§ 132

DOS SYSTEMAS HYPOTHECARIOS. — I. Systema francez. Censuras. II. Systema italiano. Aperfeiçoamento.

mento do francez. Certos moveis podem ser objecto de hypotheca. Regimen tedesco em varias colonias. III. Systema germanico. Divida predial, renda predial, hypotheca. Esta deve ser inscripta no livro predial. Letra hypothecaria. Extensão da hypotheca. Seguro. Reconstrucção do predio sinistrado. Hypotheca de differentes immoveis. Renuncia da hypotheca. Hypotheca do proprietario. Transformação da hypotheca em divida predial. Substituição da divida hypothecaria. Hypotheca de segurança. Titulos transmissiveis por endosso. Titulos ao portador. IV. Systema argentino. Codigo Civil. Opinião de R. SALVAT. Toda hypotheca é convencional. Pelo Codigo Civil somente os immoveis são hypothecaveis. Hypotheca naval. Garantia fluctuante. Reforma. attenuação ao principio da indivisibilidade. Systema peruano. Objecto da hypotheca. Escriptura publica ou testamento. Casos de hypotheca legal 139

§ 133

DA NATUREZA E DOS CARACTERES DA HYPOTHECA. — I. A hypotheca é direito real, indivisivel, accessorio do credito, que garante. II. Na essencia, não differe dos outros direitos reaes de garantia. Caracteres proprios. III. E' direito accessorio. IV. Indivisivel . 147

§ 134

DOS PRINCIPIOS, QUE DEVEM ORIENTAR A HYPOTHECA. — I. Publicidade pela inscripção. Interpretação do artigo 848 do Codigo Civil. Contracto inicial. Inscripção. Significação especial da publicidade da hypotheca. II. Especialidade. III. Podem as partes ajustar o valor do bem dado em garantia hypothecaria. IV. A hypotheca voluntaria é especial, a legal e a judicial são especializadas 149

§ 135

DO OBJECTO DA HYPOTHECA. — I. Enumeração segundo o direito patrio. Legislações estrangeiras. II. Immoveis. Apartamentos. Fontes e reservatorios d'agua. STOLFI. Nua propriedade. Imovel commum a dois ou mais proprietarios. III. Accessorios de immoveis. IV. Dominio directo: Direito francez e italiano. VI. Minas e pedreiras. VII. Navios e aeronaves. VIII. Bens que não podem ser hypothecados. Bens inalienaveis. Publicos. Dotaes. De familia .. 157

§ 136

DA EXTENSÃO DA HYPOTHECA. — I. Accessões naturaes e intellectuaes. O que se incorpora ao solo. Fructos depois de colhidos. II. Terras annexadas ao imovel hypothecado. III. Benfeitorias realizadas por terceiro de boa fé. Opinião de AZEVEDO MARQUES. IV. Juros. V. O thezouro 157

§ 137

DAS OBRIGAÇÕES CUJO CUMPRIMENTO A HYPOTHECA ASSEGURAVA. — I. Obrigações de ordem economica. Obrigações futuras e condicionaes. Abertura de credito. Opinião de LAFAYETTE. II. Obrigações naturaes . 160

§ 138

DAS ESPECIES DE HYPOTHECA. — I. Toda hypotheca é civil. Doutrina do decreto de 1890 e do Codigo Civil.

II. Hypotheca convencional, legal e judicial. III. Commum naval e aerea. IV. Hypotheca testamentaria. Opiniões divergentes entre civilistas italianos. Inadmissivel no direito patrio	162
---	-----

CAPITULO X

Da hypotheca convencional

§ 139

DO CONTRACTO HYPOTHECARIO. — Definição. Requisitos do contracto hypothecario	165
--	-----

§ 140

DAS PESSÔAS QUE PODEM E DAS QUE NÃO PODEM HYPOTHECAR. — I. Capacidade de alienar. II. Homem casado. III. A mulher casada. Quando assume a direcção da familia. Desquite. IV. Filhos familias. Emancipados. V. Menores e interdictos. VI. Os fallidos	166
--	-----

§ 141

DA PLURALIDADE DE HYPOTHECAS. — I. Possibilidade de constituir mais de uma hypotheca sobre o mesmo bem, mediante novo titulo. Opinião de AFFONSO FRAGA. II. O pagamento das hypothecas ultteriores pode ser feito antes de vencida a primeira. III. Occultação	
--	--

fraudulenta de clausula de inalienabilidade ou de existencia de onus reaes. Penalidade. IV. Insolvencia do devedor. Não é insolvencia a falta de pagamento de hypotheca uterior. V. AFFONSO FRAGA a respeito do art. 813 do Codigo Civil. Discussão no Congresso e Direito anterior ao Codigo Civil. AZEVEDO MARQUES expõe esta materia. VI. Insolvencia civil 168

§ 142

DA REMISSÃO DA HYPOTHECA ANTERIOR PELO CREDOR DA POSTERIOR. — I. Remissão pelo segundo credor. Pelo devedor. Consignação. II. Subrogação 172

§ 143

DA REMISSÃO DA HYPOTHECA PELO ADQUIRENTE DO BEM HYPOTHECADO. — I. Alienação do bem hypothecado. II. Remissão pelo adquirente. Notificação aos credores. Licitação. Prazo para a remissão. III. Critica ao direito de remissão por PHILADELPHO AZEVEDO e AZEVEDO MARQUES. O Projecto primitivo. IV. E' a remissão direito exclusivo do adquirente. V. Legislação comparada. Direito romano. O Codigo Civil francez. Italiano. Portuguez. O Argentino não trata dessa remissão. Nem o chileno, nem o peruano. O Codigo Civil suisso remette a especie para o direito cantonal 174

§ 144

DA LICITAÇÃO PARA DETERMINAR O PREÇO DA REMISSÃO. — I. A licitação é realizada entre os interessados. Pre-

ferencia do adquirente em egualdade de condições. Não ha transcripção da adjudicação em beneficio do adquirente. II. Consequencias por não ser notificada a aquisição do bem hypothecado. III. Acção regressiva do adquirente. Abolidos o beneficio de excussão e o direito de alargar a hypotheca. IV. As hypothecas legacs são remissiveis 180

§ 145

DA REMISSÃO PERMITTIDA AO EXECUTADO, SUA MULHER E OUTROS PARENTES. DA REMISSÃO NO CASO DE FALLENCIA. — I. Defeito da terminologia legal. II. Remissão na phase da execução. III. Pessoas que a podem requerer. AZEVEDO MARQUES faz restricções quanto ás pessoas. Explicações. IV. Se o devedor se acha em estado de fallencia, o direito de remissão devolve-se á massa. Discussão a respeito. Interpretação dos arts. 821 e 822 do Codigo Civil. V. Se o bem remido pelo executado pode ser novamente penhorado pelo remanescente da divida. Opinião de LYSIPPO GARCIA e INGLEZ DE SOUZA. Contestação de AFFONSO FRAGA. Outros pareceres. A verdadeira regra juridica 184

§ 146

DA SUBROGAÇÃO DA HYPOTHECA. — I. Que é subrogação? II. Pode ser convencional ou legal. Quando se opera a legal. Sua averbação 191

§ 147

DA CESSÃO DA HYPOTHECA. — Idéa de cessão. Pode ser a titulo oneroso ou gratuito. Acarreta os accessorios.

entre os quaes a hypotheca. II. Pedescriptura publica ou particular, segundo o valor do credito. III. Podem ser cedidas tanto as hypothecas legaes como as convencionaes 192

§ 148

DA DURAÇÃO DA HYPOTHECA. — I. Intelligencia do artigo 817 do Codigo Civil. Objeção de AZEVEDO MARQUES. Resposta. A prorrogação é averbada. III. A hypotheca legal subsiste emquanto perdura a obrigação que assegura. Completados trinta annos renova-se a especialização 192

§ 149

DA NULLIDADE E DA ANNULABILIDADE DA HYPOTHECA. — I. Distincção entre nullidade de pleno direito e annullabilidade. Menores sob patrio poder. Outros incapazes. Hypotheca instituida por quem não é proprietario. A falta de escriptura e outras formaildades. Nullidade da obrigação. Coisa inalienavel. Fallencia. Pessôas relativamente incapazes. Vicios de contracto. Hypotheca instituida pelo marido sem outorga da mulher e desta sem autorização do marido. II. Quem pode allegar a nullidade da hypotheca. O art. 847 do Codigo Civil explicado. Opiniões de DIDIMO DA VEIGA, JOÃO LUIZ ALVES e AZEVEDO MARQUES 195

§ 150

DA EXECUÇÃO DA HYPOTHECA. — I. Direito romano. II. Legislação patria: lei de 1864, decreto de 1890,

Codigo Civil e Codigo de Processo Civil. Que é acção executiva. O seu processo. III. Segunda parte do art. 826 do Codigo Civil. Critica de AFFONSO FRAGA. IV. Apreciação da segunda parte do art. 826 do Código Civil. Fallencia 202

CAPITULO XI

Das hypothecas legaes

§ 151

NOÇÕES GERAES. AS HYPOTHECAS LEGAES DO DIREITO PATRIO. — I. Idéa de hypotheca legal. Direito romano. Hypothecas especiaes e tacitas. II. Direito patrio. O Codigo Civil. Enumeração da shypothecas legaes. III. Substituição da hypotheca por caução de titulos da divida publica. IV Momentos da hypotheca legal 203

§ 152

DAS HYPOTHECAS LEGAES NAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS. — I. Algumas legislações não admittem hypothecas legaes. II. O direito francez regula diversos casos dessa especie. III. O italiano. IV. O portuguez. V. O peruano. VI. O venezuelano. VII. O mexicano denomina hypothecas necessarias as que outras legislações chamam legaes. Não menciona a hypotheca da mulher casada sobre os immoveis do marido, nem a do offendido, nem a da Fazenda Publica. Codigo Civil suisso. Hypothecas legaes inscriptas e não inscriptas 212

§ 153

- DA HYPOTHECA LEGAL DA MULHER CASADÁ. — I. Creação de JUSTINIANO. Direito patrio. Lei de 1864. II. Condições desta hypotheca. III. Doutrina franceza. Código Bustamante. IV. A mulher não pode renunciar essa hypotheca 217

§ 154

- DA HYPOTHECA DO FILHO SOBRE O PATRIÓ PÓDER. — Que filhos se acham sob o patrio poder e quem exerce esse poder. Bens assegurados por essa hypotheca 220

§ 155

- DA HYPOTHECA DOS FILHOS SOBRE OS BENS DO PAE ÓU DA MÃE, QUE PASSAR A OUTRAS NUPCIAS, ANTÈS DE FÁZER INVENTARIO DO CASAL ANTERIOR. — Os paes neste caso não tem usufructo dos bens dos filhos. Respondem pelo patrimonio do filho. Excessivo rigor do decreto n. 1.691 de 1890. Attenuação do Codigo Civil 222

§ 156

- DA HYPOTHECA LEGAL DOS MENORES SOB TUTELA E DOS INTERDICTOS. — I. Direito romano. CONSTANTINO e JUSTINIANO. II. Ordenações philippinas. Lei de 1864. Decreto 169 A, de 1890. Código Civil. III. Tutela. Curatela. Menores interdictos. IV. Quando começa a valer a hypotheca. Reforço. V. Funções permanentes é que exigem a garantia real. Curador especial nomeado pelo testador. VII. Direito internacional privado 223

§ 157

DA HYPOTHECA LEGAL DA FAZENDA PUBLICÁ. — I. A União, os Estados e os Municipios são organizações politico-juridicas. Seus recursos. Quem os arrecada e administra. II. Responsabilidade dos que recebem ou guardam bens da Fazenda Publica. III. O Codigo Civil não confere hypotheca legal ás Igrejas, mosteiros, misericordias, nem conhece corporações de mão morta 227

§ 158

DA HYPOTHECA DO DELINQUENTE. — I. Satisfação do damno. Penas pecuniarias. II. Damno. Indemnização. Casos diversos. III. A hypotheca legal transmite-se aos herdeiros do obrigado e do offendido 230

§ 159

DA HYPOTHECA DA FAZENDA PUBLICA EM GARANTIA DO CUMPRIMENTO DAS PENAS PECUNIARIAS E PAGAMENTO DAS CUSTAS. — I. O direito anterior não se referia a esse caso nem ao considerado no § anterior. II. Codigo Civil italiano. Direito patrio. Explanação de STOLFI. III. Preferencia dada á satisfação do damno causado á victima 233

§ 160

DA HYPOTHECA LEGAL DO COHERDEIRO POR SEU QUINHÃO OU PELA TORNA DE PARTILHA. — Razão de ser desta

hypotheca. A hypotheca legal recae sobre o immovel .. adjudicado e garante a torna ou o quinhão	234
--	-----

CAPITULO XII

§ 161

DA ORIGEM DA HYPOTHECA JUDICIAL. — I. Direito romano. II Direito francez e portuguez. Lei de 1864. O decreto n. 169 A, de 1890. O Codigo Civil	237
--	-----

§ 162

DO CONCEITO E DA CONVENIENCIA DA HYPOTHECA JUDICIAL. — I. Definição. Sentenças que podem gerar hypotheca. Opinião de DIDIMO DA VEIGA e LACERDA DE ALMEIDA. Sentenças de juizes estrangeiros. II. Critica, segundo W. STOLFI. Respostas. III. Defeza .	239
--	-----

§ 163

DIFFERENÇA ENTRE A HYPOTHECA JUDICIAL E O DIREITO DE PENHORAR BENS ALIENADOS EM FRAUDE DA EXECUÇÃO. — I. Ensino de LAFAYETTE. Bens alienados em fraude á execução segundo o Codigo Civil. CARVALHO SANTOS e PLACIDO E SILVA. II. Distincção entre alienações annullaveis e nullas. Diferença entre hypotheca judicial e penhora de bens nullamente aliena-	
--	--

dos. III. A hypotheca judicial é direito real e a fraude á execução é vicio, que annulla a execução 242

§ 164

LEGISLAÇÃO COMPARADA. — Tendencia para a suppressão da hypotheca judicial. Algumas legislações, porem, a conservam. A franceza. Codigo Civil e lei de 3 de Setembro de 1807. A italiana. Casos diversos. A venezuelana seguiu a orientação da italiana 244

CAPITULO XIII

Da hypotheca dos navios

§ 165

DO NAVIO, SEU CONCEITO E NACIONALIDADE. — I. Definição legal de navio. Navio mercante. Porção do territorio nacional. Em mares estrangeiros. II. Navios nacionaes. Legislações estrangeiras: franceza, italiana, ingleza, portugueza. III. Cabotagem. Decreto-lei n. 2.784, de 1940 249

§ 166

DA LEGISLAÇÃO REFERENTE Á HYPOTHECA DE NAVIOS, ANTERIOR AO CODIGO CIVIL. — Codigo Commercial. Lei de 1864. Decreto 169 A, de 1890. Codigo Civil 253

§ 167

- DA HYPOTHECA DE NAVIO E DE SUAS VANTAGENS.** — Definição. Esta hypotheca e convencional, especial e sujeita á inscripção. Navegação maritima e fluvia. Navio em construcção. II. O credito relativo á navegação determinou a creação da hypotheca dos navios. III. Objecções e respostas. Legislações estrangeiras. IV. A hypotheca de navios é, exclusivamente, convencional. V. O navio e coisa movei 254

§ 168

- DA HYPOTHECA DE NAVIO NO DIREITO PATRIO.** — I. Código Civil. Regulamentos especiaes. II. Pessoas que podem constituir hypotheca sobre navio. Condomínio. Escriptura publica é da substancia desse contracto. Onde é lavrada a escriptura. Registro. O contracto de hypotheca maritima. II. Hypotheca de navio brasileiro constituída fóra do Brasil. Conteudo da escriptura. Conteudo da escriptura. Sequestro. Sua conversão em penhora. Subrogação do navio na somma da indemnização. O navio hypothecado não pode ser empregado no serviço de nação estrangeira. O direito real de hypotheca prefere a qualquer outro. Excepções 256

§ 169

- DA HYPOTHECA DE NAVIO PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.** — I. Lei do pavilhão. Lei brasileira. II. Escriptura lavrada pelo consul brasileiro do lugar

do contracto: Averbação provisoria no registro do navio. Codigo Bustamante 262

CAPITULO XIV

Da hypotheca de aeronave

§ 170

DA AERONAVE, SEU CONCEITO E SUA NACIONALIDADE. --
Definição legal. Divisão. Codigo do ar. Universalidade do direito de navegação aerea. Zonas contiguas ao territorio das Nações 265

§ 171

DA HYPOTHECA DA AERONAVE NO DIREITO PATRIO. — I. Escripura publica e inscripção. II. Transferencia da aeronave para o exterior. III. Sublogação no caso de perecimento ou desapropriação. IV. Legislação subsidiaria. Privilegios. V. Excepções á preferencia da hypotheca de aeronave. VI. Hypotheca de aeronave pertencente a mais de um proprietario. VII. Sub-hypothecas. Insolvencia 267

§ 172

DA HYPOTHECA DE AERONAVE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADD. O Codigo Bustamante. O seu art. 278 é applicavel á hypotheca da aeronave 271

CAPITULO XV

Da hypotheca de vias ferreas

§ 174

- DA NATUREZA JURIDICA DA VIA FERREÁ. — I. A unidade da estrada de ferro compõe-se de varios elementos. Ramaes. II. Podem ser de propriedade da União, de algum Estado ou de Municipio, de concessão dessas unidades ou particulares 273

§ 175

- DAS PARTICULARIDADES DA HYPOTHECA DE ESTRADA DE FERRO. — I. Razão pela qual o Codigo Civil destacou a estrada de ferro entre os bens hypothecaveis. II. Os credores hypothecarios não intervêm na administração da estrada. Podem, porem, oppor-se aos actos que diminuam a sua garantia. III. O representante da Fazenda Publica pode exercer direito de preferencia nos casos de arrematação ou adjudicação da estrada. Penhora. Reversão ao poder concedente. Remissão. IV. Logar da inscripção 274

§ 176

- DAS EMPREZAS DE BONDES URBANOS. — I. A concessão das empresas de bondes, ou carris urbanos, limita-se ao uso da superfciie. Não são hypothecaveis suas linhas e construcções annexas. Controversia. Justificação da these acima. A mina. Direito anterior á

Constituição de 1934. II. Os edificios das empresas são hypothecaveis. Direito inominado. Comparação com as estradas de ferro 277

CAPITULO XVI

Da inscripção das hypothecas

§ 177

NOÇÃO GERAL DE INSCRIPÇÃO HYPOTHECARIA. DADOS HISTORICOS E IMPORTANCIA. — I. Definição. II. Direito grego antigo e romano. III. E' pela inscripção que a hypotheca se torna publica e prevalece *erga omnes*. Corresponde á transcripção, modo de adquirir immoveis. IV. A inscripção fixa a data do direito real de hypotheca. Direito de sequela. Preferencia. V. Não sana vicios do titulo 281

§ 178

LEGISLAÇÃO COMPARADA. — A publicidade da hypotheca no direito francez. A inscripção se faz por extractos. II. Direito italiano. Systema germanico e latino. III. Direito portuguez. IV. Direito hespanhol. V. Argentina 284

§ 179

DA ESPECIALIZAÇÃO. — I. A especialização é acto preparatorio da inscripção das hypothecas legaes e judi-

ciaes. Sua finalidade. Decreto n. 370, de 1890. Código de Processo Civil. Quem a requer. Substituição do responsável. II. Arbitramento da responsabilidade e avaliação do immovel. CARVALHO SANTOS. Casos em que é dispensavel a especialização. III. Hypotheca do coherdeiro. Do conjuge. IV. Hypotheca judicial. V. Hypotheca de menores e interdictos. VI. O juiz, ouvidos os interessados, homologa ou corrige o laudo pericial. VII. No caso de insufficiencia dos bens hypothecaveis, do tutor, elle reforçará a hypotheca mediante caução. Dispensa de reforço. Titulos da divida publica. IX. A avaliação dos bens pode resultar de accordo de pessoas, que se achem na posse e administração de seus bens 286

§ 180

DAS PESSÔAS QUE DEVEM REQUERER A INSCRIPÇÃO DA HYPOTHECA VOLUNTARIA. — I. O principal interessado é o credor. Tambem o devedor tem interesse na inscripção. Os representantes das partes. Outros interessados. II. Applicam-se estas normas às hypothecas navaes e ás de aviões 291

§ 181

DAS PESSÔAS QUE DEVEM REQUERER AS HYPOTHECAS LEGAES. — I. Dos livros necessarios para a inscripção das hypothecas nos cartorios do registro de immovels. Indicação do que cabe a cada um conter. II. Incumbe ao marido ou ao pae requerer a inscripção da hypotheca legal da mulher, ou a esta se os dois não cumprirem essa obrigação. III. Outras pessoas a quem a lei confia essa incumbencia. Aviso do official, que lavra a escriptura do dote ou relaciona os

bens particulares da mulher. Pessoas a quem compete pedir a inscripção da hypotheca legal dos incapazes. A herança provinda de um dos progenitores. Nos casos de herança ou doação de terceiro. Tutores e curadores. O Ministerio Publico. IV. O offendido ou os seus herdeiros. A Fazenda Publica. V. Os responsaveis para com a Fazenda Publica. Procuradores e representantes municipaes. VI. Penalidades

292

§ 182

DO LOGAR EM QUE DEVE SER FEITA A INSCRIPÇÃO. — I. a)

Dos immoveis. Sendo mais de um ou estendendo-se o immovel por mais de uma circumscripção. Ainda que o contracto de hypotheca possa ser concluido onde se acharem os interessados, a inscripção será feita no logar da situação do immovel. II. Quando em uma só comarca fôr inscripta a hypotheca do immovel, que se estende a outras. b) *De navios.* Inscripção nos officios privativos de notas e registro. Averbação no tribunal maritimo ou na capitania do porto. c) *De aeronaves.* Inscripção no Registro Aeronautico. Averbação na matricula

299

§ 183

DO TEMPO EM QUE DEVE SER FEITA A INSCRIPÇÃO. a) HYPOTHECAS VOLUNTARIAS. — I. Não ha prazo para a inscripção da hypotheca voluntaria. Prenotação.

II. Critica ao art. 837 do Codigo Civil. Resposta. III. Não se inscreverão, no mesmo dia, hypothecas sobre o mesmo bem, a favor de pessoas diversas. Excepção. Critica de JOÃO LUIZ ALVES. *Hypothecas legaes.* Começo da responsabilidade das pessoas in-

cumbidas de promover a inscripção das hypothecas legaes. Prazos. Cominações	301
---	-----

§ 184

DOS TITULOS QUE DEVEM SER APRESENTADOS PARA A INSCRIPÇÃO. — I. <i>Hypothecas voluntarias</i> . Escripura publica ou instrumento particulr do contracto. Certidão dos termos dos autos. Actos authenticos passados por consues. <i>Hypothecas legaes</i> . Sentenças que julgar a especialização formal de partilha. <i>Hypotheca judicial</i> . Carta de sentença ou mandado do Juiz	306
--	-----

§ 184

DOS REQUISITOS DA INSCRIPÇÃO. — I. Enumeração delles segundo o regulamento dos registros. II. A inscripção deve ser feita em nome dos herdeiros, quando morre o credor antes de terminada a inscripção, que requereu. E' a opinião de DIDIMO DA VEIGA. Divergencia. III. O titulo. IV. Nullidade da inscripção por falta de algum dos requisitos exigidos	308
---	-----

§ 185

DO MODO DE FAZER A INSCRIPÇÃO. — I. Apresentação do titulo. Numero de ordem. Dispensaram-se os extractos condemnados por LAFAYETTE. A inscripção se fará em resumo, salvo pedido do interessado. II. Exame do titulo pelo official. Duvidas levadas ao conhecimento do juiz. Não ha prazo para a decisão do juiz. Se exceder de 30 dias, o numero de ordem será o da nova apresentação	311
--	-----

§ 186

- DAS AVERBAÇÕES.** — O que é averbação. Enumeração das mais frequentes. Em todos os livros do registro, haverá uma columna para averbações 314

CAPITULO XVII

Dos efeitos da hypotheca

§ 187

- DOS EFEITOS DA HYPOTHECA EM RELAÇÃO AO DEVEDOR.** —
 I. Repercussão do contracto hypothecario. II. Posse do devedor. III. Pagamento antecipado. IV. Alienação. V. Subhypotheca. Remissão. VI. Antichrese. Outros direitos reaes. VII. Reforço da garantia. Vencimento antecipado 317

§ 198

- DOS EFEITOS DA HYPOTHECA EM RELAÇÃO AZ CREDOR.** —
 I. Direito de executar o bem hypothecado. Se há sobra ou falta. II Reforço. III. Prestações não pagas. Perecimento. Desapropriação 319

§ 199

- DOS EFEITOS CAPITAES DA HYPOTHECA.** — I. Trata-se de efeitos geraes, independentes de situação das par-

tes. II. Preferencia no pagamento com o producto da venda do bem hypothecado. Excepções a essa norma. A hypotheca judiciaria não é provida de preferencia do credito real sobre o pessoal. III. AFFONSO FRAGA e outros negam que o direito prelaticio da hypotheca ceda o passo aos impostos. Contestação com apoio em DIDIMO DA VEIGA e no decreto de 28 de Junho de 1933. IV. Sequela. Em que consiste. Sem ella o direito de preferencia perderia muito de sua efficiencia. A sequela se exerce desde que a obrigação assegurada por ella está vencida. Opinião contraria de DIDIMO DA VEIGA. Discussão da sua doutrina. Ponderação de LYSIPPO GARCIA e LACERDA DE ALMEIDA. V. Excepções do terceiro adquirente 320

CAPITULO XVIII

Das ações que nascem da hypotheca

§ 200

DAS ACÇÕES DO CREDOR HYPOTHECARIO. — I. Acção executiva. Seu fundamento, pressuposto e rito. Acção de reforço. Seu fundamento. E' acção comminatoria. Codigo de Processo Civil. Intimação que a precede. II. De remissão. Pelo adquirente do bem hypothecado 329

§ 201

DAS REMISSÕES PELO ADQUIRENTE DO BEM HYPOTHECADO E PELO CREDOR DE HYPOTHECA POSTERIOR. — a) Fun-

damento da acção, dirige-se aos credors hypothecarios, e tem por fim a libertação do bem. b) Acção do credor por ulterior hypotheca. Objectivo. Subrogação	330
--	-----

CAPITULO XIX

Da extincção da hypotheca

§ 202

DO DESAPARECIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. — I. Modos pelos quaes se extingue a hypotheca. II. Extincta a obrigação garantida, desfaz-se a hypotheca. Pagamento da obrigação. III. Dação em pagamento. Evicção. Controversias. IV. Novação	333
--	-----

§ 203

DA DESTRUIÇÃO DA COISA HYPOTHECADA. — I. O direito perece perecendo o seu objecto. O perecimento deve ser total. II. Se o hypothecante dá a parte que lhe cabe na coisa commum. Opinião de LYSIPPO GARGIA. III. Não ha direito de sequela sobre os fructos da coisa hypothecada nem sobre os ornatos não mencionados no contracto	337
---	-----

§ 204

DA RESOLUÇÃO DO DOMINIO. — Casos de resolução do dominio. Condição resolutiva. Revogação da liberali-	
---	--

dade. Resolução por causa superveniente. Consequencias	338
--	-----

§ 205

DA RENUNCIA DO CREDOR. — Que é renuncia. As hypothecas legaes não podem ser renunciadas. Excepção. II. Remissão ou perdão da divida	339
--	-----

§ 206

DA REMISSÃO DO BEM HYPOTHECADO. — Remissão da hypotheca pelo credor inscripto ulteriormente. Outros casos de remissão	340
--	-----

§ 207

DA SENTENÇA PASSADA EM JULGADO. — I. Trata-se de sentença annullatoria da hypotheca. Referencia ao paragrapho 150. II. A sentença que annulla a inscripção	341
---	-----

§ 208

DA PRESCRIPÇÃO DA ACÇÃO HYPOTHECARIA. — I. As acções hypothecarias prescrevem em dez ou vinte annos em relação a terceiros. Mas em relação ao devedor a prescripção será a da obrigação. II. Opinião de AZEVEDO MARQUES em contrario á prescripção de dez ou vinte annos a favor de terceiro. Como	
---	--

LAFAYETTE explica o seu pensamento. O meu ponto de vista. DIDIMO DA VEIGA tambem opina que, por falta de bôa fé, se torna impossivel a prescripção da hypotheca inscripta. LYSIPPO GARCIA acha inapplicavel á hypotheca o usocapião de dez ou vinte annos. O Projecto primitivo só conhecia o usocapião de trinta annos. III. Opiniões de AFFONSO FRAGA, SPENCER VAMPRÉ, LACERDA DE ALMEIDA. IV. Dissidio dos autores. O n. VI do art. 849 do Codigo Civil nao se refere á prescripção da obrigação garantida. A boa fé do adquirente. Usocapião trintenario 342

§ 209

DA ARREMATACÃO E DA ADJUDICACÃO. — Refere-se o Codigo Civil á execução hypothecaria. Sentenças do Poder Judiciario declarando que somente a arrematacão ou adjudicação em execução hypothecaria extingue a hypotheca 349

§ 210

DO CANCELAMENTO DA HYPOTHECA. I. Que é cancellamento. Causas. E' com o cancellamento da inscripção que cessam os effeitos do onus hypothecario. Critica de LAFAYETTE. Concorda AFFONSO FRAGA. II. Diferença entre o direito anterior e o Codigo Civil. Pelo systema do Codigo Civil, a hypotheca somente com a inscripção prevalece contra terceiros, e somente com o cancelamento da inscripção perde esse attributo. Opinião de DIDIMO DA VEIGA. Regulamento dos registros publicos. III. O cancellamento pode ser total ou parcial, voluntario ou judicial. Critica ao regulamento. Sua interpretação racional. IV. Cancellamento resultante de sentença em acção promovida pelo devedor contra o credor. V. Cancellamento annullavel 350

§ 211

LEGISLAÇÃO COMPARADA SOBRE A EXTINÇÃO DA HYPOTHECA. — I. Código Civil francez. Enumeração incompleta das causas extinctivas da hypotheca. Prescrição. II. Cancellamento. Voluntario ou judiciario. Casos em que o interessado pode recorrer ao judiciario, para obrigar o credor a consentir na radiação. Direito italiano. Enumeração dos casos extinctivos da hypotheca. Disposições relativas á prescrição. STOLFI entende que o futuro Código Civil italiano não deve conservar o instituto da prescrição extinctiva da hypotheca. Cancellamento. Consentimento do credor. Sentença ou preceito. Recusa do conservador. Código Civil portuguez. Annullação do pagamento importa renascimento da hypotheca. Cancellamento. Provisorio e definitivo. Recusa do conservador. Registro cancelado por defeito. Nullidade do cancelamento. Código Civil argentino. Extinção da hypotheca. A hypotheca inscripta perdura por dez annos. Esse prazo é extinctivo. O Código argentino não menciona a prescrição entre os meios de extinguir a hypotheca. Cancellamento. Consentimento das partes. Sentença. Reforma do Código Civil . . . 355

CAPITULO XX

Do registro de immoveis

§ 212

NOÇÃO GERAL E EVOLUÇÃO NO BRASIL DO REGISTRO DE IMOVEIS. — I. Definição. Apparelho de publicidade reflectindo as mutações da propriedade e as modificações dos direitos reaes. II. A lei de 24 de Setembro de 1864 estabeleceu o registro geral para a transcripção dos actos translativos da propriedade e ins-

cripção dos onus reaes, ponto de partida da evolução da organização moderna da propriedade. Os decretos de 1890. III. *Observações* para esclarecimento do Projecto de Codigo Civil. O systema proposto nesse Projecto. IV. O systema francez e o germanico. Palavras ditas por occasião de se discutir o Projecto de Codigo Civil, perante a Commissão especial da Camara dos Deputados. O Projecto primitivo. Que actos deviam constar do registro. V. O Codigo Civil 367

§ 213

DO VALOR JURIDICO-SOCIAL DO REGISTRO DE IMMÓVEIS. —
 I. Efeitos do registro de immoveis: a) Modo de adquirir immoveis. b) Modo de constituir e transferir direitos reaes sobre immoveis. c) Determina a extinção do direito real. d) E' prova da existencia do dominio e dos outros direitos reaes sobre immoveis. e) Dá publicidade ás mutações e modificações do dominio, á constituição e á transferencia dos outros direitos reaes sobre immoveis. f) Legaliza sobre os actos constitutivos e translativos de direitos reaes.
 II. Fonte do art. 815 do Codigo Civil braisleiro. Não pretenderam os collaboradores do Codigo Civil braisleiro adoptar integralmente, o systema germanico, ainda que nelle se inspirassem. Pagamento indevido, de um immovel 379

CAPITULO XXI

Do systema Torrens

§ 214

NOÇÃO GERAL. LEGISLAÇÃO PATRIA A RESPEITO. — I. Origem do systema. Sua adopção em varios paizes.

II. Sua introdução no Brasil. Eliminado pelo Código Civil, foi restabelecido pela lei de 31 de Dezembro de 1917. O registro de immoveis não o contempla	387
---	-----

ADDENDA

I. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de Junho de 1941: — <i>Dispõe sobre desapropriação por utilidade publica ..</i>	393
II. a) Decreto-Lei n. 3.438, de 17 de Julho de 1941: — <i>Esclarece e amplia o decreto-lei n. 2.490, de Agosto de 1940</i>	402
b) Decreto lei n. 3.964, de 20 de Dezembro de 1941: — <i>Esclarece os decretos-leis ns. 3.437 e 3.438, ambos de 17 de Julho de 1941</i>	419
c) Decreto-Lei n. 4.120, de 21 de Fevereiro de 1942: — <i>Altera a legislação sobre terrenos de marinha</i>	420

Direito das Coisas – Volume II (edição fac-similar), de Clóvis Beviláqua, foi impresso em papel vergê areia 85g/m², nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em setembro de 2003, como parte integrante da Coleção História do Direito Brasileiro – Série Direito Civil (Volume 3).

Coleção
História do Direito
Brasileiro

Direito Civil

ANTONIO JOAQUIM RIBAS
Curso de Direito Civil brasileiro

ANTONIO MAGARINOS TÔRRES
Nota Promissória - estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS
Consolidação das Leis Civis

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS
Código Civil: esboço

CLÓVIS BEVILÁQUA
Direito das Coisas

FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA
Obrigações: exposição systemática desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Coisas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira

JOSÉ DE ALENCAR
A Propriedade pelo Cons. José de Alencar - com uma prefacção do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Direito das Coisas - adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Direitos de Família - anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO
Instituições de Direito Civil brasileiro

PEDRO ORLANDO
Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais