

Direito Civil

Direito das Coisas

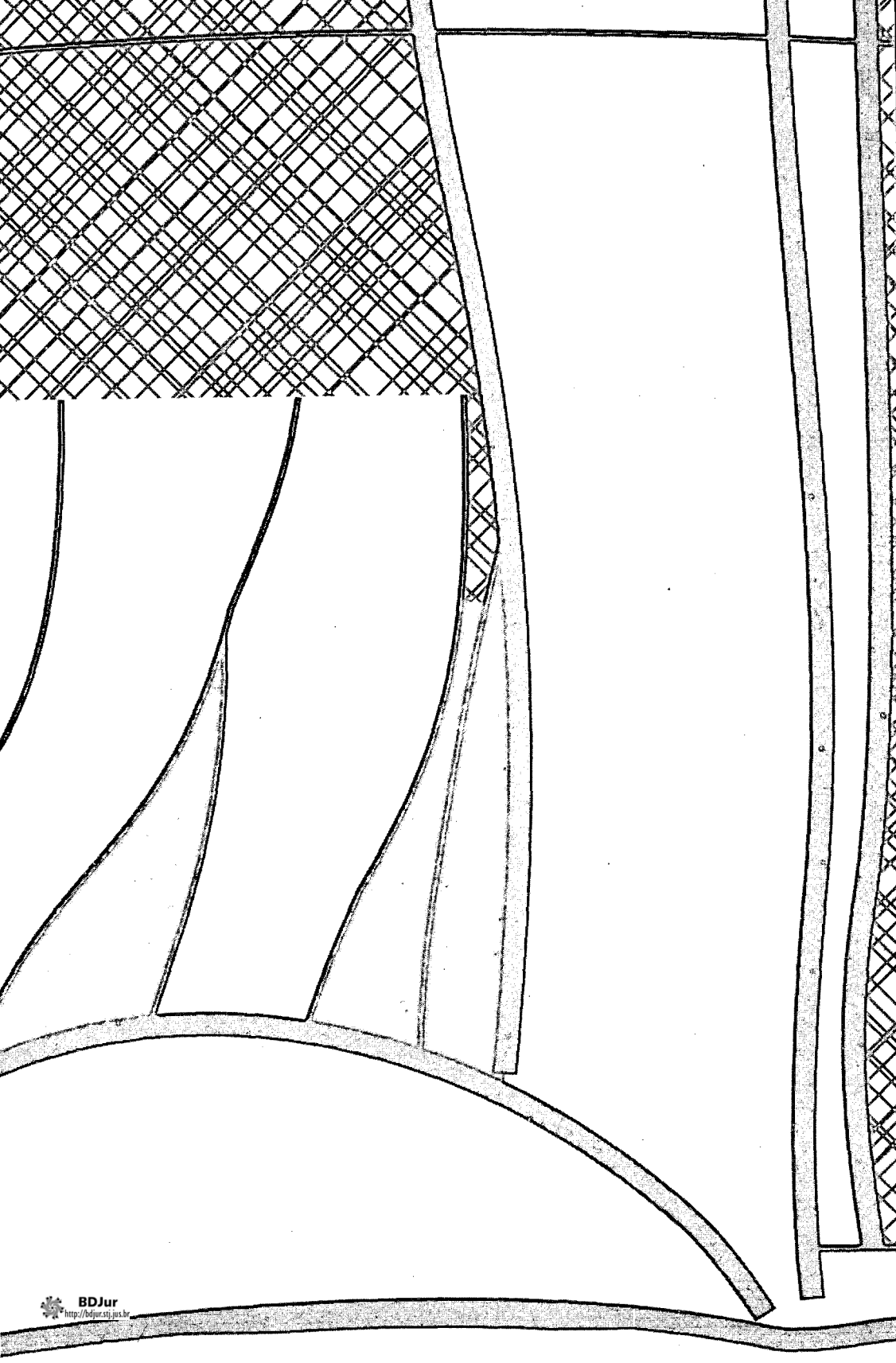
Vol. II

Lafayette Rodrigues Pereira

História do Direito
Brasileiro



8



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 Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diretor da Revista
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Ministro Francisco Peçanha Martins
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha
Ministro Vicente Leal de Araújo
Ministro Ari Pargendler, Coordenador-Geral da Justiça Federal
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
Ministra Denise Martins Arruda



Direito Civil

Direito das Coisas

Vol. II

Lafayette Rodrigues Pereira
Obra fac-similar

Prefácio de
Sálvio de Figueiredo

História do Direito
Brasileiro



Brasília
Fevereiro/2004

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 prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas
ANTONIO MAGARINOS TORRES	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 método dos "Direitos de Família" e "Direito das Coisas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira	

Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça

Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral
Jadir da Fonseca Camargos, 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 França de Medeiros Oliveira Andrade, Núcleo de Redação e Revisão

Projeto Gráfico

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

Pereira, Lafayette Rodrigues, 1834-1917.
Direito das coisas / Lafayette Rodrigues Pereira ;
prefácio de Sálvio de Figueiredo. -- Ed. fac-similar. --
Brasília : Senado Federal : Superior Tribunal de Justiça,
2004.

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

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

CDDir. 342.12



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 juristas e autores de obras de Direito, mas de luminares 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 juriconsulto, 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 nome, “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 Promissoria (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudencia cambial brasileira)*, por Antonio Magarinos Torres. 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 Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)*, 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 commentado*, 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."



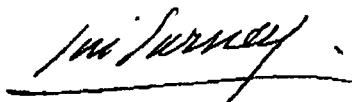
Ministro Nilson Naves
Presidente do Superior Tribunal de Justiça



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

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA

DIREITO DAS COISAS

ADAPTAÇÃO AO CÓDIGO CIVIL

POR

JOSÉ BONIFACIO DE ANDRADA E SILVA

5.^a EDIÇÃO

VOLUME II

1943

Livraria Editora Freitas Bastos

Ruas { Bethencourt da Silva, 21-A | Rio de Janeiro
13 de Maio 74 e 76 }

Rua 15 de Novembro, 82-66 — S. Paulo

PARTE TERCEIRA

DIREITOS PIGNORATICIOS

§ 159. — *Observação geral*

1. Dentre os *direitos reais* (*jura in re aliena*) há três que formam um grupo à parte:

O penhor.

A anticrese.

A hipoteca.

2. Estes direitos se distinguem particularmente dos demais direitos reais por traços perfeitamente característicos.

1.º Tem por único fim garantir e assegurar o cumprimento da obrigação.

2.º Não subsistem por si, mas andam sempre ligados, como o acessório ao principal, às obrigações que garantem.

3. A essência dos ditos direitos consiste em sujeitar a coisa precipuamente, e por via dum laço *real*, ao pagamento da dívida.

4. O penhor só pode ter por objeto coisas moveis. A hipoteca recai unicamente em imoveis. A anticrese afeta diretamente os frutos e os rendimentos da coisa, e, por via de consequência, à própria coisa.

5. O penhor e a anticrese tem isto de comum — que a coisa que afetam, é entregue ao credor e permanece sob sua posse jurídica.

A hipoteca, ao inverso, deixa a coisa sob a posse do seu dono.

SECÇÃO PRIMEIRA

Do Penhor e Anticrese

CAPÍTULO I

DO PENHOR

§ 160. — *Noção do penhor*

Penhor se toma como contrato e como direito.

No primeiro sentido é a convenção, pela qual o devedor ou um terceiro entrega ao credor uma coisa movel com o fim de sujeitá-la por um vínculo real ao pagamento da dívida (1).

Na segunda acepção é o *direito real*, que do dito contrato resulta para o credor, sobre a coisa (*jus pignoris*) — isto é — o direito de sequela e de preferência (2).

Tambem se denomina *penhor* a própria coisa empenhada (3).

(1) Fr. 9, § 2. D. de act. pignorat. fr. 18, § 4, D. pact. 11, 14 § 71, de at. 4, 6; *Dig. Port.*, III, art. 1.197, ROCHA, § 625.

(2) MÜHLENBRUCH, § 299, ROCHA, § 626.

(3) § 7, I. de at. 4, 6. LOBÃO, *Not. à Mello*, 3, 14, § 1.º, n. 1..

O contrato de penhor pertence à classe dos contratos reais; a sua perfeição, pois, depende da entrega da coisa. Assim que não há penhor enquanto não há tradição (4).

§ 161. — *Condições do penhor*

O penhor pressupõe duas condições essenciais para sua existência legal:

1.^a A dívida ou obrigação que ele é destinado a garantir.

2.^a A coisa sobre que recai:

1. É suscetível da garantia do penhor toda a obrigação de dar dinheiro ou que se pode traduzir em prestação pecuniária (1), quer seja pura ou condicional (2), quer seja presente ou futura (3). É lícito constituir-se o penhor antes da obrigação; o penhor, porém, só se considera subsistente do momento em que ela começa de existir (4).

(4) MAYNZ, § 292, not. 7, POTHIER, *Hypoth.* cap. 4, art. 1., § 1.º. LÓBÃO, *Not. à Mello*, 3, 14, § 2, n. 3.

Vej. acima, § 44, not. 1.

(1) MAYNZ, § 241, ROCHA, § Vej. § adiante.

(2) Vej. o cit. §.

(3) Cit. §.

(4) Cit., § ROCHA, § 126.

2. Só podem ser objeto de penhor as coisas moveis *alienáveis* (5), a saber:

a) As corpóreas, por exemplo, uma barra de ouro, uma pedra preciosa, uma universalidade de coisas, como um rebanho (6);

b) As coisas incorpóreas, isto é, os direitos e créditos representados pelos seus títulos, como — letras, apólices, ações de companhias (7).

Não é proibido ao devedor dar em penhor a terceira a própria coisa que lhe está empenhada (8).

3. No nosso Direito não se podem dar em penhor as coisas alheias. Subsiste sempre o domínio do senhor, e lhe fica salvo o direito de reivindicá-las da mão do cre-

(5) Fr. 9, § 1.º D. de pig. et hypoth.: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipit. Fr. 1, § , D. Quæ res dig. vel hyp.: Eam rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest. *Dig. Portug.*, III, art. 1.197. POTHIER, *Hypoth.* cap. 4, art. I, § II, MAYNZ, § 241.

(6) Fr. 13, pr. D. de pig. 20, I, MAYNZ, § 241, nota 30.

(7) Fr. 18, pr. D. de pig. 13, 7; fr. 20, D. de pig. 20, I, POTHIER, *Hyp.* cap. 4, art. I, § II, TROPLONG, *Nantissement*, n. 56, ROCHA, § 627. *Vej. o Cód. Com.*, art. 273.

(8) Fr. 13, § 2, D. de pig. 20, 1; fr. 40, § 2, D. de pig. act. 13, 7, C. I, C. si pig. pig. dat. 8, 24.

O segundo penhor depende do primeiro. Assim se o primeiro devedor paga a dívida, o segundo penhor cessa de existir, e o credor é obrigado a restituí-lo. Neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur. “Le gage est purgé *ipso jure* par le payement; il n’en reste rien pour le second *creancier*”. TROPLONG, *Natiss.*, n. 82, *Dig. Port.*, III, art. 1.220.

dor, quer ele as recebesse em boa, quer em má fé (9). Mas, não obstante, prevalece com todos os seus efeitos naturais o contrato pignoratício entre o credor e o devedor (10).

CÓDIGO CIVIL

Art. 768 — Constitue-se o penhor pela tradição efetiva, que, em garantia do débito, ao credor, ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de um objeto movel, suscetível de alienação.

Art. 769 — Só se pode constituir o penhor com a posse da coisa movel pelo credor, salvo no caso de penhor agrícola ou pecuário, em que os objetos continuam em poder do devedor, por efeito da cláusula "constituti". — 781 a 788.

Art. 789 — A caução de títulos de créditos inalienáveis equipara-se ao penhor e vale contra terceiros, desde que fôr transcrita, ainda que esses títulos não hajam sido entregues ao credor.

Art. 790 — Também se equipara ao penhor mas com as modificações dos artigos seguintes, a caução de uns em garantia de outros títulos.

(9) Fr. 20, D. de pig. act. 13, 7, V. 2, 4, 6, C. Si alien. res pig. dat. 8, 16. POTHIER, *Hypoth.* cap. 4, art. I, § II, *in fine*.

(10) Fr. 9, § 4, D. de pig. act. 13, 7; fr. 22, § 2, D. eodem. POTHIER, loc. cit., § II, *in fine*. O penhor não produz direito real em favor do credor sobre a coisa alheia; mas, no caso figurado, como o contrato prevalece entre o credor e o devedor com os seus efeitos naturais. Assim o credor, paga a dívida, não se pode eximir de restituir a coisa ao devedor sobre o fundamento que ela não lhe pertence. Vej. TROPLONG, *Nantissement*, n. 59.

Art. 791 — Esta caução principia a ter efeito com a tradição do título ao credor, e provar-se-á por escrito, nos termos dos artigos 770 e 771.

Art. 792 — Ao credor por esta caução compete o direito de:

*I — Conservar e recuperar a posse dos títulos caucionados, por todos os meios cíveis ou crimes, contra qualquer de-
tentor inclusive o próprio dono.*

*II — Fazer intimar ao devedor dos títulos caucionados, que não pague ao seu credor, enquanto durar a caução (ar-
tigo 794).*

*III — Usar das ações, recursos e exceções convenientes, para assegurar os seus direitos, bem como os do credor cau-
cionante, como se deste fóra procurador especial.*

*IV — Receber a importância dos títulos caucionados, e restituí-los ao devedor, quando este solver a obrigação por eles
garantida. — 793*

*Art. 793 — No caso do artigo antecedente, n. IV, o cre-
dor caucionado ficará, como depositário, responsável ao cre-
dor caucionado pelo que receber além do que este lhe devia.*

*Art. 794 — O devedor do título caucionado, tanto que re-
ceba a intimação do art. 792, n. II, ou se dê por ciente da
caução, não poderá receber quitação do seu credor.*

*Art. 795 — Aquele que, sendo credor num título de cré-
dito, depois de o ter caucionado, quitar o devedor, ficará, por
esse fato, obrigado a saldar imediatamente a dívida, em cuja
garantia prestou a caução; e o devedor, que ciente de estar
caucionado o seu título de débito, aceitar quitação do credor
caucionante, responderá solidariamente, com este por perdas
e danos ao caucionado.*

*Art. 756 — Só aquele que pode alienar, poderá hipote-
car, dar em anticrese, ou empenhar. Só as coisas que se po-*

dem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese, ou hipoteca. — 70, 72.

DA TRANSCRIÇÃO DO PENHOR

Art. 796 — O penhor agrícola será transcrito no registro de imóveis. — 44, I.

Parágrafo único. Enquanto não cancelada, continua a transcrição a valer contra terceiros.

Art. 797 — O penhor de títulos de bolsa averbar-se-á nas repartições competentes, ou na sede da associação emissora.

Art. 798 — O credor que aceitar em caução títulos ainda não integrados, poderá sobrevivendo qualquer das cláusulas das chamadas ulteriores, executar logo o devedor, que não realizar a entrada, ou efetuar-la sob protesto.

Art. 799 — Si nos termos do artigo antecedente, se efetuar, sob protesto, a entrada, ao débito se adicionará o valor desta, ressalvado ao credor o seu direito de executar incontinenti o devedor.

Art. 800 — O credor, ou o devedor, um na ausência do outro contraente pode fazer transcrever o penhor, apresentando o respectivo instrumento na forma do artigo 135, si fôr particular. — 771.

Art. 801 — Poderá o devedor fazer cancelar a transcrição do instrumento pignoratício, apresentando, com a firma reconhecida, si o documento fôr particular, a quitação do credor.

Parágrafo único. O mesmo direito compete ao adquirente do penhor por adjudicação, compra, sucessão ou remissão, exibindo seu título.

§ 162. — *Por quem e como se constitui o penhor.*

1. Teem capacidade para constituir penhor todas as pessoas que estão na livre administração de seus bens (10).

2. A constituição do penhor civil no nosso Direito não está sujeita a formalidades de rigor (11). Só se requer escritura pública quando o valor da coisa empenhada excede à taxa da lei (12).

3. O contrato de penhor se diz exceder à taxa da lei, quando o valor da coisa empenhada é superior à dita taxa. Mas se o valor do penhor é inferior à taxa da lei, ainda que seja superior à mesma taxa a importância da dívida, o contrato pignoratício pode ser passado por escrito particular. A razão é que toda controvérsia que se suscita

(10) POTHIER, *Hypoth.*, cap. 4, art. I, § II.

(11) Vej. *Consolid. das Leis Cíveis*, art. 767 e nota.

E' esta a doutrina do Direito Romano (MAYNZ, § 242, nota 2) e a do antigo Direito francês: POTHIER, *Hypoth.* cap. 4, art. I.

No Direito comercial exige-se como necessária a prova escrita (Cód. Com., art. 271).

(12) Ord. 3, T. 59, Alvará de 30 de Outubro de 1793.

O instrumento, sendo particular, deve ser passado em duplicata e assinado pelo credor e devedor. Cada um deles carece ter a prova da constituição do penhor para exercer os seus direitos, a saber: o credor para poder executar o penhor, o devedor para resgatá-lo.

O Cód. Com. (art. 271) só requer a cautela assinada pelo credor. Mas, passada tão somente essa cautela, como provar o credor a constituição do penhor?

acerca do penhor, resolve-se pelo respectivo contrato e dentro dos limites do seu valor (13).

4. O escrito, pelo qual se constitui o penhor, deve determinar a dívida (14) e especificar os bens empenhados (15). Não há necessidade de precisar o algarismo da dívida (16).

O nosso Direito não exige a autenticação da data da dívida para que o penhor possa ser oposto a terceiro (17).

5. A tradição, como acima se disse, é elemento-substancial do contrato pignoratício. Enquanto, pois, a

(13) ZACHARIAE, § 433, nota, DURANTON, n. 511, ARNTZ, II, n. 1.590, 1.º. Segundo a nossa jurisprudência no executivo por penhor só se discute a quantia e só se faz a execução até o valor da coisa empenhada: o resto da dívida deve ser pedido pela ação competente. MORAES, *Execut.*, I, cap. 3, n. 13.

(14) Basta mencionar a dívida sem declarar-lhe a causa: ARNTZ, II, n. 1.591, 1.º.

O penhor pode ser constituído na própria escritura em que é contraída a dívida. Neste caso, como o instrumento é também da dívida, deve conter as declarações que forem de direito, segundo a natureza do contrato de que deriva a obrigação.

(15) MOURLON, III, n. 1.218, 2.º, ARNTZ, II, n. 1.591. E' clara a razão. Sem a aludida individuação os bens empenhados podiam ser facilmente substituídos pelo devedor conluído com o credor para defraudar os demais credores.

(16) E' a nossa doutrina e a do Direito Romano. O Direito francês com fundada razão, exige declaração do montante da dívida. (C. C., art. 2.074, MOURLON, III, n. 1.218, 2.º). Seguiu-o o Cód. Com. art. 272.

(17) Em França o título do penhor não vale contra terceiros, senão depois que a sua data se torna certa por ato autêntico. E' uma boa cautela. MOURLON, III, n. 1.218, 1.º. Não temos lei a respeito...

coisa não é entregue ao credor, não há penhor legalmente constituído (18).

São admissíveis, como meios de operar a entrega, os diversos modos de tradição conhecidos no Direito civil — a real, as simbólicas, as fictícias (19), e ainda a tradição pelo *constituto possessório* (20).

(18) Vej. § 160, acima.

(19) Vej. § 10, acima. ROCH., § 627.

(20) O Direito Romano é expresso a respeito. Veja-se SAVIGNY, *Posse*, § 27, C. MAYNZ, § 242, nota 5.

VOET diz que a disposição do Direito Romano que permite a tradição do penhor pelo *constituto* não foi aceita na Holanda pela razão de que segundo o costume holandês os moveis não tem sequela.

“Sed et secundo, magis est nostri moribus illud quale constitutum *possessorium in pignoribus mobilibus non ultra probari possit, ex quo placuit mobilia non habere sequelam, et ob id ipsi rei mobilis possessionem incumbere debere creditorem, ut asserere sibi in ea possit proclationis jus*”. *Pandect.*, 20, 1, n. 12.

A razão é decisiva. Na verdade, se no sistema do Direito Holandês não subsiste a sequela em relação aos moveis, é evidente que perante aquele Direito o penhor não pode existir sem a detenção física, e que, portanto, lhe é inaplicável a tradição pelo *constituto*.

Em França e pela mesma razão domina a mesma doutrina.

Mas, segundo o nosso Direito, os moveis são susceptíveis de sequela. — O credor pignoratício, que perde a posse do movel, pode rehavê-lo ou por via de interdito possessório, ou por via de ação real competente (§ 163, n. 5 adiante). Não vigora entre nós o princípio francês — *la possession vaut titre*. — Não há, pois, razão para excluir a doutrina do Direito Romano.

E' este um dos muitos casos em que as disposições do Direito estrangeiro, por serem corolários de peculiaridades desse Direito, não podem ser aplicadas ao nosso.

Sustentando o § 6, do art. 6, da lei n. 1.357, de 24 de Setembro de 1874, § que aplica expressamente a tradição pelo *constituto* ao

Quando o objeto do penhor é um direito, como uma letra, um crédito, a tradição se consuma pela simples entrega do respectivo título (21). É de advertir que não há nestes casos necessidade de intimar ao devedor a constituição do penhor (22); mas, se o devedor não é intimado, as quitações que lhe passa o seu credor, valem contra o credor que recebeu o título em penhor (23).

penhor de escravos, o Sr. Nabuco de Araujo dizia, no senado, na sessão de 16 de Junho de 1864, o seguinte:

“Esta exigência do nobre senador não me parece fundada porque conforme o direito em geral a cláusula *constituti* se considera uma tradição simbólica, ou não real. O nobre senador reconhece com SAVIGNY que o penhor admite a cláusula *constituti*... Sem dúvida, o que há de mais significativo em algumas espécies de tradição simbólicas estabelecidas pelo código comercial, do que na cláusula *constituti*?... Aqui estão as espécies de tradição simbólica referidas no art. 200, que não é senão exemplificativo... Essas espécies importam tradição ficta, como o *constituto*, porque nelas, estritamente falando, não há símbolo, porém manifestação da vontade por palavras”. An. 1864, I, pág. 137.

O temor de fraude pela possibilidade da antedata não tem fundamento. O credor que quiser afastar qualquer suspeita, tem em suas mãos o meio — autentique o papel com o reconhecimento da firma ou exija escritura pública. Ao mesmo perigo está sujeito o depósito e todos os contratos que podem ser feitos por escrito particular.

(21) ARNTZ, II, n. 1.594, TROPLONG, *Nantissement*, n. 277..

O penhor de ações de companhias, que não são ao portador, e de apólices da dívida pública, se fazem por via de transcrição nos respectivos livros.

(22) Em França assim no caso de cessão como no de penhor de créditos, é indispensável a intimação do devedor (MOURLON, III, n. 1.219); e também na Bélgica (ARNTZ, II, n. 1.594) C. DA ROCHA, dá esta doutrina como subsistente no Direito português ao tempo em que escreveu.

(23) Na verdade, se o devedor não teve ciência do penhor, paga bem ao credor, e legalmente se exonera da dívida.

CÓDIGO CIVIL

Art. 761 — Os contratos de penhor, anticrese e hipoteca, declararão, sob pena de não valerem contra terceiros. — 770.

I — O total da dívida, ou sua estimação.

II — O prazo fixado para pagamento.

III — A taxa dos juros, si houver. — 1.262.

IV — A coisa dada em garantia, com as suas especificações.

Art. 770 — O instrumento do penhor convencional determinará precisamente o valor do débito e o objeto empenhado, em termos que o discriminem dos seus congeneres. — 761.

Quando o objeto do penhor fôr coisa fungível, bastará declarar-lhe a qualidade e quantidade.

Art. 771 — Si o contrato se fizer mediante instrumento particular, será firmado pelas partes, e lavrado em duplicata, ficando um exemplar com cada uma dos contraentes, qualquer dos quais pode levá-lo à transcrição. — 135, 800

Art. 776 — São credores pignoratícios, independentes de convenção :

I — Os hospedeiros, estalajadeiros ou fornecedores de pouxada ou alimento, sobre as bagagens, moveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito. — 777.

II — O dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens moveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarneecendo o mesmo prédio, pelos alugueres ou rendas. 1.566 e VI.

Art. 777 — A conta das dívidas enumeradas no artigo antecedente, n. I, será extraída conforme a tabela impressa,

prévia e ostensivamente exposta na casa, dos preços da hospedagem, da pensão ou dos gêneros fornecidos, sob pena de nulidade do penhor.

Art. 778 — Em cada um dos casos do art. 776, o credor poderá tomar em garantia um ou mais objetos até o valor da dívida.

Art. 779 — Os credores compreendidos no referido artigo, podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora,

Art. 780 — Tomado o penhor, requererá o credor, ato contínuo, a homologação, apresentando, com a conta por menor das despesas do devedor, a tabela dos preços, junta à relação dos objetos retidos, e pedindo a citação dele para, em vinte e quatro horas, pagar, ou alegar defesa.

Art. 781 — Podem ser objeto de penhor agrícola : — 44, I, 769, 796.

I — Maquinas e instrumentos aratórios, ou de locomoção.

II — Colheitas pendentes ou em via de formação no ano do contrato, quer resultem de prévia cultura, quer de produção espontânea do solo.

III — Frutos armazenados, em ser, ou beneficiados e acondicionados para a venda.

IV — Lenha cortada ou madeira dos matos preparada para o corte.

V — Animais de serviço ordinário de estabelecimento agrícola.

Art. 782 — O penhor agrícola só se pode convencionar pelo prazo de um ano, ulteriormente prorrogável por seis meses. — 788.

Art. 783 — Si o prédio estiver hipotecado não se poderá, pena de nulidade, sobre ele constituir penhor agrícola, sem

anuência do credor hipotecário, por este dada no próprio instrumento de constituição de penhor.

Art. 784 — No penhor de animais, sob pena de nulidade, o instrumento designá-los-á com a maior precisão, particularizando, o lugar onde se achem, e o destino, que tiverem.—770.

Art. 785 — O devedor não poderá vender o gado empenhado, sem prévio consentimento escrito do credor.

Art. 786 — Quando o devedor pretenda vender o gado empenhado, ou, por negligente, ameace prejudicar o credor, poderá este requerer se depositem os animais sob a guarda de terceiro, ou exigir que se lhe pague a dívida incontinenti.

Art. 787 — Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam subrogados no penhor.

Parágrafo único. Esta substituição presume-se, mas não valerá contra terceiros, se não constar de menção adicional ao respectivo contrato.

Art. 788 — O penhor de animais não admite o prazo maior de dois anos, mas pode ser prorrogado por igual período, averbando-se a prorrogação no título respectivo.

Parágrafo único. Vencida a prorrogação, o penhor será executido, quando não seja reconstituído.

§ 163. — *Efeitos do contrato do penhor: I. Direito real do credor*

O contrato do penhor, consumado pela tradição, gera em favor do credor um direito *real* (*jus pignoris*) sobre a coisa (24). Este direito é um méro direito de garan-

(24) Fr. 16, § 3, fr. 17, D. de pig. et hypoth. 20, 1: LOBÃO. *Notas à Mello*, 3, § 14, n. ROCHA, § 626.

tia: — tem por efeito tão somente sujeitar a coisa por um vínculo real ao cumprimento da obrigação; não confere ao credor a faculdade de usar dela ou de aproveitar os seus frutos e rendimentos (25).

São corolários do dito *direito real* os direitos seguintes:

1. O direito de reter a coisa, enquanto a dívida não é integralmente paga (26). O credor adquire a posse jurídica da coisa empenhada (27).

2. O direito de fazer vender o penhor, se a dívida não é paga no dia do vencimento (28).

A venda se faz judicialmente, com intimação do devedor (29).

(25) Fr. 54, D. de furtis, 47,2: Si pignore creditor utatur, furti tenetur, § 6, 1. de oblig. quæ ex quasi-delict. 3, 1. POTHIER, *Hypoth.*, cap. 4, art. 2, § 2, D. *Port.*, III, art. 1.219, ROCHA, § 628. Salvo consentimento do devedor.

(26) C. 6, C. de distrib. pign. fr. 19, D. de pig. 20, I., MÜHLENBRUCH, § 314, POTHIER, loc. cit. Art. 2, § 1.º ROCHA, § 626, D. P. III, art. 1.210.

(27) Fr. 1, § 15, D. de adq. pos. 41, 2, fr. 16, D. de usurpat. 41, 3; fr. 35, § 1.º, D. de pig. act. 13, 7, MAYNZ, § 167, not. 14 e § 246, not. III. O credor pode usar dos remédios possessórios. A posse do credor pignoratício é outra espécie de posse derivada. O proprietário da coisa empenhada conserva a posse civil para a prescrição. Fr. 13, fr. 16, fr. 33, § 4. D. de usurpat. 41, 3, LOBÃO, *Notas à Mello*, 3, 14, § 2, n. 8, ROCHA, § 630, n. 2.

(28) MAYNZ, §§ 245 e 247, POTHIER, loc. cit., art. 2, § 1.º, *Dig. Port.*, III, arts. 1.204 e 1.205.

(29) *Dig. Port.*, III, art. 1.204 e 1.205. MORAES, *Execut.* I, cap. 4, § 3, n. 13. LOBÃO, *Proces. Execut.*, cap. 5, Art. 14; MORAES no lugar citado expõe a praxe da execução do penhor.

Não é lícito estipular-se no contrato de penhor o *pacto comissório*, isto é — que se a dívida não fôr paga no prazo ajustado fique a coisa vendida de pleno direito ao credor, ou pelo preço da dívida (30), ou pelo preço ajustado ao tempo em que o penhor é constituído (31). Esta proibição tem por fim proteger o devedor, sob a pressão da necessidade de momento, contra as exigências ávaras do credor (32). E' igualmente proibido pela mesma razão pactuar-se que a coisa ficará ao credor pelo preço em que ele a estimar (33).

E' permitido, porem, porque não subsiste a dita razão, estipular-se a venda da coisa ao credor pelo preço que for estimado por avaliadores (34).

3. O direito de exigir o cumprimento da obrigação ou de cobrar a quantia, quando o penhor é um direito ou um crédito (35). A coisa ou a quantia que fazia objeto

Pode estipular-se que a venda seja extra-judicial; mas ainda neste caso os louvados devem ser judicialmente nomeados. Vej. MORAES e LOBÃO, loc. cit. Acerca do processo da execução do penhor mercantil, vej. o Reg. n. 737, arts. 282 e seg.

(30) C. ult. C. de pact. pig. Ord. 4, 56, pr. TROPLONG, *Nantissement*, n. 382. E' uma *datio in solutum*.

(31) TROPLONG, *Nantissement*, n. 386.

(32) TROPLONG, *Nantissement*, n. 379: Un tel pacte est immoral: *contra bonos mores*; il est vexatoire; il est un abus du fort sur le faible, une odieuse spéculation de celui qui a sur celui qui éprouve une nécessité d'argent."

(34) Ord. 4, 56, pr. verb. Porem se o devedor... TROPLONG, n. 388.

(35) Fr. 18, D. de pig. act. 13, 7, fr. 20, D. de pignoriib. 20, I, C. 4 C. quæ res pignor., 8, 17, MAYNZ, § 241, n. 21. Vej. Cód. Com., art. 277.

do direito empenhado, rehavida ou cobrada, toma-lhe o lugar em poder do credor e subsiste como penhor (36).

4. O direito de haver do devedor assim as despesas feitas com a conservação e guarda do penhor (37), como a indenização dos prejuízos e perdas que os vícios do mesmo penhor tenham causado (38).

5. O direito de reivindicar o penhor, se lhe foi tirado da posse, contra quem quer que o detenha, ainda que seja o próprio devedor (39).

6. Ao direito real do penhor (*jus pignoris*) anda sempre ligado o direito de preferência, isto é, o direito do credor pagar-se precipuamente com o produto da venda do objeto empenhado (40).

(36) POTHIER, loc. cit., MAYNZ, § 241.

(37) Fr. 8, D. de pig. act., 13, 7, *Dig. Port.*, III, art. 1.210, ROCHA, § 628, POTHIER, loc. cit., art. 2, § 3.

(38) Fr. 16, D. de pig. act. 13, 17, POTHIER, loc. cit., art. 2, § 3, in fine, MOURLON, III, n. 1.222. in fine. Exemplo — se foi da-lo em penhor um animal morbosos e contagiou os do credor.

(39) Fr. 16, § 3, fr. 17 D. pig. et hyp. 20, 1; C. 10, C. de pig. act. 4, 24, 3, 14, § 3. Esta ação tem grande analogia com a reivindicação e os Romanos a chamavam também — *vindicatio pignoris*, *pignoris persecutio*. V. *Doutrina das Ações*, not. 757. Pode ser suprida pelos remédios possessórios. LOBÃO, *Notas à Mello*, 3, 14, § 2, n. 8.

(40) Fr. 5, § 8, 17, D. de tribut. act. 14, 4; fr. 1.º D. de pig. et hyp. 20, 1. POTHIER, loc. cit., art. 1.º, § I. MOURLON, III, n. 1.216, 2.º. *Dig. Port.*, III, n. 1.201.

No direito civil a preferência do penhor prevalece contra quaisquer outros privilégios.

O penhor de escravos com a cláusula *constituti*, devidamente inscrito, prevalece contra a hipoteca posterior dos mesmos escravos, hi-

7. O direito *real* do credor é *indivisível* nos mesmos termos em que o é a hipoteca, a saber: o penhor afeta as coisas empenhadas em todas as suas partes. Assim cada parte coisa, ou cada uma das coisas empenhadas, fica sujeita à totalidade da dívida, e a coisa toda, ou todas as coisas dadas em penhor, à cada fração da dívida (41).

CÓDIGO CIVIL

Art. 759 — O credor hipotecário e o pignoratício tem o direito de executar a coisa hipotecada, ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à prioridade na inscrição. — 765, 833, § único.

Parágrafo único. Excetua-se desta regra a dívida proveniente de salários do trabalhador agrícola, afim de ser pago pelo produto da colheita para o qual houver concorrido com o seu trabalho, precipuamente a quaisquer outros créditos. — 1.560, 1.563.

Art. 765 — E' nulla a cláusula que autorisa o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, si a dívida não fôr paga no vencimento. — 759, 760.

Art. 767 — Quando, executido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e

poteca que não pode ter lugar senão conjuntamente com a hipoteca de algum imóvel. Le n. 1.237, art. 6, § 6. Decret. n. 3.453, art.

Segundo o nosso Cód. Com. (art. 877, § 3), o credor pignoratício é equiparado ao credor por hipoteca tácita especial. Neste sistema a preferência do penhor vem depois da de várias classes de privilégios. (Cód. Com., arts. 876, 877, 880 e 882).

(41) POTHIER, loc. cit., art. 11, § 1.º; MOURLON, III, n. 1.217, Dig. Port., III, arts. 1.211 e 1.212; § 629, 8.º e 9.º. 1.217, Dig. Port., III, arts. 1.211 e 1.212; ROCHA, § 629, 8.º e 9.º.

despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante.

Art. 772 — O credor pignoratício não pode, paga a dívida, recusar a entrega da coisa a quem a empenhou. — 802, 1.566, III.

Pode retê-la, porém, até que lhe indenizem as despesas devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua.

Art. 773 — Pode igualmente o credor exigir do devedor a satisfação do prejuízo que houver sofrido por vício da coisa empenhada.

Art. 792 — Ao credor por esta caução compete o direito de :

I — Conservar e recuperar a posse dos títulos caucionados, por todos os meios cíveis ou crimes, contra qualquer detentor, inclusive o próprio dono.

II — Fazer intimar ao devedor dos títulos caucionados, que não pague ao seu credor, enquanto durar a caução (artigo 794).

III — Usar das ações, recursos e exceções convenientes, para assegurar os seus direitos, bem como os do credor caucionante, como se deste fôra procurador especial.

IV — Receber a importância dos títulos caucionados, e restituí-los ao devedor, quando este solver a obrigação por eles garantida. — 795.

Art. 793 — No caso do artigo antecedente, n. IV, o credor caucionado ficará, como depositário, responsável ao credor caucionário, pelo que receber além do que este lhe devia.

Art. 794 — O devedor do título caucionado, tanto que receba a intimação do art. 792, n. II, ou se dê por ciente da caução, não poderá receber quitação do seu credor.

Art. 795 — *Aquele que, sendo credor num título de crédito, depois de o ter caucionado, quitar o devedor, ficará, por esse fato, obrigado a saldar imediatamente a dívida, em cuja garantia prestou a caução; e o devedor, que, ciente de estar caucionado o seu título de débito, aceitar quitação do credor caucionante, responderá solidariamente, com este, por perdas e danos ao caucionado.*

§ 164. — Obrigações do credor

Ao credor pignoratício incumbe:

1. Conservar a coisa dada em penhor, empregando para esse fim a diligência e o cuidado dum bom pai de família (42).
2. Restituir, paga a dívida, o penhor e seus acessórios, ao devedor ou à pessoa de quem o recebeu (43), ou, se o penhor foi vendido, o excesso do preço sobre a quantia devida (44).
3. Indenizar o valor da coisa empenhada, se pe-

(42) Fr. 13, § 1.º, fr. 14, D. de pig. act. 13, 7; POTHIER, *Hipotec.*, cap. 4, art. 11, § 1. *Dig. Port.*, III, art. 1.214. E' responsável até pela culpa leve. ROCHA, § 628.

(43) Fr. 9, § 3, D. de pig. act. 13, 7. POTHIER, *loc. cit.*, art. 11, § 11, *Dig. Port.*, III, art. 1.210.

(44) Fr. 6, § 1.º, fr. 42. D. de pig. act. 13, 7; POTHIER, *loc. cit.*, art. 11, § 11.

receu por culpa sua (45), ou as deteriorações que sofreu pelo mesmo motivo (46).

4. Dar conta, ao devedor ou dono, dos frutos e rendimentos da coisa, ou de qualquer utilidade que dela tirasse (47).

CÓDIGO CIVIL

Art. 774 — O credor pignoratício é obrigado como depositário :

I — A empregar na guarda do penhor a diligência exigida pela natureza da coisa.

II — A entregá-lo com os respectivos frutos e accessões, uma vez paga a dívida, observadas as disposições dos artigos antecedentes.

III — A entregar o que sobeje do preço, quando a dívida fôr paga, seja por excussão judicial, ou por venda amigável, se lha permitir expressamente o contrato, ou lha autorizar o devedor mediante procuração especial.

IV — A resarvir ao dono a perda ou deterioração, de que fôr culpado. — 775

(45) Fr. 13, § 1.º, fr. 30, D. de pig. act. 13, 7; C. 6, 8 e 9, C. de pig. act.; POTHIER, loc. cit., art. 11, § 11, *Dig. Port.*, III, art. 1.215. Ao credor incumbe provar que a coisa pereceu por caso fortuito. VOET, *Pandect.*, 13, 7, n. 5.

(46) Fr. 24, § 3, fr. 13, § 1.º, D. de pig. act. 13, 7; POTHIER, loc. cit., art. 11, § 11, *Dig. Port.*, III, art. 1.214.

(47) Fr. 6, § 1.º, fr. 7, fr. 22, §§ 1 e 2, D. de pignor. act. 13, 7, C. 3, C. tit. eodem. POTHIER, loc. cit., art. 11, § 11, *Doutrina das Ações*, § 321; ROCHA, § 630.

Art. 775 — No caso do artigo antecedente, n. IV, pode compensar-se na dívida, até à concorrente quantia, a importância da responsabilidade do credor.

§ 165. — Obrigações do devedor

Por força do contrato pignoratício o devedor é obrigado:

1. A satisfazer ao credor as despesas que ele fez com a conservação e guarda do penhor (48).

2. A indenizar os prejuízos que lhe causaram os vícios da coisa empenhada (49).

§ 166. — Ações do credor e devedor: dum contra o outro

A) Ao devedor compete a ação pignoratícia *direta* contra o devedor para lhe pedir:

1.º A restituição do penhor, depois de paga a dívida (50) ou a diferença do preço, se o penhor foi vendido (51). Pode esta ação ser executada ainda antes de

(48) Fr. 8, D. pignorat. act. 13, 7.

(49) Fr. 16, § 1.º, D. eodem; POTHIER, *Hipotec.*, cap. 4, art. 11, § 11, in fine.

(50) Fr. 9, § 3, D. de pig. act. 13,7. POTHIER, *Hipotec.*, cap. 4, art. 11, § 11, *Doutrina das Ações*, § 331. E' a ação de remissão do penhor. Vej. Reg. n. 737, art. 281.

(51) Fr. 6, § 1.º, fr. 7, D. eodem. *Doutrina das Ações*, cit., § 331.

paga a dívida, se o credor usa indevidamente da coisa empenhada (52) ou se renuncia o penhor (53).

2.º A indenização do valor da coisa e prejuízos resultantes, se pereceu por culpa dele (54) ou a importância das deteriorações sofridas igualmente por falta do credor (55).

B) Contra o devedor tem o credor a ação pignoratícia *contrária* para dele haver:

1.º As despesas feitas com a conservação e guarda do penhor (56).

2.º E as perdas e prejuízos causados pelos vícios da coisa empenhada (57).

§ 167. — *Dos modos de extinção do penhor*

O penhor (*jus pignoris*) termina:

(52) C. 3, in fine, C. de pig. act., 13, 7; POTHIER, loc. cit. Art. 11, § 111.

(53) Fr. 9, § 3, D. de pig. art. 13, 7. POTHIER, loc. cit., art. 11, § 11. O credor pode renunciar o penhor, porque ele é substituído por outro ou por fiança, ou porque o quer.

(54) C. 6, 8 e 9, C. de pig. act. *Doutrina das Ações*, § 333; Loão, *Notas a Mello*, 3, 14, § 3.

(55) Fr. 24, § 3, fr. § 1.º, D. de pig. act. 13, 7, *Doutrina das Ações*, § 331.

(56) Fr. 8, D. de pig. act. 13, 7, *Doutrina das Ações*, § 332.

(57) Fr. 16, § 1.º, D. eodem, *Doutrina das Ações*, § 332 e nota 748.

1. Pelo pagamento integral da dívida (58).
2. Pela perda da coisa empenhada (59).
3. Pela renúncia do credor, como se ele entrega a coisa ao devedor (60).
4. Pela resolução do domínio daquele que constitui o penhor (61).
5. Pela confusão da qualidade de credor e de proprietário na mesma pessoa (62).

CÓDIGO CIVIL

Art. 802 — Resolve-se o penhor :

I — Extinguindo-se a obrigação. 772.

II — Perecendo a coisa. — 78.

III — Renunciando o credor. 803.

IV — Resolvendo-se a propriedade da pessoa que o constituiu. — 647.

(58) Fr. 6, pr. D. quib. mod. pig. solv. 20, 6: Item liberatur pignus... si qua ratione obligatio ejus finiat.

(59) Fr. 8, pr. D. eodem. Quando o objeto do penhor é um crédito, extinto o crédito, extingue-se o penhor.

(60) Fr. 5, pr. D. eodem, C. 7, e 9 C. de remission, pig. 8, 26.

(61) Fr. 13, § 1.º, D. de pig. 20, 1. Ex.: daes-me em penhor livros que foram legados sob condição resolutiva. Resolvido o vosso domínio pelo implemento da condição, extingue-se o penhor.

(62) "Res sua nemini pignori esse potest."

Não é preciso advertir que a nulidade da obrigação acarreta por via de consequência a nulidade do penhor. *Digest. Port.*, III, artigo 1.203.

V — *Confundindo-se na mesma pessoa as qualidades de credor e dono da coisa. — 304.*

VI — *Dando-se a adjudicação judicial, a remissão, ou a venda do penhor, autorizada pelo devedor. — 774, III.*

Art. 803 — *Presume-se a renúncia do credor, quando consentir na venda particular do penhor sem reserva de preço, quando restituir a sua posse ao devedor, ou quando anuir a sua substituição por outra garantia.*

Art. 804 — *Operando-se a confusão tão somente quanto à parte da dívida pignoratícia, substituirá inteiro o penhor quanto ao resto. — 802, V.*

CAPÍTULO II

DA ANTICRESE

§ 168. — *Noção da anticrese: característicos*

1. A *Anticrese* é a convenção pela qual o devedor, entregando um imóvel ao credor, lhe transfere o direito de perceber os frutos e rendimentos do mesmo imóvel em compensação dos juros da quantia devida (1).

O objeto próprio da anticrese, na pureza do antigo direito, era tão somente compensar os frutos com os juros (2).

(1) Fr. 11, § 1.º, D. de pig. et. hypothec. 20. I. VOET, *Pandect.*, 20, 1, n. 23: *Precipue veró probatum in pignoribus pactum antichreseos, quo id agitur ut creditor utatur pignore vicem in usurarum, donec, debitum solutum fuerit.* HUBERO, *Pandect*, eodem, n. 15: *Pactum quo convenit, ut creditor re pignorata loco usurarum fruatur, secundum cujusque rei naturam.* Vej. POTHIER, *Hypoteca*, cap. 5, art. 1.º; JOURDAN, *Hypothèque (Études de Droit Romain)*, P. II, sect. 5, capit. 41, § 2. *Dig. Port.*, III, art. 1.232 e C. DA ROCHA, § 668.

A Ord. 4, 67, § 4, proibia a convenção de anticrese por eivada de usura, e só a permitia entre o senhorio direto e o enfiteuta. Hoje não subsiste mais esta proibição, visto como não temos lei de usura. Vej. *Consolid. das Leis Cívís*, art. 768, nota 1.

(2) JOURDAN, *Hypothèq.*, loc. cit.; TROPLONG, *Nantissement, Gage et antichrese*, ns. 497 e 513.

Mas como nos casos em que havia excesso do valor dos frutos ou rendimentos sobre a taxa dos juros, imputava-se, por força ou da lei ou da convenção, esse excesso no capital, daí veio o uso da linguagem jurídica de confundir sob o nome da anticrese uma e outra operação (3).

Assim que: no estado atual do direito, se diz haver sempre anticrese, quer os rendimentos sejam tão somente compensados nos juros, quer sejam também imputados no capital (4).

2. A anticrese mais comumente se toma na acepção do direito que da convenção resulta ao credor (5).

Nesta acepção a anticrese é um direito *real*; e como tal adere à coisa e a acompanha por todas as mutações por que passa (6).

A Convenção por si só (*nuda*) não basta para transferir o direito anticrético ao credor; é mister a tradição do imóvel sobre o qual ela se constitui (7).

(3) TROPLONG, *Antichrese*, n. 513; VOET, *Pandect.*, 20, 1, n. 23; ROCHA, § 668, *Dig. Port.*, III, n. 1.233.

(4) Nota antecedente. Vej. Cód. Civil franc., art. 2.085, do Chile, art. 2.442, Português, 873.

(5) Lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, art. 6, Dec. n. 3.453, de 25 de Abril de 1865, art. 261. A anticrese torna-se pelo contrato, pelo direito resultante e pela coisa. NOODT, *Observat.* 2, 3.

(6) Lei n. 1.237, art. 6, Decreto n. 3.453, art. 261. Em França há grande controvérsia sobre se a anticrese é um direito *real* ou *pessoal*. Vej. TROPLONG, cit., n. 524 e seg.; ZACHARIAE, § 438; MOURLON, III, n. 1.229 e 1.230.

(7) Fr. 11, § 1.º, D. de pig. et hypoth., 20, 1: Si antichresis pacta sit et in fundum aut in aedes aliquis *inducatur*. Vej. POTHIER,

3. Pode a anticrese andar ligada à hipoteca, ou ter existência isolada e independente (8). Num e noutro caso ela se rege sempre por suas leis (9).

4. A convenção, pela qual a anticrese é constituída, deve ser reduzida a escritura pública, se o valor do direito transferido excede à taxa da lei (10).

E é de necessidade, para que possa valer contra terceiros, que o título da sua constituição seja transcrito no registro geral da respectiva comarca (11).

loc. cit. Hoje a transcrição de títulos supre a tradição. § 48 acima e nota 11, abaixo.

(8) C. 1, C. Cum eo, 4,26; C. 14, C. de usuris, 4, 32; MAYNZ, § 246, nota 14; TROPLONG, cit., n. 496.

(9) POTHIER, loc. cit.; TROPLONG, cit. 496.

(10) *Dig. Port.*, III, art. 1.232; ROCHA, § 668. A anticrese — direito *real* sobre imóveis, é considerada como coisa incorpórea imóvel, isto é, imóvel pela coisa a que está ligada.

(11) Lei n. 1.237, art. 6 e § 2 e art. 8, Decret. n. 3.453, arts. 261 e 262. Acerca do processo da transcrição, vej. acima § 52.

O Direito Romano admitia uma espécie de anticrese *tácita*, a qual se reputava existir quando o devedor de quantia sem juros entregava ao credor um imóvel frugífero. Fr. 8, D., in quib. caus., pig. 20, 2: Cum debitor gratuita pecunia utatur, protest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimas usuras retinere. Vej. Cujac. Obser. 8, 17; VOET, *Pandect.*, 20, 1, n. 23; HUBER, *Pandect. eodem*, n. 15.

No nosso Direito é absolutamente inadmissível a anticrese *tácita*, porquanto ninguém pode ser obrigado a pagar juros, senão ou por decreto de lei, ou por estipulação expressa e escrita. Lei de 24 de Out. de 1831, art. 2.

CÓDIGO CIVIL

Art. 805 — *Pode o devedor, ou outrem por ele, entregando ao credor um imóvel, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos.* — 677, 760, 806, 808.

§ 1.º — *E' permitido estipular que os frutos e rendimentos do imóvel, na sua totalidade, sejam percebidos pelo credor, somente à conta de juros.*

§ 2.º — *O imóvel hipotecado pode ser dado em anticrese pelo devedor ao credor hipotecário, assim como o imóvel sujeito à anticrese pode ser hipotecado pelo devedor ao credor anticretico.*

§ 169. — *A anticrese em suas relações com a taxa de juros*

1. A anticrese é por sua natureza, e como o seu nome o está indicando (12), destinada a compensar os juros do dinheiro devido: — tem o devedor o uso da soma emprestada; percebe em retôrno o credor os frutos ou rendimentos da coisa anticrética. Há na realidade uma mutuação de uso (*reciproci usus*) (13).

2. Pode acontecer que excedam à taxa dos juros os frutos ou rendimentos que o credor percebe. Nesta emer-

(12) A palavra grega *antichresis* — é traduzida em latim pela frase — *reciproci usus*. (HUB., *Pandect.*, 20, 1, n. 15) *mutuus usus*. Vej. NOODT, *Observat.*, 2, cap. 9.

(13) JOURDAN, *Hypoth.*, Part. II, sect. 5, cap. 41, § 2: "Le pacte (de anticrese) n'est, au fond, qu'une variété de l'échange; on échange l'usage d'un capital d'une nature, une terre, une maison."

gência será o credor obrigado a restituir o excesso, ou a imputá-lo no capital?

Se há convenção das partes a respeito, deve se observar o estipulado. É lícito ao devedor estipular que todos os frutos ou rendimentos sejam percebidos à conta tão somente dos juros, ainda que a importância dos rendimentos exceda à taxa legal ou convencionada dos mesmos juros. Não temos, como outros povos, lei de usura, que resista a uma convenção tal (14).

3. Se não há estipulação a respeito, cumpre distinguir:

A) Se não se estipulam juros (*gratuita pecunia*) e não obstante o devedor entrega ao credor um prédio frugífero, o princípio de direito é — que o credor deve conta dos rendimentos, — que deve imputá-los no capital (15). E por uma razão óbvia — o devedor não pode ser forçado a pagar juros que não estipulou.

B) Se as partes estipularem juros, com taxa definida, ou sem declaração de taxa (caso em que vigora a taxa

(14) Lei de 24 de Outubro de 1832, art. 1.º. No Direito romano e no francês (lei de 1807) uma tal convenção não é permitida por usuraria. Vej. MOURLON, III, n. 1.226; VOET, 20, 1, n. 23.

(15) Segundo o nosso Direito o devedor não é obrigado a pagar juros, senão ou mediante estipulação escrita (lei de 24 de outubro, de 1832, art. 2.º) ou decreto expresso da lei: РОСНА, § 779. No caso figurado, que segundo o D. R. era de anticrese *tácita*, não se dá, pelo nosso, verdadeira anticrese. Vej. nota 11 do § 186, acima.

legal) (16), o excesso dos rendimentos ainda deve ser imputado no capital. Esta solução é um corolário da natureza da anticrese, tal qual ela se constituiu no seu último estado. A anticrese é um uso mútuo, ou antes, uma troca de uso por uso. Desde que, pois, o valor do uso do dinheiro se acha taxado, ou por convenção ou por força da lei, a consequência é que o uso da coisa anticrética, isto é, a importância dos rendimentos deve compensar os juros até a concorrente quantia (17). Tal é o princípio dos contratos comutativos (18).

À doutrina contrária daria em resultado pagar o devedor mais juros do que os estipulados. Ora é injurídica a presunção de que alguém quer pagar mais do que deve (19).

Na relação de direito exposta nenhuma influência exerce a lei de liberdade de juros. A dita lei permite às partes estipularem a taxa de juros que lhes aprouver; eis o seu princípio; mas da dita lei não se pode induzir que o devedor seja obrigado a pagar mais juros do que estipulou, e é este o ponto da questão sujeita.

(16) Lei de 24 de Outubro de 1832, art. 3, Cód. Com., art. 248.

(17) Ord. 73, pr. *Dig. Port.*, I, act. 1.614. E' esta a doutrina do Direito Romano (fr. 1, § 3, D. de pignor. 20, 1; Cont. 17, C. de usuris, 4.320) e a do Francês (TROPLONG, *Antichr.*, n. 536. E uma tal doutrina não é consequência da lei de usura, como se vai ver, mas da natureza do contrato.

(18) POTHIER, *Oblig.*, n. 33... l'équité, en fait de commerce, consistant dans l'égalité, des que cette égalité est blessée et que l'un des contractants donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicieux, parce qu'il péche contre l'équité qui y doit regner".

(19) E' absolutamente inadmissível uma tal presunção.

4. Releva, porem, advertir que se os rendimentos do prédio anticrético são incertos, pois que esta incerteza introduz no contrato um elemento aleatório; entende-se que o credor não deve contas ao devedor (20).

§ 170. — *Direitos do credor anticresista*

1. O credor anticresista, eis que a coisa lhe é entregue, adquire sobre ela posse jurídica (21), e, por consequência, lhe é permitido intentar em seu próprio nome os remédios possessórios (22).

2. Pode empregar a coisa nos usos a que é destinada, usufruí-la por si ou arrendá-la a terceiro, salvo proibição expressa no contrato (23).

(20) C. 17, C. de usuris, 4, 32: Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu majores percepti emolumenti propter *incertum proventum* rescindi placita non possunt.

Mas se a incerteza viesse a desaparecer, como se o credor arrendasse o prédio anticrético por quantia certa, em tal caso o excesso verificado deve ser aplicado ao capital. VOET, 20, I, n. 23; HUB., *Pand.*, cod. n. 15; DONNEAU, sobre a C. 17, C. de us. n. 4.

(21) Fr. 11, § 1.º, D. de pig. et hypoth. 20, 1... eousque retinet *possessionem* pignoris loco. É uma das espécies de posse derivada. Vej. acima, § 12.

(22) POTHIER, *Hypot.*, cap. 5, art. 1.º. *Dig. Port.*, III, art. 1.238; ROCHA, § 669. O citado fr. 11, § 1.º, D. de pig. et hyp. dava ao credor uma ação *in factum* para recuperar a posse da coisa anticrética. Essa ação não era a *serviana*, própria do *pignus*, mas uma ação *ad instar* dela.

(23) Fr. 11, § 1.º, D. eod... aut locando, aut ipse percipiendo habibandoque. VOET, *Pandect.*, 20-1, n. 23, *Dig. Port.*, III, art. 1.237. ROCHA, § 669.

3. Tem o direito de reter a coisa sob sua posse, enquanto a dívida não for paga (24).

4. O direito do credor, transcrito o título da anticrese no registro, prevalece contra as alienações e hipotecas da coisa registradas em data posterior (25), a saber:

A) As alienações da coisa anticrética são válidas, mas o imóvel passa para o adquirente com os onus da anticrese. Assim que: o adquirente não poderá reivindicar o imóvel do poder do credor, senão pagando a dívida (26).

B) Igualmente o credor hipotecário (de data posterior) não pode executar o imóvel, enquanto não estiver paga a dívida do credor anticresista (27).

5. O direito do anticresista reveste na realidade o caráter de privilégio sobre os frutos e rendimentos; por-

(24) Fr. 11, § 1.º, D. eod.: *retinet possessionem loco, donec illi solvatur pecunia*. POTHIER, loc. cit., *Dig. Port.*, III, artigo 1.239.

(25) Lei n. 1.237, art. 6 e § 2, art. 8, Decreto n. 3.453, arts. 261 e 264.

(26) Leis citadas na nota antecedente. Vej. POTHIER, *Hypothèque*, cap. 5, art. 1; MOURLON, III, n. 1.230, 1.º.

(27) Artigos citados na nota 5, acima. MOURLON, III, n. 1.230, 2.º.

Se a coisa, por não ter havido oposição do credor anticresista foi executada; nada obstante, o direito do credor subsiste com todos os seus efeitos contra o arrematante. Vej. LOBÃO, *Execuç.*, § 468.

A doutrina de PEREIRA E SOUZA (nota 860) — de que os direitos reais impostos pelo executado se extinguem com a penhora e arrematação — doutrina duvidosa mesmo no tempo em que escreveu o sábio praxista, não tem hoje vigor, desde que os títulos, pelos quais são constituídos os direitos reais, se acham transcritos no registro geral da comarca.

quanto esses frutos e rendimentos ficam sujeitos ao pagamento da dívida, excluídos os credores de hipotecas posteriormente inscritas (29).

Em relação, porém, ao valor do imóvel em si, o anticresista é um simples quirografário. Assim se ele deixando de fazer uso do seu direito de retenção, permite que se consume a execução do imóvel, não poderá alegar preferência sobre o preço (29).

6. Ao credor anticresista é permitido opor é penhora do imóvel, embargos de terceiro possuidor, pois que, como acima se disse, tem posse jurídica sobre a coisa anticrética (30).

CÓDIGO CIVIL

Art. 760 — O credor anticretico tem direito a reter em seu poder a coisa, enquanto a dívida não fôr paga. Extingue-se, porém, esse direito, decorridos trinta anos do dia da transcrição. — 756, 806, 808.

Art. 806 — O credor anticretico pode fruir diretamente o imóvel ou arrendá-lo a terceiro, salvo pacto em contrário, mantendo no último caso, até ser pago, o direito de retenção do imóvel. — 760.

Art. 808 — O credor anticretico pode vindicar os seus direitos contra o adquirente do imóvel, os credores quirográ-

(28) MOURLON, III, n. 1.229; ROCHA, § 669.

(29) MOURLON, III, n. 1.231, 1.º; ROCHA, § 669.

(30) Embargos de terceiro são também remédio possessório. (Vej. acima, § 20.)

fários e os hipotecários posteriores à transcrição da anticrese.
— 677, 760, 806.

§ 1.º — *Si porem, executar o imóvel por não pagamento da dívida, ou permitir que outro credor o execute, sem opor o seu direito de retenção ao exequente, não terá preferência sobre o preço.*

§ 2.º — *Tambem não o terá sobre a indenização do seguro, quando o prédio seja destruído, nem, se fôr desapropriado, sobre a da desapropriação.*

§ 171. — *Obrigações do credor anticresista*

Pois que o credor anticresista tem a posse da coisa, a administra e percebe-lhe os frutos e rendimentos, é obrigado:

1.º A conservá-la e a fazer os reparos uteis e necessários (31).

2.º A pagar os impostos e os foros que a oneram (32). Tanto as despesas sob este número como as do antecedente são prelevadas nos frutos e rendimentos (33). Se o imóvel nada rende, o devedor as deve pagar ao credor (34).

(31) POTHIER, *Hipotec.*, C. 5, art. 1; MOURLON, III, número 1.234, 2.º.

(32) C. 6, C. de pig. et hypoth. *Dig. Port.*, III, art. 1.236; ROCHA, § 670.

(33) POTHIER, loc. cit.; ROCHA, § 670; MOURLON, III, n. 1.235, 3.º.

(34) MOURLON, loc. cit.; ZACHARIAE, § 439, 2.º.

3.º A indenizar os frutos que deixou de perceber por negligência, e as deteriorações que o imóvel sofreu por culpa sua (35).

As obrigações do anticresista são daquelas que procedem da posse da coisa (*obligationes propter rem*). Pode ele, pois, se eximir delas, entregando a coisa ao devedor (36).

CÓDIGO CIVIL

Art. 807 — O credor anticretico responde pelas deteriorações, que, por culpa sua, o imóvel sofrer, e pelos frutos, que, por sua negligência, deixar de percebêr.

(35) *Dig. Port.*, III, art. 1.234; ROCHA, § 670.

(36) MOURLON, III, n. 1.234; ZACHARIAE, § 439.

SECÇÃO SEGUNDA

Hipoteca

CAPÍTULO I

HIPOTECA: NOÇÕES GERAIS

§ 172. — *Origem histórica da hipoteca*

1. A hipoteca foi uma criação lenta e gradual do Direito Romano.

A idéia de assegurar o cumprimento da obrigação por via de uma garantia *real* devêra ter acudido ao espírito do homem logo que a experiência o advertiu da falibilidade da garantia puramente *pessoal*.

Dois foram os primeiros alvitre a que recorreram os Romanos para criar a garantia real (1).

2. Consistia o primeiro em *alienar* ou *ceder* o devedor ao credor a coisa destinada a garantir a dívida

(1) Vej. MAYNZ, I, § 239 e JOURDAN, *Hypothèque, Etude de Droit Romain*, P. I. Sect. I, cap. 5.

(*mancipari vel in jure cedere*), com a cláusula (*fiducia*) do credor lha revender, paga a dívida (2).

Com esta cessão o credor adquiria o direito de reivindicar a coisa se lhe fosse tirada. Nisto estava toda a sua segurança. Não se lhe transferia, porem, o direito às vantagens materiais do domínio. Era pois obrigado a imputar na dívida os rendimentos e utilidades que lhe advinham do gozo da coisa (3). Na falta de pagamento no prazo estipulado, não a podia reter, mas devia vendê-la e restituir o excesso do preço (4). E se a dívida era paga em tempo, o domínio da coisa não voltava ao devedor de pleno direito; — havia mister praticar-se a mancipação ou cessão com os ritos usuais (5).

3. O segundo alvitre se reduzia em substância ao seguinte:

O devedor entregava ao credor a coisa sem lhe transferir nenhum direito real sobre ela (*pignori deponere*) (6). A garantia do credor repousava na impossibilidade

(2) GAIO, *Com.* II, §§ 59 e 60; IZIDORO, *Origin.* V, 25: *Fiducia est cum res aliqua sumendæ mutuæ pecuniæ gratia vel in jure ceditur. BOËTIUS, ad Cicer. Topic. 4: Fiduciam vero accipit, cuicumque res aliqua mancipatur ut eam mancipanti remanciperet. Hæc mancipatio fiduciaria nominatur id ciscoo quod restituendi fidei interponitur.*

(3) PAUL, *Recept. Sentent.*, II, 13, § 2. Vej. MAYNZ, *cit.*, § 239.

(4) PAUL, *Recept. Sentent.*, II, 13, §§ 1.º e 3.º.

(5) MAYNZ, § 239; JOURDAN, c. 5 (pág. 38).

(6) IZIDORO, *Origin.* V, 25: *Pignus est enim quod propter rem creditam obligatur, cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. MAYNZ, § 239. E' o penhor com a posse, mas ainda sem o direito real (jus pignoris). Vej. § 163, acima.*

física em que ficava o devedor de dispor da coisa, e na ânsia, natural a este, de rehavê-la pelo pagamento da dívida (7). Mais tarde se conferiu ao credor a posse jurídica com os respectivos interditos (8), e de costume se estipulava a cláusula de poder ele vender a coisa e pagar-se com o preço, restituindo a diferença (9).

4. Estes alvitres, porem, eram defeituosos e vexatórios. Um e outro desapossavam o devedor da coisa. O primeiro colocava o devedor na dependência do credor para readquirir o domínio (10). O segundo, não conferindo direito real algum, deixava o credor exposto a perder a garantia, se porventura a coisa se lhe fosse usurpada e viesse a cair em mão do terceiro que não o espoliador (11).

5. Tais esboços, pois, não davam ainda a hipoteca; ela, porem, ia surgir no campo do direito como meio de vencer uma dificuldade particular.

O arrendatário do prédio rústico estava na impossibilidade de garantir a obrigação de pagar as pensões por qualquer dos dois modos expostos; não era dono do imóvel para poder cedê-lo ao credor, nem tão pouco podia en-

(7) Observação de MAYNZ, cit., § 239.

(8) MAYNZ, § 167, nota 14 e § 239, not. 10.

(9) GAIUS, Com. II, § 64; MAYNZ, § 239.

(10) A necessidade da *remancipatio* ou da nova *in jure cessio*.

(11) O credor não tinha outra ação senão a que lhe dava a posse, isto é, o interdito *recuperandæ possessionis*, o qual segundo o Direito Romano só podia ser dirigido contra o autor da força, e não contra terceiro. Vej. MAYNZ, § 166, n. 7 e § 22 acima.

A proteção, pois, do interdito era insuficiente para garantir ao credor a coisa.

tregar-lhe os instrumentos e utensílios aratórios, por ca-
recer deles. Diante destas dificuldades o espírito prático
sugeriu a idéia de constituir a garantia real por uma sim-
ples convenção sem a necessidade do devedor perder a posse
da coisa. Com efeito, o arrendatário se obrigava a dar fian-
ça às pensões, e se não a dava, ficava o locador autorizado
a apreender os moveis introduzidos (*illata, invecta*) no
prédio (12).

O processo de criar um direito real por uma simples
convenção repugnava ao antigo *Direito Civil*. E pois aque-
le Direito não ministrava ação para tornar efetiva uma se-
melhante convenção (13).

6. Um pretor (SALVIUS), convencido no entanto
da equidade da aludida estipulação, supriu a falta da ação,
criando um interdito possessório, por via do qual podia
o credor apoderar-se dos moveis introduzidos no prédio
ainda quando estivessem em poder de terceiro (14).

O dito interdito (*adispiscendæ possessionis*) não
era ainda satisfatório: toda a garantia do credor estribava
no fato da *posse*, e, portanto anulava-se desde que os mo-
veis (*illata*) estivessem em mão de pessoa contra quem
fosse impraticável o remédio possessório (15).

7. Um outro pretor (SERVIUS) deu mais um passo
e atribuiu francamente ao dono do prédio arrendado uma

(12) Vej. MAYNZ, cit., § 239, nota 16.

(13) Vej. MAYNZ, cit., § 239, nota 17.

(14) MAYNZ, cit., § 239; JOURDAN, P. I., Sect. 4, cap. 13.

(15) Vej. a nota 11, acima.

ação real (*in rem actio*), e desta maneira o armou da faculdade de *reivindicar* os moveis, introduzidos no prédio, do poder de quem quer que os detivesse (16).

O avanço feito importava nisto: O locador tinha um direito real sobre os moveis e a competente ação; este direito ele o adquiria pela convenção *núa*, sem necessidade da tradição.

Aqui está em essência a hipoteca.

8. A prática de todos os dias pôs claras a utilidade e vantagens do invento. E destarte, com a andar do tempo, o princípio da ação *serviana* foi-se ampliando a outros casos e acabou por se tornar geral (17).

A generalização do princípio da ação *serviana* criou esta doutrina:

“A convenção simples, *núa*, é suficiente para gerar um direito *real* (*jus in re*) em segurança da dívida e por força do qual o credor pôde perseguir a coisa onde quer que seja achada, e fazê-la vender para se pagar com o seu preço”

Aquele *direito real* tomou a denominação de *pignus hypotheca* (18).

(16) MAYNZ, § 239; JOURDAN, cap. 14. A *in rem actio* presunha necessariamente um direito *real* sobre os moveis introduzidos (*illata et invicta*) no prédio).

(17) MAYNZ, § 239.

(18) A palavra — *hipoteca* — é grega e se traduz literalmente em latim pela palavra — *supositio*. Tem-se escrito largas Dissertações acerca da questão de saber se a noção da hipoteca é exclusivamente Romana ou se foi importada da Grécia. Vej. JOURDAN, cap. 18, (pág. 167).

E assim se formou essa admirável instituição, — resultado antes da sucessão dos fatos jurídicos, do que realização dum pensamento preconcebido.

Praticada diariamente, os jurisconsultos se apoderaram da idéia, e submetendo-a a uma análise profunda e a uma casuística vasta, a estudaram em sua essência, nos seus corolários e nas suas multiplicadas relações com as diversas instituições do Direito civil.

Desta elaboração resultou um corpo de doutrina cientificamente organizado.

§ 173. — *Antiga legislação: a nova reforma acerca da hipoteca*

1. A noção de hipoteca recebeu, de certo, no Direito Romano, pleno e completo desenvolvimento no que diz respeito ao estudo dos princípios, aos seus corolários e variadas aplicações.

Mas faltavam ao regime hipotecário daquele Direito os requisitos que são como que as condições de que carece a hipoteca para que possa desembaraçadamente preencher a missão que lhe compete — de oferecer garantia segura e certa à dívida, e fortificar o crédito territorial.

Estes requisitos são a *publicidade* e a *especialidade* (19).

No sistema romano se admitiam as hipotecas gerais de bens presentes e futuros. Geral ou especial, a hipoteca se conservava oculta. Era complicada e inextrincável a ma-

(19) Vej. TROPLONG, *Privileg. et Hypoth.* Introduction.

téria das preferências. Um tal sistema deixava o credor exposto às maquinações da fraude e entregue a todas as contingências da incerteza.

O antigo Direito português herdara o sistema romano, e no decurso de séculos apenas lhe fizera modificações acidentais.

2. Em 1846 ensaiou-se entre nós pela primeira vez o princípio da publicidade; mas esse ensaio foi imperfeito e manco: basta lembrar que continuaram a subsistir as hipotecas gerais, incompatíveis com um sistema regular de publicidade (20).

De há muito os interesses agrícolas, da maior transcendência em um país como o nosso, instavam com energia por uma reforma que, organizando a hipoteca sobre a larga base da publicidade, assegurasse ao crédito territorial a força e a expansão de que é capaz (21).

Veio dar satisfação a esses votos a lei de 1864 (22).

(20) Veja-se a Lei n. 317, de 21 de Outubro de 1843, art. 35 e o Decreto n. 482, de 14 de Novembro de 1846.

(22) O projeto da reforma hipotecária foi apresentado na câmara dos deputados na sessão de 25 de Julho de 1854, pelo Sr. J. T. Nabuco de Araujo, então membro daquela câmara e ministro da justiça.

Em Julho de 1856 o autor do projeto ofereceu um substitutivo, que depois de discutido foi aprovado em sessão de Agosto desse ano.

No Senado, para onde foi remetida no mesmo ano de 1856, a proposição da Câmara dos Deputados correu varia fortuna, até que, emendada pelas comissões reunidas de legislação e fazenda (Parecer de 19 de Maio de 1864), e submetida à discussão, foi aprovada, e tendo sido sancionada, é hoje a lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864. Para sua execução foram expeditos Regulamentos por

3. Um bom regime hipotecário pressupõe:

a) A publicidade da transferência do domínio e a da constituição dos onus reais sobre os imóveis (23);

b) A publicidade das hipotecas;

c) A *especialidade*, como condição da publicidade (24).

Com efeito, aquele que tem de confiar seus capitais sob a garantia da hipoteca, carece de saber:

1.º Se o imóvel oferecido continua no domínio do proprietário aparente; e se o valor desse imóvel se acha ou não diminuído pela constituição de onus reais;

2.º Se o mesmo imóvel se acha gravado por hipotecas anteriores.

Ministram-lhe estas informações de fato o livro da transcrição e o da inscrição.

A nossa lei trasladou das legislações modernas para seus textos os progressos que eram compatíveis com o nosso Direito, e com o estado da nossa propriedade territorial. Assim:

Decretos ns. 3.453, de 26 de Abril de 1865 e n. 3.471, de 3 de Junho de 1865. Os ditos Regulamentos são obra do Sr. Nabuco de Araujo.

(23) TROPLONG, cit. Introduc., pág. XXXV, e XLIV.

(24) TROPLONG, *Privileg. et Hypoth.*, II, n. 513, in fine: la specialité prepare l'inscription; assure la publicité."

a) Criou o registo da transcrição dos títulos de transferência de domínio e constituição de onus sobre imóveis, e regularizou a inscrição das hipotecas (25).

b) Estabeleceu a *especialidade*. Afóra as hipotecas legais das mulheres casadas, menores e interditos, todas as mais são especiais ou devem ser especializadas, e dependem da inscrição para que possam valer contra terceiros (26).

c) Simplificou dumã maneira notável as questões de preferências. A hipoteca perime os privilégios e quaisquer preferências (27). Na colisão de hipoteca e hipoteca sobreleva a que é primeira (*pr or*); a *prioridade* é determinada pela data da inscrição, significada no número de ordem (28).

4. Uma lei hipotecária é uma obra essencialmente jurídica, mas não podem deixar de influir na combinação dos princípios que a devem constituir, considerações tiradas da ordem econômica.

Na nossa reforma, elaborada sob a pressão das exigências do crédito territorial, predominaram evidentemente os motivos econômicos; daí o sacrifício do elemento jurídico em pontos da maior importância (29).

(25) Lei n. 1.237, art. 1—109 (Tit. 1.º, cap. 1—8).

(26) Cit. Lei n. 1.237, art. 2, § 10 e art. 9.

(27) Cit. Lei, art. 5, §§ 1.º e 2.º.

(28) Cit. Lei, art. 2.º, § 9, e art. 9 e §§ 4, 5 e 6.

(29) Vej. TROPLONG, cit. *Introduct.*, pág. XXVIII.

Expungiram-se diversos casos de hipotecas legais que tinham por si a sabedoria dos séculos, e razões ponderosas de justiça e equidade (30).

Desarmou-se o devedor de meios de defesa inaufereveis, derogando-se para esse fim princípios fundamentais do Direito das Ações e do Processo (31).

(30) Tais são a hipoteca legal do credor de dinheiro, com que se comprou o imóvel, a do credor de alimentos, a do credor de benfeitorias, a do credor de despesas funerárias. Vej. PEREIRA E SOUZA, § 468.

(31) Vej. Lei, art. 14 e § 1.º — 4.º, Decreto n. 3.657, arts. 282-292.

A lei e o Regulamento, pelo que diz respeito ao devedor, são verdadeiras leis de exceção. O devedor é, por assim dizer, entregue inermem à avidez e à impaciência do credor.

São na verdade, exceções tão odiosas quão vexatórias, as seguintes:

1.º O sequestro prévio, contra o qual não se admite outra defesa senão a de hipoteca extinta e *cancelada*;

2.º A hipoteca, não estando cancelada a inscrição, produz todos os seus efeitos, ainda que se prove pelos meios mais decisivos que está extinta.

3.º A nulidade da hipoteca não pode ser oposta como exceção, mas carece ser decretada em ação ordinária;

4.º Os bens arrematam-se ainda que o seu valor exceda o dobro da dívida.

5.º O terceiro detentor não pode livrar-se da execução, largando a coisa hipotecada.

“Le crédit n'est pas le seul qui ait droit à des garanties. La propriété n'est pas moins fondée à en réclamer... Or pour que la propriété soit efficacement garantie, il est indispensable que le débiteur, qui l'a offerte comme sureté, trouve, dans des formalités prudentes, la certitude que ses créanciers n'abuseront pas de la position, ne s'enrichiront pas injustement à ses dépens, et feront vendre son immeuble à sa vraie valeur. Il faut, de plus, des précautions pour que la brusquerie des prêteurs ne trouble pas violemment la

Mas não obstante estes defeitos que são consequências das idéias do tempo, a reforma deve ser saudada como um melhoramento e um progresso importante na nossa legislação civil.

§ 174. — *Noção da hipoteca*

A hipoteca (32) é o *direito real*, constituído em favor do credor sobre coisa imóvel do devedor ou de terceiro, tendo por fim sujeitá-la exclusivamente ao pagamento da dívida, sem todavia tirá-la da posse do dono (33).

possession des tiers détenteurs et consente à entrer avec eux en compte de leurs amelioration.” TROPLONG, *cit. Introd.*, pág. XXVIII.

(32) A palavra hipoteca se costuma tomar em três acepções, a saber: 1.^a pelo direito; 2.^a pelo contrato; 3.^a pela coisa. MELLO, 3, 14, § 1.^o.

(33) Nesta definição se determina a natureza da hipoteca — direito real na coisa alheia; assinalam-se os seus efeitos capitais — sujeição do imóvel à dívida e preferência sobre o preço; e fere-se a circunstância característica de não ficar a coisa sob a detenção do credor. Vej. TROPLONG, II, n. 385, P. Pont., I, n. 321.

PASCIAL a define: “jus in re nudam conventionem a creditore in crediti secutitatem adquisitum, possessione rei penes debitorem inmanente” 2, 14, § 1.^o. Esta definição só tem o defeito de deixar em silêncio o efeito da preferência.

POTHIER, (*Cout. d’Orleans, Introd.*, T. XX, n. 1): *L’hypothèque est le droit qu’a un creancier dans la chose d’autrui, de la faire vendre en justice, pour, sur le prix, être payé de ce qui lui est dû.* Não fala do direito de preferência, nem comemora a circunstância de continuar a coisa sob a posse do dono.

C. Civil fr., art. 2.114: “*L’hypothèque*” est un droit réel sur les immeubles affectés à l’acquittement d’une obligation.” Tem os mesmos defeitos que a de POTHIER. São igualmente imperfeitas as do C. Civil do Chile (art. 2.407) e a do C. C. Port. (art. 883).

A hipoteca, pois, vem a ser um *direito real* criado para assegurar a eficácia de um *direito pessoal* (34).

1. Como todo direito real, a hipoteca tem um caráter absoluto, vigora contra todos (*adversus omnes*), e, enquanto se não extingue, acompanha a coisa pelas mutações por que passa (35). Daí o direito do credor de penhorar o imóvel em poder de quem quer que o detenha, e de executá-lo (36). Este direito se denomina — direito de *sequela* (37).

2. À hipoteca de ordinário anda ligado o direito de preferência, isto é, — o direito por força do qual o preço do imóvel é precipuamente aplicado ao pagamento da dívida, excluídas até à concorrente quantia as dívidas que não estão sob igual garantia (38).

3. O direito de sequela e o de preferência eis a virtude, a força da hipoteca. A preferência, porem, não é,

(34) Vej. § acima.

(35) *Rei adhæret ut lepra cuti*. Vej. TROPLONG, II, n. 286. Pont. I, n. 329.

(36) § 7, I. de actionib. 4, 6; fr. 17, D. de pig. 20, 1; Ord. 4, 3 pr.: “Se o devedor, que obrigou alguma sua coisa ao seu credor, a vendeu à ordem... passará a coisa com seu encargo da obrigação, e poderá o credor demandar o possuidor dela.” Lei n. 1.237, art. 3, § 12, art. 1.º, §§ 1 e 3.

(37) O direito de *sequela*, tradução do — *droit de suite* — é o *jus pignus persequendi* — é o próprio direito real em atividade.

A palavra *sequela* no sentido exposto foi primeiro usada em português por C. TELLES. Nota 22, ao art. 4 do Decreto de 26 de Outubro de 1836; adotou-a a lei portuguesa de 1.º de Julho de 1863.

(38) Lei, art. 2, § 9, art. 5, § 2, Decret. arts. 243 e 244.

como a sequela, um corolário necessário do elemento *real*, mas tão somente um predicado que a lei artificialmente confere à hipoteca, predicado que também pode ser atribuído a direitos puramente pessoais (39).

4. Os direitos reais, por via de regra, colocam a coisa em que recaem, sob a ação física da pessoa a que pertencem e que os exerce; tal o domínio, e enfiteuse, o usufruto, o uso da habitação, as servidões rústicas, algumas das urbanas (40). A hipoteca, porém, não gera um semelhante efeito — o imóvel hipotecado não fica nem sob a posse, nem sob o poder do credor (41). Esta peculiaridade procede de que a hipoteca — simples vínculo real de segurança, não traz para o credor a mínima parcela de direito às vantagens e utilidades materiais da propriedade.

5. A constituição de hipoteca propriamente não altera as relações de direito entre o devedor e o credor (42).

(39) O direito de sequela, *jus pignus persequedi*, — é, como acima se observou, o próprio direito real em ação. A preferência não é uma consequência necessária do elemento real. TROPLONG, II, n. 415.

Assim que; há casos de hipoteca sem o efeito da preferência; tal é a hipoteca judiciária (Lei, art. 3, § 12); há casos de preferência sem hipoteca, como os privilégios que a lei n. 1.237, não derrogou (art. 5, § 2). Mas não há no nosso Direito hipoteca sem o direito de sequela.

(40) Vej. acima, §§ 128 e 130.

(41) § 7, I. de act. 4,6: At eam quæ sine traditione nuda conventionē tenetur, proprie contineri dicimus. Fr. 9, § 2.º. D. de pig. act. 13, 7: Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit: *hypothecam, cum non transit, nec possessio*, ad creditorem. MELLO, 3, 14, § 1.º; TROPLONG, II, n. 386, Pont., II, n. 321. É um

Na verdade todos os bens alienáveis do devedor estão obrigados às suas dívidas: qualquer dos credores, sem distinção, tem o direito de penhorar e executar os bens que fazem parte do patrimônio do devedor. Para isso não há mister da hipoteca (43). Mas se o imóvel sai fora do patrimônio do devedor, ou se concorrem outros credores, então a hipoteca entra em atividade, e se revela a sua utilidade. A hipoteca, pois, salvo certas restrições ao domínio, produz os seus efeitos em relação a terceiros, a saber:

a) como direito *real*, contra os adquirentes do imóvel por título posterior.

b) como direito de preferência, contra os credores do devedor comum, que não estão sob a proteção de favor da mesma natureza (44).

CÓDIGO CIVIL

Art. 809 — A lei da hipoteca é a civil, e civil a sua jurisdição, ainda que a dívida seja comercial, e comerciantes as partes.

dos característicos pelos quais a hipoteca se distingue do *penhor*.
Vej. § 160.

(42) Referimo-nos ao direito em si e não à ação e processo. A hipoteca, como ver-se-á no lugar competente, sujeita o devedor a uma ação e processo especiais.

(43) TROPLONG, II, n. 397: “Il ne faut pas la confondre (a *sequela*) avec l'*execution* ou *saisie*, car la *saisie* peut être faite par un *creancier non hypothécaire*.”

(44) Vej. § 253 e seguintes, adiante.

§ 175. — *Natureza da hipoteca*

1. A hipoteca não tem em si a sua razão de ser, não constitui um direito *principal*; mas é criada para garantir uma obrigação de que ela vem a ser um puro acessório (45).

Como acessório que é, a hipoteca cinge a obrigação, vive por ela e com ela sucumbe (46); mas conserva sempre a essência de direito real.

2. Todo o direito real reveste a natureza da coisa a que adere (47). Assim o usufruto de coisa imóvel se reputa imóvel (48). A hipoteca, direito real sobre imóvel, é também considerada *imóvel* (49). Daí vem que só pode ser constituída por aqueles que têm capacidade para alienar imóveis (50).

Mas, uma vez constituída, pois que fica em tudo subordinada ao direito pessoal, — ao crédito, — ela o acom-

(45) Fr. 25, D. de pignorib. 20, 1, C. 2, C. Si ping convent. 8,33; MAYNZ, § 241, n. 1, Lei n. 1.237, art. 11, § 1, § 7. últ. parte. Decret. art. 249, § 1.º e art. 254, Pont., I, n. 324.

(46) Vej. adiante, § 276. Pont., I, n. 328.

(47) Provis. de 16 de Fevereiro e de 16 de Abril de 1818. Provis. de 8 de Janeiro de 1819 e Instruç. de 1.º de Setembro de 1836, art. 5. Dechet. n. 5.581, de 28 de Março de 1874, art. 15, § 3.º.

(48) *Consolidação das L. Civís*, art. 47.

(49) MARTOU, II, n. 691, Pont. II, ns. 328 e 329. MOURLON 3, 18, n. 1.428; ARNTZ, II, 1726.

TROPLONG (Louage, n. 17). DURANTON (XIX, n. 214) e vários outros sustentam que a hipoteca pertence à classe dos móveis (*bien mobilier*).

(50) Lei, art. 2, § 4. Decret., art. 124.

panha como se fora movel (51). E' esta a razão por que a pode transferir o marido sem outorga da mulher (52) e ainda as pessoas que por alguma razão de direito estão inibidas de alienar imoveis, como, os menores que obtiveram carta de suplemento de idade, os casados que ainda não são maiores e os curadores provisórios de heranças de ausentes (53).

3. A hipoteca é um desmembramento do domínio (54). Certo ela não traz para o credor o direito de possuir, de gozar ou fruir o imovel, nem tão pouco o de dispor dele ou de aliená-lo (55). Tais faculdades, porém, não são as unicas que constituem o domínio. Nele se inclue o poder de sujeitar a coisa a qualquer destino a que ela se preste (56). E o que é a hipoteca senão o direito pelo qual a coisa fica destinada por um vínculo real ao pagamento da dívida?

Ao demais, a hipoteca não pode ser estabelecida senão por quem tem o domínio, e o domínio resume em si todos os direitos de que são suscetíveis as coisas corpóreas

(51) MOURLON, 3, 18, n. 1.428. Pont. I, n. 328, in fine.

(52) A lei e o D. não são expressos a este respeito, mas o costume e a jurisprudência são uniformes. Não há exemplo, nem antigo nem moderno, de se terem anulado transferências de hipoteca por falta de outorga da mulher.

(53) Vej. *Direito de famílias*, § 16,01 e § 178.

(54) VALLETE, n. 124, MOURLON, 3, n. 1.432, MARTOU, II, n. 690. Em contrário MARCADÉ, II, ns. 360 e 361 e DEMOLOMBE, IX, ns. 471 e 472.

(55) O credor hipotecário não tem o direito de alienar o imovel: pode penhorá-lo, excuti-lo, — direito que também compete ao simples quirografário. Na arrematação judicial, como é sabido, o vendedor é o próprio executado. LOBÃO, *Execuç.*, § 470, Nota, n. 20.

(56) Vej. acima § 25.

(57). Não se compreende, pois, direto real sobre a coisa corpórea que não seja uma parcela do domínio (58).

§ 176. — *Indivisibilidade da hipoteca*

A lei declara a hipoteca *indivisível* (59). Para esta disposição concorreram duas razões ponderosas: — a dificuldade prática de operar na garantia hipotecária reduções correspondentes às reduções da dívida, e o pensamento de assegurar ao credor uma proteção mais eficaz (60).

A indivisibilidade da hipoteca é um atributo exclusivo do *direito* hipotecário. A coisa hipotecada e a obrigação continuam divisíveis se dantes o eram (61) — o que é *indivisível* é tão somente a hipoteca em si (62).

(57) O usufruto, o uso, a habitação, a enfiteuse, as servidões são desmembramentos do domínio. Vej. acima §§ 1 e 25.

(58) MOURLON, 3, 18, n. 1.432, Pont. I, n. 237.

(59) Lei n. 1.237, art. 10; Decreto n. 3.453, art. 239; fr. 65, D. de evict. 21, 2: *propter indivisam pignoris causam*. ACCARIAS, n. 287; TROPLONG, II, n. 388; PAUL, Pont. I, n. 331. A hipoteca não é, como as servidões, indivisível de sua natureza, mas por decreto da lei. DUMOULIN: *individuitatem* quandam habet, non simpliciter secundum quid, nec veram et propriam.

(60) DUMOULIN: *utilitas communis*. MAYNZ, § 240, *in fine*, TROPLONG, II, n. 388.

(61) Por exemplo: o prédio sujeito à enfiteuse é indivisível; há também obrigações que são indivisíveis.

(62) TROPLONG, II, n. 388, Pont. ns. 333 e 335. DUMOULIN: *ipsum principale debitum, omni respectu dividuum*. MAYNZ, § 240. Assim a hipoteca não impede que o imóvel seja dividido entre os herdeiros do devedor e a dívida entre os do credor.

Assim que: a indivisibilidade se manifesta no vínculo que liga a coisa à obrigação (63).

Consiste a indivisibilidade nisto que o imóvel ou imóveis hipotecários e cada uma das suas partes ficam sujeitos à dívida toda e a cada uma das frações dela (64).

Esta proposição, no interesse da clareza, pode ser decomposta nas duas seguintes:

a) A coisa *em sua integridade* fica sujeita ao pagamento da dívida *toda* e de cada *uma* de suas frações;

b) *Cada uma* das partes da coisa, divisas ou indivisas, fica essencialmente obrigada à dívida *inteira* e a *cada uma* de suas frações.

A) O pensamento contido na primeira proposição se revela claro nas espécies seguintes:

1.º O devedor paga dois terços da dívida: o imóvel ou imóveis hipotecados sem embargo de redução da dí-

(63) C. 6, C. de distrah. pignoriū. 8, 28:

DUMOULIN dizia: Ne dividatur vigor et vinculum pignoris, debito principali diviso.

(64) Lei, art. 10, Decret. art. 239. DUMOULIN: *omnis hypotheca sive regis, sive hominis, est tota in toto et in qualibet parte.* TROPLONG, II, n. 339, MARTOU, II, m. 692, C. C. do Chile, artigo 2.408.

(65) Lei, art. 10, § 7, art. 11, § 1, Decreto art. 310, § 3. art. 251. C. 6, C. de distrahend. pig. 8, 28: *Quandiu non esta integra pecunia creditore numerata, etiam si pro maiore parte eam*

vida, continuam hipotecados por inteiro ao terço restante (65).

2.^a - Morre o credor; partilha-se o crédito entre os seus herdeiros: o imóvel permanece hipotecado no seu todo a cada uma das porções da dívida quinhoadas a cada herdeiro, isto é: cada herdeiro tem hipoteca no imóvel todo pela fração de crédito que lhe coube (68).

B) A segunda proposição se torna perfeitamente inteligível com este exemplo:

O devedor vende metade do prédio hipotecado: a metade que conserva sob seu domínio permanece hipotecada à dívida inteira; por seu turno continua hipotecada nos termos a metade alienada (69). A extinção da hipoteca para os donos de cada uma das metades não pode resultar senão do pagamento total da dívida.

consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem. Fr. 10, D. de pig. et hyp. 20, 1: Qui pignori plures res accepit. non cogitur unam liberare nisi accepto universo quantum debetur. MORAES, *Execut.*, 1, 6, cap. 7. n. 57. Pluribus rebus pro eodem debito obligatis, quælibet in solidum tenetur: Vej. MOURLON, 3, 18, n. 1.429, n. 2, MARTOU, II, n. 694.

(68) Lei, art. 10, § 7, art. 11, § 7, Decreto, art. 310, § 3, art. 251. C. 1, C. si unus ex plurib. 8, 32: Manifesti et indubitati juris est, defuncto creditore multis relictis heredibus. actionem quidem personalem inter eos legge XII tabularum *dividi*; pignus vero in solidum unicuique teneri. TROPLONG, II, n. 389, MOURLON, 3, 8, n. 1.429, 4.º, MARTOU, II, n. 690, Pont. I, n. 335.

(69) Lei, art. 10: "...grava o imóvel integralmente e em cada uma das suas partes". ACCARIAS, n. 287, 1.º, MOURLON, 3, 18, número 1.429, 2.º.

C) A indivisibilidade da hipoteca produz ainda um efeito singular: o de tornar e adquirente do imóvel, ou duma das partes, ocasionalmente responsável pela dívida *toda*, ainda que pessoalmente ele só o seja por uma fração.

Por exemplo:

1.º Fina-se o devedor: o imóvel hipotecado passa a um de seus herdeiros. Este herdeiro torna-se *hipotecariamente* responsável pela dívida em sua integridade, ainda que a cargo dele só ficasse a porção da dívida correspondente a seu quinhão (70).

2.º Morre o devedor: o imóvel é partilhado por diversos herdeiros: cada um deles fica *hipotecariamente* obrigado pela dívida toda (71).

(70) Decreto, art. 240, § 2. TROPLONG, II, n. 390. MOURLON, 3, 18, n. 1.429, § 2.º. Pont. I, ns. 333 e 335, MORAES, *Execut.* 6, cap. 7, n. 57; Si vero hypothecaria actione actum sit... *in solidum* executio fit adversus eum heredem qui rem detinet, neque herede illo suam portionem debiti (solvente) res pro aliqua parte liberatur, nisi in integrum debitum solvat". Silva ad. Ord. 4, 3, pr. n. 62.

(71) Lei, art. 10, Decreto, art. 240, § 2. C. 2, C. Si unus ex plurib 8, 32: Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quæsita *scinditur*: pignoris autem jure... qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum. ACCARIAS, n. 289, n. 4. TROPLONG, II, n. 390. MOURLON, 3, 18, n. 1.429, 3.º. MORAES, loc. cit.: Si res conjunctim sive divisim a duobus vel pluribus heredibus possideatur... potest creditor, quem mallet, impetere ut vel integrum debitum solvat, vel rem hypothecatam demittat in solidum *pro ea parte* qua possidet non satisfacit, rem prestando pro portione tantum hereditaria".

A responsabilidade do herdeiro nada tem de pessoal por tudo que excede à sua porção viril, mas procede da posse da coisa (72) e da indivisibilidade da hipoteca (73)

Na verdade, se no primeiro exemplo, o herdeiro paga a fração da dívida a seu cargo, mas ficam por pagar as porções viris dos demais herdeiros, o imóvel permanece hipotecado inteiro por virtude da indivisibilidade. O herdeiro a quem foi quinhoadado, não pode remí-lo senão solvendo a dívida integralmente.

No segundo exemplo, se o herdeiro possuidor duma das partes do imóvel, paga a quota da dívida imputada no seu quinhão, mas os outros herdeiros não pagam as suas porções viris; a hipoteca continúa a subsistir, e como ela grava o imóvel no seu todo, a parte do herdeiro persevera, como dantes, sujeita ao vínculo hipotecário.

D) A indivisibilidade da hipoteca não é da essência do direito hipotecário; é uma pura criação da lei, toda em favor do credor (74). Daí a consequência que ela po-

(72) Lei, art. 10, §§ 1.º, 2.º e 3.º.

E' um princípio de direito que o devedor de obrigações que nascem da posse da coisa, como as do usufrutuário, do credor pignoratício ou antecresista, se exonera, abandonando a coisa. E' este o princípio do Direito Romano em matéria de hipoteca: totum debitum reddant vel id quod detinent, cedant. E' também a doutrina do Direito francês (TROPLONG, II, n. 390). Era a do nosso antigo Direito (Ord. 4; 3 pr.). A nova lei neste ponto se afastou do direito consagrado (art. 10, §§ 2 e 3): o detentor do imóvel ou há de pagar toda a dívida ou há de sofrer a execução; — não se livra, abandonando a coisa hipotecada. Vej. §§ 259 e seguintes, adiante.

(73) Decret. art. 240, § 2.º. "Ainda que pague a parte da dívida que lhe cabe".

(74) Vej. not. 2, acima.

de ser derogada por acordo das partes. E' lícito ao credor e devedor estipularem, que, paga uma certa parte da dívida, um dos prédios hipotecados ou uma certa parte fique *ipso facto* livre do onus hipotecário (75).

CÓDIGO CIVIL

Art. 758 — O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título, ou na quitação. — 766.

§ 177. — Condições da hipoteca

A hipoteca, alem de outras condições, pressupõe como requisitos essenciais:

A obrigação que ela garante:

A coisa sobre que recai:

I. 1. E' suscetivel de garantia hipotecária toda a obrigação que se pode reduzir a valor pecuniário (76).

(75) MAYNZ, § 240, in fine, MOURLON, 3, 18, 1.430, Mart. I, n. 695, Pont. II, n. 332.

Neste caso não há senão limitação da indivisibilidade ao imóvel ou à parte do imóvel que continua gravada, porquanto em relação à essa parte conserva a hipoteca a sua indivisibilidade. Vej. Pont. I, n. 332.

(76) Fr. 5, D. de pig. 20, 1; POTHIER, *Hypoth.*, ns. 59, 60 e 61, PONT, I, n. 710.

A obrigação coloca a pessoa que ela liga na necessidade jurídica

Se a obrigação tem por objeto dar dinheiro (77) ou coisa convertível em dinheiro (78), a hipoteca lhe garante diretamente a execução (79). Se, porém, a obrigação é de praticar atos pessoais (*faciendi aut non faciendi*) como a do mandatário, a do empreiteiro (80), a hipoteca assegura a indenização das perdas e danos resultantes da inexecução (81).

de fazer alguma coisa em favor de outrem (*creditor — stipulator*). O fato humano susceptível de ser objeto de um direito, eis a matéria da obrigação. O fato pode consistir em dar alguma coisa ou em praticar ato pessoal. *Obligationum substantia consistit in eo ut alium nobis obstringat vel ad dandum aliquid, vel faciendum vel prestandum* (fr. 3, D. oblig. et act.). O *facere* exprime também o *non facere*. O *dare* e o *facere* abrangem todos os atos que podem ser objeto da obrigação. Vej. MAYNZ, § 255 e POTHIER, *Oblig.*, n. 141 e 146.

Aqui estamos aludindo às obrigações suscetíveis de estimação pecuniária.

O sujeito da obrigação pode ser judicialmente forçado à cumpri-la, quando o fato consiste em dar alguma coisa. Neste caso a obrigação se executa ou pela entrega da coisa ou, na falta dela, de seu valor. POTHIER, *Oblig.*, P. I, art. 1, § 1º.

Mas se o fato da obrigação é de praticar ato pessoal, como fazer uma obra, exercer um mandato, o sujeito da obrigação não pode ser coagido a praticá-lo contra sua vontade; mas responde pelas perdas e danos resultantes da inexecução se de sua parte houve dolo ou culpa. POTHIER, *loc. cit.*, § 2, MELLO, 4, 2, § 5.

A hipoteca é destinada a assegurar a execução da obrigação ou as perdas e danos resultantes da inexecução.

(77) Fr. 9, § 1º, D. de pign. act.; fr. 5, pr., D. de pignorig. 20, 1: *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive pecunia mutua detur... sive emptio et venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio.*

(78) Fr. cit.: *sive dos*. Tal é a obrigação do tutor e a do curador de restituírem as coisas do pupilo ou interdito que são confiadas à sua guarda e administração.

(79) Vej. a nota 1 acima.

(80) Fr. 5, pr. D. de pignorig. et hypoth. 20, 1: *vel mandatum*. POTHIER, *Oblig.*, n. 146.

(81) POTHIER, n. 159 e seg. MAYNZ, § 258.

2. A hipoteca é um acessório da obrigação. Daí a necessidade que a obrigação ou já exista ao tempo da constituição da hipoteca, ou nasça conjuntamente com ela (82).

Pode a obrigação ser a termo (83), condicional (84) ou futura (85).

3. Se a obrigação é condicional, a hipoteca só se reputa existir, realizada a condição, com as declarações seguintes:

a) se a condição é *causal* ou *mista*, isto é, daquelas cujo implemento não depende da vontade dos contratantes, a hipoteca, realizada a condição, se retrotrae à data da convenção, e se foi logo inscrita, prevalece desde então contra terceiros (86). A obrigação, sujeita à condição causal

(82) Fr. 129, § 1.º, D. reg. ur. 50, 17; fr. 5, D. de pig. 20, 1: sive in presenti contractu, sive præcedat.

(83) Fr. 5, D. eodem... sive pura est obligatio, vel in diem. A obrigação a termo existe desde o dia do contrato, mas só é exigível quando se vence o termo — *cum dies venit*. MAYNZ, § 290.

(84) Fr. 5, pr., D. de eodem.

(85) Fr. cit. Sed et futuræ obligationis nomine dari possunt. POTHIER, *Hypoth.*, n. 61, PONT, I, n. 710.

Obrigação *futura* (sem carater condicional) é aquela que não existe ainda, mas que existirá, praticado o fato de que ela há de resultar, como por exemplo, se me prometeis sob hipoteca restituir uma quantia que eu desde já me obrigo a vos emprestar. Vej. JOURDAN, *Hypoth.*, cap. 23.

(86) Fr. 11, § 1.º, fr. 9, § 1 e 2, D. Qui potiores, 20, 4, MAYNZ, § 240, not. 7, JOURDAN, cap. 23, § 2, TROPLONG, II, n. 473.

ou mista, como é sabido, se reputa, realizada a condição, existir desde o dia em que foi contraída (87).

Assim, se o devedor, depois da convenção, mas antes do implemento da condição causal ou mista, faz uma segunda hipoteca a terceiro por uma obrigação pura, a primeira hipoteca sobreleva a segunda (88).

b) Se a condição é potestativa, isto é, daquelas cuja realização depende da vontade do devedor (*promissoris*) a hipoteca só adquire existência legal do dia do cumprimento da condição, embora tenha sido anteriormente inscrita (89). A razão é que a obrigação subordinada à condição desta natureza, só se torna vínculo jurídico depois de realizada a condição (90).

4. Se a obrigação é puramente *futura*, e não condicional, isto é, se ela depende de uma prestação que o credor há de fazer, e por virtude da qual a pessoa, a quem deve ser feita, se há de constituir em dívida para com o credor a hipoteca se reputa existir desde a data de sua constituição, se desde essa data subsiste já um vínculo ju-

(87) Fr. 11, § 1.º, D. Qui potiores, 20, 4: Cum enim semel conditio extitit perinde habetur ac si illo tempore, qui stipulatio interposita est, sine conditione facta esset.

BARTHOLO (*ad L. Balneum*): Si conditio est *casualis*, existente conditione obligatio *retrohitur*.

HOAFAKER (*Principia juris*, n. 1.206: *sin casualis vel mixta sit, efficaciam pignus habet ex tempore initæ conditionis*. Vej. TROPLONG, II, n. 475.

(88) Fr. 11, § 1.º, D. Qui potiores, 20, 4; TROPLONG, II, n. 473.

(89) Fr. 11, pr. D. eodem, MAYNZ, § 241, dot. 6, JOURDAN, cap. 23, § 3, TROPLONG, II, n. 474.

(90) BARTHOLO, loc. cit.: si conditio est *casualis*... obligatio *retrotrahitur*, secus, si est *potestativa*. VOET. *Pandect.*, 20, 4, n. 30.

rídico, por força do qual o credor não pode deixar de fazer a prestação prometida (91).

Por exemplo:

1.º A hipoteca que alguém constitui para garantir a restituição do dote que um terceiro *se obriga* a dar a sua mulher, existe da data da sua constituição, porque a esse tempo já o dotador se acha ligado pela obrigação jurídica de fazer o dote (92).

2.º Existe igualmente desde sua data a hipoteca, que um terceiro estabelece para garantir o crédito que lhe abre um banqueiro, embora as retiradas de dinheiro se façam em datas posteriores. Na hipótese figurada fica o banqueiro desde logo obrigado a fornecer as quantias que estiverem dentro dos limites do crédito aberto (93).

5. Pode-se, pois, formular para o caso de obrigação condicional ou futura esta doutrina: A hipoteca, tornando-se a obrigação efetiva, se considera subsistente da data

(91) Fr. 1. D. Qui potiores, 20, 4: Cum ex causa promissionis ad universa quantitatis *exsolutionem*, qui dotem promisit, *compellitur*, non utique solutionum tempora observanda sunt, sed dies contractæ obligationis; nec probe dici in potestate ejus esse *ne pecuniam* residuam *redderet*, ne minus dotata mulier esse videatur. Fr. 9, pr. D. eodem.

Veja. MAYNZ, § 241, not. 6, JOURDAN, cap. 23, § 6.

(92) Cit. fr. 1, D. Qui potiores.

(93) MAYNZ, § 241, not. 6, JOURDAN, cap. 23, § 6, pág. 226, PONT, I, n. 719. Lei Belga de 16 de Dezembro de 1851, art. 80. Veja. o C. C. do Chile, art. 2.413. Em sentido contrário TROPLONG, II, n. 479. Veja. nota seguinte.

da sua constituição, se desde esse dia o credor estava obrigado por um vínculo jurídico a dar ou fazer a prestação, pela qual o devedor se lhe constitui em dívida (94).

6. As obrigações nulas não podem servir de base à hipoteca (95).

(94) É esta a doutrina que resulta dos textos do Direito Romano, doutrina restabelecida por VANGEROW, reproduzida por JOURDAN (cap. 23) e adotada por MAYNZ (§ 241, not. 6).

CUJACIO (sobre a *L. Balneum*) e VOET (*Pandect.*, 20, 4, n. 30) interpretando mal os textos, haviam criado a teoria de que a hipoteca, se a obrigação dependia da vontade do devedor, ainda que a vontade do credor (*stipulator*) estivesse juridicamente vinculada, não se retrotraia à data da sua constituição, mas só começava a existir da data do implemento da condição. “*Videlicet si erat conditio collata in casum vel in potestatem stipulatoris, non in potestatem promissori*”. CUJACIO.

Seguiram-no TROPLONG e outros.

Mas uma tal teoria não só não acha apoio nos textos, como nem é racional, nem resolve certas dificuldades práticas.

O princípio que domina o assunto é o seguinte: — que a hipoteca se retrotraí à época da sua constituição, desde que desse momento ficou criada para o credor a obrigação de fazer a prestação que determina a existência do crédito, sem embargo de que dependa do devedor exigir ou não a dita prestação. MAYNZ, § 241, not. 6, MÜNLENBRUCH, § 300, JOURDAN, § 23.

(95) MAYNZ, § 241, not. 3. PONT, n. 710.

A distinção que os Romanos faziam entre obrigações *civis*, e obrigações *naturais*, não tem significação prática no Direito Moderno.

Denominavam os Romanos obrigações naturais aquela a que o Direito Civil negava ação, suposto, segundo o *Jus Gentium*, elas tivessem um caráter perfeitamente jurídico.

No Direito Moderno, porém, todas as obrigações, que têm caráter jurídico, são *civis*.

As obrigações, a que a lei nega ação, não têm firmeza alguma e não podem ser base de hipotecas, como por exemplo, as obrigações indevidamente contraidas pelas mulheres casadas, os empréstimos de dinheiro a filhos famílias. Vej. POTHIER, *Oblig.*, n. 191 e 197.

§ 178. — *Coisa*

Só podem ser objeto de hipoteca as coisas imoveis que estão no *comércio* (96).

1. O Direito moderno, afastando-se neste ponto do Direito Romano, não permite, a hipoteca de coisas *moveis* (97). Esta proibição é determinada pelas razões seguintes:

1.^a Os moveis não tem a estabilidade, nem a permanência, nem a individualidade tão caracterizada dos imoveis: não oferecem, portanto, em sua substância, um apôio seguro para a adesão de um direito real, que se constitue ou por simples decreto da lei, ou pela méra convenção das partes, sem a necessidade de entrega ou ocupação da coisa. A garantia seria falivel, porque o movel escapa facilmente à sequela (98).

2.^a As coisas moveis andam em perpétuo movimento; formam o objeto exclusivo da mercância entre os homens. A sujeição, pois, delas à hipoteca criaria difficul-

(96) Lei n. 1.237, art. 2, § 1 e 4. Decret. n. 3.453, art. 138.

(97) Cód. Civil francês, art. 218, do Chile, art. 2.418, Pont., art. 889.

Segundo o Direito romano, era susceptivel de hipoteca tudo que podia ser alienado. Fr. 9, § 1. D. de pig. et hypoth. 20, 1: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. Vej. MAYNZ, § 241, n. 2. O mesmo principio vigorava entre nós antes da citada lei de 24 de Setembro de 1864.

(98) TROPLONG, II, n. 395, PONT., I, n. 413.

dades e embaraços ao comércio: o comprador estaria exposto às execuções imprevistas dos credores hipotecários dos devedores (99).

3.^a O movel, sem perigo para o comércio e sem prejuizo para o devedor, pode ser posto, como penhor, sob a guarda do credor. Não havia, pois, necessidade de sujeitá-lo a um direito, que, não se revelando pelo sinal externo da posse, se converteria em causa de surpresas para terceiros de boa fé (100).

2. O fim principal e último da hipoteca é assegurar o pagamento da dívida pelo preço da coisa que ela grava. A hipoteca, pois, assenta na possibilidade da execução, isto é, da venda judicial (a arrematação) do imóvel; daí o princípio — que só podem ser objeto dela os imóveis alienáveis (101).

Não são portanto suscetíveis de hipoteca:

1. Os imóveis de uso público, como os portos, praças, e ruas públicas (102).

(99) VOET., *Pandect.*, 20, 1, ns. 13 e 14. CORRÊA TELLES: ... Pelo uso hodierno das nações civilizadas se introduziu que nos moveis não haja sequela por causa de hipoteca, em razão dos embaraços que isso causava ao comércio". Nota 22 ao art. 4, do Decret. de 26 de Out. de 1836.

(100) TROPLONG, II, 395, PONT., I, n. 413.

(101) Lei n. 1.237, art. 2, § 4, Decr. n. 3.453, art. 124. CUJACIO: Inutile omnino est pignus quod emptionem vel venditionem non recipit. Quo enim mihi pignus, si id distrahere non possum? L. 68, PAUL, ad. edict. lei 12 de pig. et hyp. TROPLONG, II, n. 412.

(102) § 62 acima.

2. Os imóveis aplicados aos serviços do Estado, como as fortalezas e praças de guerra (103).
3. Os imóveis que têm caráter sagrado ou religioso, como os templos e os cemitérios (104).
4. Os imóveis dotais, inestimados ou estimados sem a cláusula de venda (105).
5. Os imóveis doados ou deixados em testamento com a cláusula de não ficarem sujeitos às dívidas do donatário herdeiro ou legatário (106).
6. Os imóveis que já se acham penhorados (107).

CÓDIGO CIVIL

Art. 756 — Só aquele que pode alienar, poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar. Só as coisas que se podem

(103) § cit.

(104) § cit.

(105) Vej. *Direit. de família*, §§ 75 e 83, PONT., 352.

Os imóveis dotais estimados, *venditionis causa*, passam para o domínio do marido, e são alienáveis. O marido, pois, pode vendê-los, hipotecá-los, mas sempre precedendo outorga da mulher. Ord., 4, 48.

(106) P. PONT., I, n. 355. O doador ou testador pode impor a dita cláusula, que aliás é muito usual.

(107) Lei cit. art. 2, § 4. Decret. art. 124 (arg.).

A penhora tira os bens do poder e administração do executado, e tem por fim impedir que ele os consuma, extravie ou *aliene*. PEREIRA E SOUZA, nota 788. Parece, pois, que o imóvel, depois de penhorado, não pode ser hipotecado. Compare-se o art. 231, § 4, do Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850.

Todavia, em França prevalece doutrina contrária. Vej. TROPLONG, II, 413 bis. PONT., I, n. 353.

alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese, ou hipoteca.
— 70, 72.

Parágrafo único. O domínio superveniente revalida, desde a inscrição, as garantias reais estabelecidas por quem possuía a coisa a título de proprietário. — 622, 648.

§ 179. — *Que imóveis podem ser hipotecados*

Há, como é sabido, diversas espécies de bens imóveis: — imóveis por *natureza*, imóveis por destino, imóveis pela coisa a que se aplicam, imóveis por *determinação* da lei (108).

Nem todos estes imóveis são suscetíveis de hipoteca.

No estado atual do nosso Direito só podem ser hipotecados:

I. Os imóveis por *natureza* (109). Nesta classe de imóveis se compreendem:

1. O solo (110).

(108) Resol. de 16 de Fev. e 16 de Setemb. de 1818, Prov. de 8 de Janeiro de 1819, Instr. de 1 de Setembro de 1836, art. 5, Decret. n. 5.581, de 28 de Março de 1874, art. 15, ns. 1, 2 e 3: Ord., 3, 47 pr.; 4, 48, § 8. Vej. P. PONT., I, n. 356.

(109) Lei, art. 2, § 1, Decret. art. 138, § 1. Sobre o que sejam *imóveis por natureza*, vej. MOURLON, I, n. 1.348, TROPLONG, II, n. 398, PONT., I, n. 357, *Consolid. das L. Civis*, art. 45.

(110) *Solo*, chão, terra, terreno, significam na linguagem do nosso Direito o imóvel em si, com abstração de benfeitorias, edifícios e quaisquer obras na superfície. A palavra *prédio* exprime de ordinário o solo conjuntamente com o edifício, e outras vezes o terreno tão somente. *Bem de raiz*, na sua aceção natural, é o terreno que se presta à cultura; em sentido translato é sinónimo de imóvel.

2. As minas de metais e pedras (111).
3. Tudo que compõe o solo, como camadas de terras, metais, pedras, enquanto ligadas ao mesmo solo (112).
4. As coisas vinculadas ao solo por acessão, ou de uma maneira orgânica, como as árvores, aderentes à terra e os frutos pendentes; ou artificialmente, como as casas e edifícios de qualquer natureza (113).

Dos imóveis por natureza só podem ser hipotecados de per si, isoladamente:

- a) o solo,
- b) e as minas de metais e pedras (114).

Os edifícios e os móveis que entram na sua formação são em Direito considerados méros acessórios do solo, e

(111) Instrução de 1 de Setembro de 1836, art. 1. As minas de metais e pedras podem ser separadas *juridicamente* do solo e constituir propriedade distinta. Temos exemplo disto na concessão das antigas datas, e nas que o governo está diariamente fazendo de minas nas terras devolutas.

(112) Fr. 17, § 6, D. empt. 19, 1; MAYNZ, § 114.

(113) Prov. de 8 de Jan. de 189, Instr. de de Setembro de 836, arts. 5 e 6. Vej. PONT., I, n. 359.

(114) As minas de pedras e metais, ainda consideradas distintas do solo, são imóveis (Ins. de 1 de Set. de 1836, art. 7, § 3.º); entram portanto, na letra do art. 2, § 1, da Lei, e § 1, art. 138, do decreto n. 3.453.

Não se deve confundir a mina — jazida, donde se extraem os metais e pedras, — com as pedras e metais extraídos — móveis.

como tais não podem constituir propriedade distinta; donde resulta que não é lícito hipotecá-los separadamente, se não conjuntamente com o chão sobre que repousam (115). Vigora a mesma doutrina acerca das árvores, frutos e quaisquer moveis ligados à terra (116).

II. Os imoveis por *destino*, isto é, as coisas que se unem ao prédio por um vínculo físico ou moral para o uso, serviço e aproveitamento efetivo e permanente do mesmo

(115) Os edificios se consideram no nosso Direito acessórios do solo: o edificio ou construído pelo dono do solo ou por terceiro, ainda de boa fé, pertence por *accessão* a quem é senhor do solo: *quia omne quod inaedificatur, solo cedit*. I. §§ 29 e 30 de rerum divis. II, I. Vej. acima § 40, MARTOU, III, n. 955, PONT., I, n. 359. Na verdade, o edificio, por força da lei, é sempre do dono do solo com obrigação de indenizar o valor ou o custo se foi feito por terceiro em boa fé. (Vej. 40, § acima).

Desde que o edificio é sempre considerado acessório do solo, segue-se que não pode ser hipotecado sem o solo.

O art. 138, § 1 do decret. diz: “*prédios urbanos ou rústicos*” Prédio, como se observou acima, significa o solo conjuntamente com o edificio. Das palavras do Decreto, pois, resulta, não que o edificio possa ser hipotecado em separado, mas sim o edificio e o solo (prédio).

E’ de notar que antes da promulgação da lei n. 1.257 havia uma hipótese em que a casa podia ser hipotecada sem solo — quando a *superfície* do solo pertencia ao devedor. A *superfície* constituia um direito real (*jus superficies*) e o superficiário podia hipotecá-lo (MAYNZ, § 241, TROPLONG, II, n. 404, PONT., n. 391). Mas a citada lei aboliu a *superfície*, deixando de enumerá-la entre os direitos reais, cuja existência respeitou (Lei, art. 6, I). A *superfície*, sem a natureza de direito real, é incompreensível, e se confundiria plenamente com o arrendamento.

(116) Decret. arts. 138 e 139, TROPLONG, II, n. 399 e 404, PONT., II, n. 360.

prédio (117). Tais bens não podem ser hipotecados senão conjuntamente com o imóvel de que são pertenças (118).

Entre os imóveis por *destino*, se enumeram:

1. Os animais (especificados na escritura de hipoteca) e os instrumentos, utensílios e máquinas empregados nos variados misteres dos prédios agrícolas (119).
2. As sementes e estrumes reservados para a cultura do imóvel (120).
3. Os engenhos, aquedutos e trilhos de ferro aderentes ao solo (121).
4. As máquinas, fábricas, prensas, caldeiras e mais utensílios de estabelecimentos industriais e comerciais, quando esses estabelecimentos tiverem por instrumento principal o prédio em que funcionam (122).

(117) Pr. de 8 de Jan. de 1819, Instr. de 1 de Set. de 1836, art. 5, Decr. n. 5.581, de 28 de Março de 1874, art. 15, n. 2, *Consolid. das Leis Civis*, art. 46. TROPLONG, II, n. 399, PONT., II, n. 371.

(118) Lei, art. 2, § 1 Decret. arts. 139 e 140.

(119) Lei, art. 2, §§ 1 e 2, Decr. art. 140, §§ 1 e 2.

(120) MOURLON, I, n. 1.370, e 1.372, n. 8.

(121) Instr. de 1 Set. de 1836, art. 7.

(122) Por exemplo: fábricas de ferro, de pólvora, serrarias, estabelecimentos de banhos, trapiches. Na sessão de 9 de Julho de 1864, respondendo ao Sr. Souza Franco, disse o Sr. Nabuco de Araújo: "Em conclusão, se os estabelecimentos todos de que o nobre senador tratou são imóveis pela legislação atual, estão compreendidos na proposta, e se não são imóveis, não estão e não podem estar compreendidos". Anais do Senado, 1864, III, pág. 51.

A qualificação — de imóveis por destino é determinada pela in-

III. A enfiteuse e o domínio direto (123). A enfiteuse não pode recair senão sobre o solo (124). O domínio útil, portanto, tem por objeto o solo e os objetos que lhe acrescem por acessão (125). A enfiteuse (direito real na coisa alheia) se considera coisa incorpórea, e como adere ao imóvel, reveste também caráter de imóvel (126). Assim que: dos imóveis que o são pela coisa a que se aplicam, a enfiteuse é o único que pode ser por si só objeto da hipoteca (127).

O domínio direto é o direito à propriedade nua, à substância da coisa (128); como domínio, se confunde com a própria coisa. A hipoteca, pois, do domínio direto recai sobre o próprio imóvel, mas sem em nada modificar a natureza de um e de outro domínio (129).

tenção com que a coisa móvel é aplicada ao prédio: daí resulta que os móveis que se ligam ao imóvel só pela intenção e efetivo emprego, sem laço físico, só se consideram imóveis *por destino*, quando são unidos ao prédio pelo dono. POTHIER, *Commun.* n. 63, DEMOL., IX, n. 210, PONT., I, n. 372.

Se o móvel se acha preso ao imóvel por vínculo físico, e não pode ser tirado sem deterioração, fica fazendo parte do imóvel por acessão, quem quer que seja o autor da junção. Vej. § 40 acima.

(123) Lei, art. 2, § I, Decret. art. 138, §§ 2 e 3.

(124) Vej. § 141 acima.

(125) Vej. § 147, acima.

(126) *Consolid. das L. Civís*, art. 47.

(127) “O direito *real* que tem o enfiteuta é considerado como se fosse o direito do domínio, e por isso à semelhança deste se designa pelos imóveis sobre que recai”. *Consolid. das L. Civís*, art. 45, not. I. E’, na verdade, este o modo usual de ver, mas é incorreto, como já se observou no § 139, acima, nota 13.

(128) Vej. § 25 acima.

(129) O direito de propriedade se confunde com a própria coisa: daí o designar-se este direito pela própria coisa. Vej. § 1.

CÓDIGO CIVIL

Art. 810 — Podem ser objeto de hipoteca : — 756. 825.

I — Os imoveis. — 43

II — Os acessórios dos imoveis conjuntamente com eles. — 58.

III — O domínio direto. — 678.

IV — O domínio útil. — 678.

V — As estradas de ferro. — 852.

VI — As minas e pedreiras, independentemente do solo onde se achem.

Art. 825 — São suscetíveis do contrato de hipoteca os navios, posto que ainda em construção.

As hipotecas de navios reger-se-ão pelo disposto neste Código e nos regulamentos especiais, que sobre o assunto se expedirem.

Art. 812 — O dono do imóvel hipotecado pode constituir sobre ele, mediante novo título, outra hipoteca, em favor do mesmo, ou de outro credor.

Art. 852 — As hipotecas sobre as estradas de ferro serão inscritas no município da estação inicial da respectiva linha.

Art. 853 — Os credores hipotecários não podem embarçar a exploração da linha, nem contrariar as modificações, que a administração deliberar, no leito da estrada, em suas dependências, ou no seu material.

Art. 854 — A hipoteca será circunscrita à linha ou linhas especificadas na escritura e ao respectivo material de exploração, no estado em que ao tempo da execução estiverem.

Não obstante, os credores hipotecários, poderão opor-se à venda da estrada, à de suas linhas, de seus ramais, ou de parte considerável do material de exploração; bem como à fusão com outra empresa, sempre que a garantia do débito lhes parecer com isso enfraquecida.

Art. 855 — Nas execuções dessas hipotecas não se passará carta ao maior licitante, nem ao credor adjudicatário, antes de se intimar o representante da Fazenda Nacional, ou do Estado, a que tocar a preferência, para, dentro em 15 dias, utilizá-la, si quizer, pagando o preço de arrematação, ou da adjudicação fixada.

§ 180. — Os acessórios, depois de separados do imóvel

1. As coisas que se tornaram imóveis por acessão ou por destino, uma vez separadas do prédio a que estão unidas, readquirem a natureza de moveis (130) e, em consequência, deixam de ficar sujeitas à hipoteca porque, segundo a lei, não há hipoteca senão de imóveis (131).

Assim pois escapam ao vínculo hipotecário — os frutos depois de colhidos, as árvores que se cortam, os materiais que se arrancam do edifício, as máquinas a que o proprietário dá novo destino (132).

(130) Fr. 17, §§ 10 e 11, fr. 18, § 1.º, D. de act. empt. et vendit., 19,1; fr. 66, § 2, D. de contract. empt. 18,1; fr. 242, § 4. D. verb. signif. 50, 16. TROPLONG, II, ns. 414 e 414 bis, P. I, n. 376. Os romanos denominavam *cæsa, ruta* os moveis que eram separados do imóvel. Vej. MAYNZ, § 114.

(131) Lei, art. 2, § 1.º, Decret. arts. 139 e 140. TROPLONG, II, 399, MARTOU, II, n. 719, PONT., I, n. 376.

(132) TROPLONG, II, n. 404. PONT., I, n. 362.

Desta doutrina resulta:

1.º Que as coisas, mobilizadas pela separação, sendo alienadas, passam livres para o poder do adquirente (133).

2.º Que o valor delas, ainda quando penhoradas em mão do devedor, não está sujeito ao direito de preferência do credor hipotecário (134).

2. A separação é perfeitamente legítima quando resulta de atos de administração, como se o proprietário colhe os frutos por estarem maduros, se dá diversa aplicação às máquinas por conveniência superveniente, se desfaz o edifício para aproveitar o solo em outro mister (135).

(133) PONT., I, n. 420.

(134) Decret. art. 286, § 1.º (argument.). Neste § 1.º declara o Reg. “que o efeito do sequestro é sujeitar ao pagamento da dívida, como acessórios, os frutos ou rendimentos do imóvel”. Os frutos, portanto, colhidos antes do sequestro não ficam sujeitos à hipoteca. “Les fruits échus, depuis la denonciation, ou saisie, seront immobilisés, pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèques”. Cód. Pr. civil fr., art. 689. Vej. TROPLONG, II, n. 404, PONT., I, ns. 416 e 365.

A doutrina francesa vai mais longe, firmando que os frutos vendidos, suposto ainda não colhidos, se consideram desde logo mobilizados, e portanto fora do alcance da hipoteca, embora a penhora se verifique antes da percepção. PONT., I, n. 363. Esta solução, admissível no Direito francês, segundo o qual a venda por si só, independentemente da tradição, opera a transferência do domínio, não pode ser recebida perante o nosso Direito, no qual prevalece o princípio contrário — que o domínio não se transfere *nudis pactibus*.

(135) TROPLONG, II, n. 414 bis, PONT, I, n. 362, 376 e 417.

Não é porem lícito ao proprietário operar a mobilização com má fé, para defraudar os direitos do credor hipotecário. Neste caso, a separação produz sempre o efeito de desligar da hipoteca a coisa mobilizada, efeito inevitável, porque a lei não admite o direito de sequela sobre moveis (136); mas, se importa diminuição ou deterioração que torne o imóvel insuficiente para segurança da dívida, pode o credor pedir reforço da hipoteca e, na hipótese de recusa, demandar judicialmente o pagamento (137).

(136) TROPLONG, II, n. 414 bis PONT, I, n. 376, 416 e 417.

Na sessão do Senado de 16 de Julho de 1864, o Sr. Nabuco de Araujo dizia: "E' preciso, Sr. presidente, que seja mantido o principio consagrado pela doutrina e pela jurisprudência de que a hipoteca só versa sobre os imoveis; esse principio tem um interesse pratico de grande alcance... os moveis passam para o poder de terceiros sem onus algum: é isto o que convem à boa fé e às necessidades do commercio, que ficaria embaraçado se os bens que andam na mercancia fossem susceptiveis de onus ou passassem com onus para os terceiros que os adquirissem". An. 1864, II, pág. 137.

(137) Lei, art. 4, § 3, Decret. art. 140, § 2, MARTOU, II, n. 720.

Os escritores franceses, combinando diversas disposições do C. Civil, fazem distinções na questão sujeita, a saber:

Se o moveis ligados ao imóvel são vendidos, o credor pode se opor à entrega, enquanto se conservam em poder do devedor.

Se os moveis separados já estão em poder do adquirente, pode ele, se andou de boa fé, retê-los, e destarte escapam à hipoteca; mas se o adquirente versou em má fé, o credor tem o direito ou de obrigá-lo a restituí-los e repô-los no seu antigo estado, ou de havê-los e repô-los à custa do adquirente. PONT, I, n. 420.

O nosso Direito Civil, porem, não dá ao credor os mesmos recursos e expedientes que o C. C. francês, para proteger e resguardar os seus direitos. A doutrina francesa, pois, não pode ser recebida entre nós. O único recurso do credor na hipoteca sujeita é o do

§ 181. — *Imoveis que não podem ser hipotecados*

O nosso Direito, no intuito de dar à garantia hipotecária a maior consistência e solidez, exclue da hipoteca os imoveis *incorpóreos* (138), exceção feita do domínio útil (139).

art. 4, § 3, da Lei, e art. 140, § 2, do Decreto. E' também a solução que MARTOU, cit. n. 720, dá à questão em face do Direito Belga.

E quanto aos escravos? Parece-nos que a alienação ou retirada deles do imóvel não os subtrai ao vínculo hipotecário;

1.º Porque a lei exige que eles, sem embargo de serem acessórios do prédio agrícola, sejam *especificados* na escritura de hipoteca. A publicidade que destarte a lei impõe à hipoteca em relação aos escravos seria ociosa e inutil, se pela venda e consequente entrega eles se considerassem separados do imóvel, e portanto, desligados da hipoteca. Que necessidade teriam os terceiros adquirentes de se informarem pelo registro da existência da hipoteca, se o escravo mobilizado pela venda, passasse a eles livre do onus hipotecário?

2.º Porque o escravo tem uma individualidade perfeitamente caracterizada, e, em consequência, não repugna sujeitá-lo ao direito de sequestração.

Temos, pois, que o escravo, suposto por si só não possa ser objeto de hipoteca, uma vez hipotecado conjuntamente com o prédio agrícola, fica sempre sujeito ao vínculo hipotecário, embora posteriormente seja desligado do mesmo prédio.

E' certo que a lei também requer que os animais empregados nos prédios agrícolas sejam especificados na escritura. (Lei art. 4, § 3, Decret. 140, § 2). Mas uma tal especificação não pode produzir o mesmo efeito que a especificação dos escravos. Os animais não se distinguem, em regra, senão pelo gênero e não pelo individuo (*genere* e não *especie*). A especificação deles, pois, não pode se consistir senão na declaração do gênero.

(138) Lei, art. 2, § 1.º, Decret. art. 138 e 141.

(139) Vej. § 179, acima. O domínio útil entra na classe dos imoveis incorpóreos (§ 179, § acima), mas como pelos seus efeitos materiais se confunde com o verdadeiro domínio, a lei admite que possa receber a hipoteca.

Assim que: não podem ser objeto de hipoteca:

I. Os imóveis pela coisa a que se aplicam (140), a saber:

1.º O usufruto, o uso e a habitação (141);

2.º As servidões (142);

3.º A hipoteca, isto é, o próprio direito hipotecário (143). Não há, pois, hipoteca de hipoteca (144).

(140) Provisão de 8 de Janeiro de 1819. Instruç. de 1 de Setembro de 1836, art. 5: "Por bens de raiz se entendem... todos os que... pelo objeto a que se aplicam, participam da natureza dos bens de raiz propriamente tais, como o usufruto das coisas imóveis... Decret. n. 5.581, de 28 de Março de 1874, art. 15, 3.º.

(141) Decret. n. 3.453, art. 141, § 1.º. O C. C. fr. admite a hipoteca do usufruto de imóvel (art. 2.118). O Direito Romano permitia hipotecar o exercício (*emolumenta*) do usufruto, mas não o direito em si, que é inalienável. MAYNZ, § 241.

O usufruto se extingue com a vida do usufrutuário — o que torna a hipoteca dele contingente. Vej. § 109 acima.

(142) Decret. n. 3.453, art. 141, § 2. As servidões aderem perpetuamente ao imóvel e não podem ser alienadas em separado (§ 115 acima). E', portanto, impossível hipotecá-las.

Todavia, o Direito Romano, por uma singularidade notável, admitia que o devedor hipotecasse servidões rústicas a credor que tivesse prédio vizinho do seu: por virtude dessa hipoteca o credor, enquanto a dívida se não vencia, exercia a servidão; mas, vencida a dívida, podia aliená-la a um dos senhores do prédio vizinho, para com o preço pagar-se. Fr. 11, § 13, D. de pig. 20,1. Vej. MAYNZ, § 241. TROPLONG, II, n. 401.

(143) Decret. n. 3.453, art. 141 (arg.). A hipoteca é coisa incorpórea imóvel. TROPLONG, II, n. 407, PONT, I, n. 394. O Direito Romano permitia hipotecar a própria hipoteca: C. 1, Cód. Si pig. pig. 8,24: *Etiam id quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse jamdudum placuit.*

(144) Em contrário da máxima: *pignus pignori dari potest.*

5.º As ações que tendem à reivindicação de imóveis (145).

Esta proibição diz respeito à ação em si e não ao imóvel, objeto dela. Na verdade, aquele que é senhor de um imóvel, com lho tirarem da posse, não perde o domínio (146), e em consequência pode hipotecá-lo (147). E dado este caso, a sorte do direito hipotecário fica dependente do resultado da ação: assim, se é julgada improcedente, não há hipoteca; se procedente, a hipoteca, subsiste e prevalece desde a data da inscrição (148), e por uma razão óbvia: — a sentença não cria o direito, o qual preexiste, mas limita-se a reconhecê-lo e a declará-lo.

II. *Os imóveis por decreto da lei* (149), como as prestações perpétuas ou vitalícias de rendas, pensões, tenças, e foros (150).

Pode, porem, o credor ceder a dívida com a hipoteca (Lei, art. 13), expediente que até certo ponto supre a impossibilidade da hipoteca de hipoteca. PONT, I, n. 394.

(145) Decret. art. 141, § 3. TROPLONG, II, n. 406, PONT, I, n. 395.

(146) Vej. § 81 acima.

(147) TROPLONG, II, n. 406 bis e 469, PONT, II, n. 642. Lei, art. 2, § 4 (arg.).

(148) TROPLONG, II, n. 469, PONT, II, n. 643.

(149) PONT, I, n. 356. Tais são em França as ações do Banco.

(150) Ord., 3,47 pr. 4,48, § 18. Vej. *Consolíd. das Leis Cíveis*, art. 43.

§ 182. — *Da subrogação do imóvel pelo preço*

A perda da coisa hipotecada importa, como se verá no lugar competente, a extinção da hipoteca (151). Mas se por alguma combinação ou razão de direito, o valor da coisa, que perece, é devido ao dono, nada de mais justo do que prostrar os efeitos da hipoteca sobre esse valor (152). Uma providência tal aumenta a segurança do credor hipotecário, e em nada ofende o direito dos quirografários (152).

Daí as disposições de lei que se seguem.

A) No caso de perda da coisa por sinistro, o preço devido pelo segurador se entende subrogado ao imóvel hipotecado (154).

Por força desta disposição, o direito hipotecário passa da coisa extinta para o preço, que a representa, existente em poder do segurador (155).

(151) Vej. § 276 adiante.

(152) *Pretium succedit in locum rei.*

(153) Os credores quirografários não contavam com o valor do imóvel que pela hipoteca já estava subtraído ao seu pagamento. Não é, pois, compatível com a razão e com a equidade que o sinistro, que determina a ruína da coisa, seja para eles uma causa de vantagens em prejuízo do credor hipotecário.

(154) Lei, n. 1.237, art. 2, § 3, Decret. n. 3.453, art. 128. Esta disposição é tirada da lei da Bélgica de 16 de Dezembro de 1851, art. 1.º. Vej. o C. C. Português, art. 891, § 3.

(155) A Lei, cit. art. 2, § 3, diz: “O preço... devido pelo segurador ao segurado... fica *subrogado ao imóvel hipotecado*”: Donde resulta que o direito hipotecário vincula o preço, como vinculava o imóvel, MARTOU, III, n. 1.009.

A transferência da hipoteca para o preço por efeito da perda da coisa produz os corolários seguintes:

1. A dívida se reputa vencida e o credor, em consequência, pode exigir logo o pagamento (156).
2. O segurador, por virtude da disposição que dá ao preço novo destino, fica por ele legalmente responsável ao credor ou credores hipotecários, independentemente da necessidade de interpelação judicial (157).
3. O preço se reparte entre os credores segundo os direitos de preferência de cada um.

(156) É uma consequência necessária do § 3 do cit. art. 2 da Lei. A obrigação do segurador de pagar o preço do seguro se torna exigível logo que ocorre o sinistro — *cum dies venit*. O direito a que esta obrigação corresponde, isto é, o direito de haver o preço e aplicá-lo ao pagamento da dívida, passa pelo acontecimento do sinistro ao credor hipotecário. Se a obrigação está vencida, pode exigí-la o sujeito do direito correlato. Acerca da remissão, caso em que a hipoteca passa do imóvel para o preço, a Lei é expressa: a dívida, consumada a remissão, se reputa vencida. Lei, art. 10, § 10, Decret. artigos 303 e 308.

(157) O art. 2, § 3 da lei não é expresso no sentido exposto, mas outra não pode ser a sua inteligência. Na verdade, desde que a lei dá novo destino ao preço do seguro, é visto que o segurador não pode, sem infringí-la, desviá-lo desse destino, como aconteceria se o entregasse ao segurado. E, acresce, se a lei deixasse ao arbítrio do segurador pagar o preço ao segurado, teria ela mesma destruído a virtude da providência que consagra.

Não é mister aviso ou intimação judicial ao segurador, porque a hipoteca, pela inscrição, se reputa pública. Veja-se MARTOU, II, n. 271.

De ordinário o segurador inclue no contrato com o segurado a cláusula de ficar à sua escolha, ou pagar o preço ou reconstruir o prédio à sua custa (158). Nesse caso, se o segurador se resolve pelo segundo alvitre, a subrogação se não efetua, e cessam, portanto, os seus efeitos: — a dívida não se reputa vencida, não pode o credor exigir o preço, nem pedir reforço de hipoteca (159), com o que não se lhe diminua a garantia, visto que a hipoteca, sempre subsiste no solo, gravará de pleno direito o edifício reconstruído (160).

A aplicação do preço é da exclusiva competência do segurador. De feito, se o preço, sob pretexto de reconstrução, fosse entregue ao dono do prédio, anulada estava de fato a garantia do credor (161).

(158) E' muito usual nos nossos seguros a cláusula aludida.

(159) Lei, art. 2, § 3... não sendo *aplicado à reparação*.

Se na *apólice* não se estipulou uma tal cláusula, poderá o segurador, por virtude da citada disposição da lei, aplicar o preço à reparação? Não, porque um tal direito não é atribuído ao segurador pela lei que rege o seguro, mas nasce tão somente da estipulação das partes. O citado § 3 alude a esta cláusula; e não é de presumir que a lei hipotecária tivesse em mente fazer uma inovação em assunto que lhe era alheio. Neste sentido CLAES (ns. 267 e 268) entende a lei da Bélgica.

Em contrário, mas sem razão, MARTOU, I, n. 263

(160) Vej. § 183 adiante.

(161) A lei da Bélgica é expressa: art. 1.º:... “La somme qui, en cas de sinistre se trouvera due par l'assureur, devra, si elle n'est appliquée *par lui* à la réparation de l'object assuré...”

E' este também o pensamento da nossa lei. O projeto aprovado pela Câmara dos deputados não continha a idéia da aplicação do preço à reparação do prédio, nem tão pouco a de subrogação no valor devido por terceiro em razão de perda parcial ou total do objeto (Projet. art. 2, § 3). Foi a comissão de legislação do senado no Parecer sobre

A perda da coisa opera a subrogação, quer o contrato do seguro tivesse sido feito antes, quer depois, contanto que o sinistro houvesse acontecido na constância da hipoteca (162). Prevalece a mesma doutrina ainda no caso do segurado ter cedido o preço do seguro a terceiro, em data anterior à hipoteca (163).

o dito projeto (11 de Set. de 1854), que lembrou, por inspiração da lei da Bélgica, a conveniência de se adotarem aquelas idéias. (Vej. o projet. subst. da dita comissão, art. 8). Posteriormente, as comissões reunidas de legislação e fazenda no Parecer de 19 de Maio de 1864, concordando com as observações do 1.º Parecer, ofereceram duas emendas no sentido lembrado, e em conformidade redigiram o § 3, art. 2, conforme está. An do Senado, 1864.

O art. 1.º da lei da Bélgica foi literalmente copiado do projeto de reforma hipotecária submetido à Assembléa Legislativa de França em 1850. Vej. MARTOU, I, n. 268.

O conselho de Estado de França, ouvido acerca do dito projeto, ponderava que, sendo o preço do seguro naturalmente destinado à reconstrução do prédio, era o segurado o mais competente para fazer a reparação; mas, reconhecendo ao mesmo tempo o perigo de confiar o preço ao segurado sugeria, além de outras cautelas, a de deixar o preço em mão do segurador, ficando ele incumbido de ir pagando as despesas à maneira que lhe fossem apresentadas as contas *justificadas*. Sem embargo destas ponderações, o projeto foi apresentado à Assembléa Legislativa como se achava redigido.

(162) MARTOU, I, n. 266, DIAS FERREIRA, Not. ao art. 891 do C. Civil Português. A hipoteca grava o imóvel desde o momento da inscrição e continua a subsistir em quanto não se extingue por causa legal. Portanto se o sinistro ocorre em tempo em que a hipoteca se acha constituída, a consequência é que ela, já vinculada na coisa, passa para o preço.

(163) MARTOU, I, n. 267. A razão é clara. A hipoteca em última análise assegura o valor, o preço da coisa: assim pois em quanto ela subsiste, afeta o preço, o qual não pode ser distraído em favor de terceiro. Pela perda da coisa ela passa sem solução de continuidade para o preço: destas premissas resulta que a mesma virtude que excluía qualquer terceiro do preço, durante a existência da coisa, produz o mesmo efeito em relação ao preço, extinta a coisa.

B) Há em Direito um grande número de casos em que terceiros são obrigados a compor ao dono a perda total ou parcial da coisa (164). Ocorrendo qualquer destes casos, a hipoteca constituída sobre a coisa passa para o preço da indenização, e o credor tem o direito de exigí-lo e imputá-lo no pagamento da dívida (165).

C) Nos mesmos termos e com os mesmos efeitos a hipoteca do imóvel desapropriado por utilidade pública é transferida para o preço da indenização (166).

CÓDIGO CIVIL

Art. 762 — A dívida considera-se vencida : — 954.

I — Si, deteriorando-se, ou depreciando-se a coisa dada em segurança desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, a não reforçar. — 764.

II — Si o devedor cair em insolvência, ou falir.

III — Si as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento.

(164) São as obrigações de restituir o preço da coisa ex-delito vellez quasi-delicto. Vej. Cód. Crim., art. 21 e seguintes. POTHIER, *Oblig.*, n. 116 e segts.

(165) Lei, art. 2, § 3, 2.º memb. Lei da Bélgica, art. 10. C. C. Port., art. 891, § 4. O responsável pelo valor total ou parcial fica obrigado legalmente para com o credor hipotecário. Neste caso não há também necessidade de interpelação judicial.

(166) Lei, art. 2, § 3. Lei Bélg., art. C. C. Port., art. 891, § 4.

Segundo a lei n. 353 de 12 de Julho de 1845, o imóvel desapropriado só ficava livre da hipoteca e de quaisquer outros direitos reais

Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata.

IV — Si perecer o objeto dado em garantia, hipótese na qual a indenização, estando ele seguro, ou havendo quem a tenha afiançado, se subrogará na coisa destruída, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até o seu completo reembolso. — 1.158, I.

V — Si se desapropriar a coisa dada em garantia, depositando-se a parte do preço, que fôr necessária para o pagamento do credor. — 1.558, II.

Parágrafo único. Nos casos dos ns. IV e V, só se receberá a hipoteca antes do prazo estipulado, si o sinistro, ou a desapropriação recair sobre o objeto dado em garantia e esta não abranger outros; subsistindo, no caso contrário, a dívida reduzida, com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados, danificados, ou destruídos. — 763.

§ 183. — Compreensão da hipoteca

A) A hipoteca, quanto ao seu objeto, compreende:

1.º As coisas que por acessão aderem ao imóvel (167), como são as ilhas que surgem nos rios, o alveo

depois de praticada a remissão nos termos da Ord., 4, 6, pr. e § 1.º. Hoje, consumada a desapropriação, a hipoteca passa *ipso facto* para o preço, e o imóvel fica livre, independentemente das diligências da remissão.

(167) Decret. art. 142 e 143. Aquí se trata das coisas que se ligam ou se incorporam ao imóvel *depois* de constituída a hipoteca; nos § 179 das coisas ligadas ou incorporadas *antes* da constituição da hipoteca. Assim que na hipótese do citado § 179 as coisas se hipo-

que o rio abandona, os acréscimos trazidos por aluvião ou pela retirada lenta das águas, (168), os edifícios de novo construídos, os aumentos que se lhes fazem, as árvores e todas as benfeitorias necessárias e uteis (169). Os objetos que se incorporam ao imóvel, quer pertençam ao dono, quer a terceiro, seguem a condição jurídica do imóvel, e ficam sujeitos às mesmas relações de direito (170).

O terceiro que em boa fé faz benfeitorias necessárias ou uteis no prédio alheio, tem, como é sabido, direito a haver do dono o custo delas, ou o valor que acrescentam ao imóvel, segundo a hipótese (171). Ocorrendo o dito caso, o credor hipotecário, em cuja utilidade verte a despesa, é obrigado a descontá-la do preço do imóvel arrematado, e a entregar a respectiva importância ao autor das benfeitorias (172).

tecem conjuntamente com o imóvel, porque já fazem parte dele; no caso do presente §, a hipoteca, já constituída no imóvel, se estende aos objetos que de futuro se lhe veem agregar. São dois aspectos diversos.

(168) Decret. arts. 142, § 4 e 143, § 4. PONT, I, n. 404 e 406.

(169) Decret. arts. 142, § 3, e 143, § 1.º. TROPLONG, II, n. 551, PONT, I, n. 410, MARTOU, II, n. 732.

(170) Vej. acima, § 40.

(171) Vej. § 40 acima.

(172) Qual a natureza do direito do autor das benfeitorias à indenização que lhe é devida? — Será um direito de retenção? Será algum privilégio? Nem uma nem outra coisa. Nem o direito de retenção por benfeitorias, nem privilégio algum prevalecem contra a hipoteca (Lei, art. 5.º, §§ 1 e 2).

O direito do autor das benfeitorias é um direito puramente pessoal contra aquele, em favor de quem *verteu* a utilidade da despesa. Nesta relação de direito o credor hipotecário a quem aproveita o aumento de valor trazido pelas benfeitorias, está obrigado à indenização respec-

2.º Os objetos que se unem ao imóvel por destino (173).

3.º Os direitos que estavam destacados do domínio e voltam a se fundir nele, como a enfiteuse e o usufruto nos casos de consolidação (174).

4.º As servidões ativas que se constituem em favor do prédio (175).

5.º Os terrenos havidos posteriormente e ligados por anexação ao imóvel, isto é, incorporados ao imóvel de modo a formar com ele um todo (176).

tiva, como o dono, o usufrutuário em cuja vantagem vertesse a despesa. Tal é a opinião de DURANTON (n. 272), ZACHARIAE (§ 287, nota 27), DALÍZO (*Hypoth.*, c. II, Sect., 6, art. 3, § 2), MARTOU, (III n. 1.322), e de P. PONT, II, n. 1.208).

O C. C. Português (art. 891, § 2) aceitou expressamente a dita opinião. Vej. § antecedente.

(173) Decret. art. 142, §§ 1.º e 2.º.

(174) Decret. art. 143, § 2. ACCARIAS, n. 287, PONT, I, n. 407, MARTOU, II, n. 731 e 737.

Se a hipoteca tem por objeto tão somente o domínio *direto*, nenhuma dúvida que ela abranjerá o domínio *util*, logo que ele venha a se consolidar no direito, porque o *direto* é o *principal*.

Mas se a hipoteca só tem por objeto o domínio *util*, e mais tarde o *direito*, passa a pertencer ao enfiteuta por compra, sucessão ou por qualquer outro título? Neste caso a hipoteca não pode compreender o domínio *direto*, porque dar-se-ia o absurdo do principal subordinar-se à lei do acessório. E neste sentido deve ser entendido o artigo 143, § 2, do Decret.

(175) Decret. art. 142, § 1.º. PONT, I, n. 393.

(176) Decret. art. 143, § 3. O terreno se diz incorporado ou anexado a outro, quando passa a fazer parte integrante desse outro, forma com ele uma unidade, e fica incluído debaixo da mesma denominação.

A citada disposição (art. 143, § 3) é uma pura criação do De-

B) Pelo que respeita à *obrigação*, a garantia da hipoteca abrange:

1.º Os juros legais do capital (177).

2.º Os juros ajustados e declarados na escritura, vencidos e por vencer (178).

creto; não está na lei, nem dela se deduz. Com efeito, a porção de terreno que o devedor posteriormente adquire, e com a qual alarga a sua fazenda, chácara ou campo, é sempre uma coisa que subsiste por si e que nunca se pode considerar acessória: é uma coisa principal, juxtaposta à outra principal. E como a hipoteca é *strictissimæ interpretationis*, não era lícito dar-lhe uma ampliação que tem a letra da lei nem os princípios por ela consagrados autorizam. MARTOU, II, n. 730, PONT, I, n. 411.

(177) Decret. n. 3.453, art. 240, § 6.

(178) Lei, art. 10, § 24. Decret. n. 3.453, art. 218, § 8, e artigo 240, § 6, n. 3; fr. 8, § 5. D. de pig. act. 13, 7: Com pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire potest, sed ob cætera quoque, veluti *usuras* et quæ in id impensa sunt. Gloza ao fr. 18, D. Qui potiores: Prior in sorte, intelligitur etiam prior in *usuris*.

O C. C. francês (art. 2.151), não admite a hipoteca pelos juros posteriores à sua data, senão por dois anos e pelo ano *corrente*. Quais são os dois anos? Como se conta o ano corrente? São questões largamente controvertidas pelos escritores franceses. Vej. TROPLONG, III, n. 691, PONT, II, n. 1.013.

A lei da Bélgica (art. 87) põe sob a garantia hipotecária os juros a vencer da data da inscrição por três anos somente. MARTOU, III, n. 1.115.

C. C. Português, art. 909: "A hipoteca relativa a crédito que vença juros, abrange os vencidos no último ano e no corrente".

A razão das citadas disposições é que sem a limitação dos juros a um número determinado de anos, a quantia garantida pela hipoteca seria *incerta*, e portanto, os terceiros que quisessem entrar em negócios de crédito com o devedor, ficariam ignorando a importância *exata* que onera o imóvel. Há nisto exageração do princípio da *publicidade*.

Com efeito: Se os juros são convencionais, a taxa há de ser de-

3.º As penas pecuniárias estipuladas (179).

4.º As custas com a ação e execução da dívida hipotecária (180).

CÓDIGO CIVIL

Art. 811 — A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. — 62, 536.

Subsistem os onus reais constituídos e transcritos, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel.

§ 184. — Hipoteca geral, hipoteca especial

A hipoteca, sob a relação dos bens e da importância da dívida, é geral ou especial.

I. Hipoteca geral é a que compreende todos os imóveis do devedor, presentes e futuros, e garante importância líquida ou ilíquida (181)

clarada na escritura: A declaração da taxa fornece base segura para os cálculos de terceiros que tenham de confiar capitais ao devedor.

Se legais, basta conhecer a dívida para saber se são devidos — é questão de direito: os terceiros não podem alegar ignorância.

(179) Fr. 13, § 6, D. de pignori. 20, 1: Propter usuras quoqueis, obligata sit hypotheca, *usura* solvi debent, idem et in pæna dicemus. C. 22, C. de usuris, 4, 32, MÜHLENBRUCH, § 300, not. 7, 8 e 9, MAYNZ, § 225, not. 8 e 9. Alude-se à cláusula penal, isto é, à pena pecuniária estipulada para o caso de inexecução do contrato. (Vej. *Consolid. das Leis Cíveis*, art. 391, nota). A estipulação da pena e o *quantum* devem constar da inscrição.

(180) Lei, art. 5, § 1.º, Decret. arts. 243 e 244.

(181) 15, § 1, D. de pig. 20, 1: *Cætera etiam bona teneantur*

O Direito moderno (182) a condena por incompatível com um sistema regular de publicidade.

Com efeito, a generalidade da sua compreensão exclue os requisitos que são indispensáveis para dar à publicidade a perfeição que é necessária.

A publicidade tem por fim fazer conhecer os onus hipotecários que gravam o imóvel ou imóveis. Mas como dar a conhecer os ditos onus sem especificar os imóveis? Como especificar os que ainda não pertencem ao devedor? (183).

A publicidade é ainda destinada a revelar a extensão, a importância do onus hipotecário, para que os terceiros, que querem entrar em negócio com o dono do imóvel, possam calcular com exatidão a força da garantia predial que ele oferece (184).

Mas este efeito da publicidade desaparece desde que é ilíquida a importância da dívida inscrita.

A nossa lei aboliu as hipotecas gerais: só admite, por exceção, como tais, as hipotecas legais da mulher casada, menores e interditos (185).

debitoris quæ nunc habet et quæ postea adquisierit, perinde atque si specialiter hæ res fuerint obligatæ PAUL., *Sent.*, 16, § 16; omnia quæ hæbea habiturusque sum. Vej., TROPLONG, II, n. 513 e 515, ZACHARIAE, § 259.

(182) C. Civil franc., art. 2.129, Lei Belga de 16 de Dezembro de 1851, art. 78; C. C. Português, art. 911.

(183) TROPLONG, II, n. 515. Vej. § 244 adiante.

(184) Lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, art. 4, art. 3, § 11, e art. 9, § 27; Decret. n. 3.453, de 26 de Abril de 1865, art. 119 e art. 121.

(185) Lei n. 1.237, art. 2, § 10, art. 3, § 11 e art. 4, Decret. n. 3.453, arts. 117, 118 e 119.

II. Hipoteca *especial* é a que recai em imóveis determinados e garante quantia precisa (186).

O imóvel se determina pelas declarações seguintes:

1.^a Denominação, se é rural; pela rua e número, se urbano.

2.^a Situação (freguesia).

3.^a Nome do dono.

4.^a É característicos, como se está cultivado, ou se é inculto, ou se é destinado à lavoura, à mineração a pasto (187).

A quantia deve ser reduzida a algarismo certo e preciso (188).

No sistema do nosso Direito só são permitidas as hipotecas especiais; as que de sua natureza são gerais, carecem de ser especializadas para que valham contra terceiros, salvo as legais da mulher casada, menores e interditos (189).

(186) TROPLONG, II, n. 513, MAYNZ, § 241. MÜHLENBRUCH, § 302.

(187) Lei n. 1.237, art. 9, § 24, Decret. n. 3.453, art. 218. Vej. § 244, adiante.

(188) Lei, art. 3, § 11, e art. 4, Decret. art. 121. TROPLONG, II, n. 545.

(189) Lei, art. 2, § 10, art. 3, § 10, art. 9, Decret. art. 118 e art. 120.

III. As disposições de lei, relativas às hipotecas sob o aspecto sujeito, são determinadas por motivos de interesse público (190).

Daí os corolários seguintes:

1. Não é lícito às partes derogar por estipulação as ditas disposições (191).

2. A hipoteca geral, fóra dos casos expressamente excetuados, é radicalmente nula (192).

3. A dita nulidade é absoluta; pode, portanto, ser invocada pelo devedor, pelos credores hipotecários e quirografários, e por terceiros adquirentes (193).

§ 185. — *A hipoteca é um direito excepcional*

Todos os bens que estão no patrimônio do devedor constituem, por via de regra, a garantia comum dos seus credores. Se esses bens não bastam para a solução integral de todas as dívidas, cada credor tem o direito de haver em

(190) A especialidade é a base do sistema hipotecário moderno. Vej. acima §§ 172 e 173.

(191) A lei a este respeito é imperatória e não supletiva da vontade das partes.

(192) Lei, art. 2, § 10, art. 3, § 10, art. 4, art. 9, Decret. arts. 119 e 120.

(193) GRENIER, I, n. 65, TROPLONG, II, n. 515.

pagamento uma quota dos valores apurados na proporção da importância do seu crédito (194).

O princípio memorado, de uma justiça irrecusável, se acha consagrado em todas as legislações, e forma um preceito fundamental de direito (195).

A hipoteca, porem, em seus efeitos finais, importa derrogação daquele princípio. Na verdade, o que é ela senão uma combinação para subtrair à lei comum os bens que afeta, e sujeitá-los exclusivamente ao pagamento da dívida, em cuja garantia é constituída? (196).

Ainda mais. A hipoteca, por força do direito de *sequestra*, direito que se cria independentemente de tradição e ocupação, conserva a coisa sujeita à dívida, ainda quando posta fóra do domínio do devedor e em poder de terceiro (197).

A hipoteca, pois, se afasta do direito comum em pontos fundamentais, e forma, por assim dizer, um direito excepcional, que a lei cerca de cautelas particulares, tenden-

(194) Ord., 3, 86, Lei de 20 de Junho de 1774, Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 512 e seg. PEREIRA E SOUZA, §§ 397 e 459.

A dívida obriga a pessoa do devedor, e, por via de consequência, os bens que estão no seu património, isto é, no seu domínio. A dívida, porem, isto é, a obrigação, não constitue por si só *direito real* sobre os bens do devedor. Assim que: os bens que saem do património deixam de ficar sujeitos à dívidas.

(195) TROPLONG, I, n. 1, PONT, I, n. 4.

(196) Há outras exceções, como o penhor, o privilégio, o direito de retenção. Vej. P. E SOUZA, §§ 401 e 402.

(197) Vej. § 174 acima.

tes a corrigir os efeitos perniciosos que sem tais cautelas serão inevitáveis (198).

Daí os corolários seguintes:

1. O Direito não admite nem reconhece outras hipotecas senão as que são expressamente permitidas, e nos casos e segundo as fórmulas por lei prescritas (199).

(198) A escritura pública, a especialidade e a inscrição, eis as formalidades capitais da hipoteca.

(199) Lei, art. 1: "Não há outras hipotecas senão as que esta lei estabelece". C. C. fr., art. 2.115. Vej. TROPLONG, II, n. 392, PONT, I, n. 322.

O Código Comercial, elaborado em tempo em que não tínhamos uma legislação sistemática e completa acerca de hipotecas, regulou a matéria nos pontos em que tocava com o Direito Comercial: daí resultou a singularidade de duas ordens de hipotecas — hipotecas civis e hipotecas comerciais. A lei de 24 de Setembro de 1864, destinada a organizar o regime hipotecário entre nós, acabou com aquela anomalia, e declarou expressivamente que a hipoteca, ainda quando relativa à obrigação puramente mercantil, seria sempre regulada pela lei civil. Art. 2.

Ficaram, pois, derogadas as disposições do Cód. Com. acerca de hipotecas.

A lei (art. 2), se exprime assim: "Ficam derogadas as disposições do Cód. Com. relativas à hipoteca de bens de raiz".

Desta disposição parece resultar, a *contrário sensu*, que continuaram a substituir as disposições do Cód. Com. relativas a hipotecas de bens moveis. Esta indução, a que aliás a redação incorreta da lei dá lugar, é inaceitável:

1.º, porque o argumento a *contrário sensu* não vale quando produz uma consequência em antagonismo com disposição expressa de lei, como a disposição dos arts. 1 e 2 da lei.

2.º, porque a mente da lei no caso transcrito é que ficassem subsistindo como meros privilégios as hipotecas de moveis estabelecidas pelo Cód. Comercial.

O Sr. Nabuco de Araujo, respondendo ao Sr. Souza Franco, em sessão de 9 de Julho de 1864, dizia:

"Mas pergunta o nobre senador: Ficam derogadas todas as ga-

2. A lei acerca das hipotecas é restrita, e, portanto, não pode ser ampliada por via de interpretação (200).

E de feito, a faculdade de criar hipotecas arbitrariamente, fora dos casos e sem as formalidades da lei — tornaria inuteis e ociosas as providências legislativas acerca do Direito hipotecário, e deixaria exposta à fraude a boa fé de todos, — assim dos que confiam seus capitais sob a garantia do imóvel, como dos que o adquirem por títulos legítimos (201).

§ 186. — *Causas da hipoteca*

A lei é o princípio superior de que depende a legitimidade e a eficácia da hipoteca. Com efeito, como em outro lugar se disse, não há outras hipotecas senão as que a lei estabelece nos casos e pela forma por ela prescritas (§ 185).

rantias que o Código do Com. estabelece com o nome de hipotecas sobre bens moveis? Direi que não. Estas garantias subsistem sobre os moveis não como hipotecas, mas como privilégio, sendo que pelo projeto são mantidas as preferências estabelecidas pela legislação atual quanto aos moveis, semoventes e imoveis não hipotecados. Essas garantias não são mais hipotecas, são privilégios que ficam alvo sobre todos os objetos, menos sobre os imoveis hipotecados". An. do Sen., 1864, III, pág. 51.

(200) *Privilegia sunt strictissima interpretationis*. ZAC., § 256, not. 8, PONT, I, n. 322.

(201) São estas as razões fundamentais da especialização e da inscrição.

Mas a lei é em si princípio abstrato, esteril sem o ato ou fato, que a traz para a vida prática. A hipoteca, pois, além da lei, fonte de sua legitimidade, pressupõe um fato ou ato, *causa* imediata da sua geração (202).

Os atos ou fatos que produzem a hipoteca, se podem classificar em três categorias, a saber:

I. Há um certo número de atos ou fatos, aos quais a lei atribue a virtude de gerar a hipoteca, independentemente da vontade das partes. Assim a hipoteca existe só porque existe o ato ou fato (203). Nesta categoria entram o casamento, a tutela, a curatela (204).

A hipoteca, pois, em casos tais, resulta, não da intenção direta e expressa das partes, mas da lei, uma vez realizadas as condições estatuidas. Daí a denominação a esta classe de hipotecas — *de legais* (205).

(202) Todo direito *adquirido* tem por título a lei positiva ou natural, e por *causa* um ato ou fato.

(203) Vej. TROPLONG, II, n. 416, PONT, 1, n. 423.

O C. C. Português (art. 905) define a hipoteca legal assim:

“As hipotecas legais resultam imediatamente da lei, sem dependência da vontade das partes, e existem pelo fato de existir a obrigação a que servem de segurança”.

(204) Vej. o § 180 e seguinte.

(205) Lei n. 1.237, de 24 de Set. de 1864, art. 2, §§ 8, 9, 10 e art. 3. Em rigor a hipoteca legal não procede imediatamente da lei, mas do ato a que a lei comunica uma tal virtude mas como, verificado o ato ou fato, a hipoteca adquire existência, independentemente da vontade das partes, se costuma dizer que ela nasce da lei.

O Direito Romano dava ao que chamamos hipoteca legal a denominação de — hipoteca *tácita*, considerando-a como se fora *tacitamente* contraída. Fr. 3, D. in quib. caus. 20, 2: “... *tacitam* con-

II. A sentença que condena alguém à prestação de dinheiro ou de coisa que é suscetível de ser substituída por dinheiro, passada em julgado e devidamente inscrita (206), cria por força própria um direito hipotecário (direito de seqüela) sobre os imóveis do vencido em favor do vencedor (207). A sentença é a segunda causa da hipoteca. E a hipoteca que procede dela, toma o nome de — *judicial* (208).

III. A hipoteca, finalmente, pode ser estabelecida por *convenção*, isto é, por pacto expresso das partes (209). A convenção, pela qual se constitui a hipoteca, está sujeita a formalidades de rigor determinadas pela lei (210).

ventionem”, fr. 4, eodem; “quasi id tacite convenerit”, fr. 7, eodem: “... tacite intelliguntur pignoris esse”... etiamsi nominatim id non convenerit.

Este modo de considerar a hipoteca legal tem influência prática na solução de diversas questões relativas ao assunto; porquanto, desde que se lhe dá por origem a vontade tácita das partes, fica ela, a certos respeito, subordinada às regras das convenções: por exemplo, na questão de saber se a hipoteca da mulher estrangeira afeta os imóveis que o marido possui no Império.

No Direito Moderno a hipoteca nada tem de convencional. É uma pura criação da lei, e como tal deve ser tratada.

(206) Vej. § adiante.

(207) Lei n. 1.237, art. 3, § 12.

(208) Decret. n. 1.237, art. 136, § 10.

(209) Lei n., art. 2, § 8, art. 4.

(210) Os Romanos davam a convenção, em que se estipula a hipoteca, a denominação de *pactum hypothecæ*. No Direito Moderno esta convenção tem o nome de contrato hipotecário, ou simplesmente de — *hipoteca*.

As hipotecas desta classe se chamam — *hipotecas convencionais*.

O direito Romano consagrava uma outra espécie de hipoteca — a hipoteca *testamentária*, isto é, a hipoteca que o testador constituía por testamento, sobre bens determinados ou sobre toda a herança, em garantia de seus credores ou legatários. MÜHLENBRUCH, § 304, MAYNZ, § 242.

Algumas legislações modernas conservaram esta espécie de hipoteca. Vej. Lei Belg., art. 44, C. C. Port., art. 910.

A nossa lei, seguindo o C. C. francês, não admitiu a hipoteca testamentária. A nós, não nos parece que houvesse sólida razão para condená-la. Desde que a sujeitassem à inscrição, não podia trazer perturbação alguma no sistema adotado.

CAPÍTULO II

HIPOTECAS LEGAIS

§ 187. — *Noções gerais*

1. A hipoteca legal é uma providência destinada a completar o sistema de garantias criadas pela lei para proteger as pessoas que, ou por incapacidade (1), ou pela natureza de sua constituição, se acham na impossibilidade de defenderem e regerem por si os seus bens; tais são a mulher casada, os menores, o fisco, as igrejas, os mosteiros.

A dita impossibilidade costuma ser remediada, como é sabido, pelo princípio da representação (2).

Mas, quaisquer que sejam as cautelas da lei, aquele que é incumbido da guarda e administração dos bens e di-

(1) A incapacidade pode ser natural, como a dos menores, ou civil, como a da mulher casada, a do pródigo.

(2) Como a igreja, o Estado. As pessoas morais funcionam na vida jurídica por via de representantes. SAVIGNY, II, § 90.

reitos das pessoas aludidas, pode faltar a seus deveres, ou por negligência ou por má fé.

Na previsão destas contingências e para assegurar a reparação dos danos e perdas resultantes, o gênio previdente do direito inventou a hipoteca legal.

2.º No estado atual do nosso Direito tem hipoteca legal:

a) A mulher casada sobre os imóveis do marido, pelo seu dote, e por quaisquer bens ou valores incommunicáveis (3);

b) Os menores e os interditos, sobre os imóveis do tutor ou curador, pelas obrigações resultantes da gestão da tutela ou curatela (4);

c) Os filhos menores, sobre os imóveis do pai que administra o pecúlio adventício dos mesmos filhos (5);

d) Os menores, filhos do primeiro matrimônio, nos imóveis do pai ou mãe que passou a segundas núpcias, tendo herdado bens de filhos daquele matrimônio (6);

e) A fazenda pública, geral, provincial ou municipal sobre os imóveis dos seus tesoureiros, coletores, exatores, prepostos, administradores, rendeiros, contratadores e

(3) Lei n. 1.237, art. 3, § 1.º .

(4) Cit. Lei, art. 3, § 2.º .

(5) Cit. Lei, art. 3, § 3.º .

(6) Cit. Lei, art. 3, § 4.º .

fiadores, pelo alcance ou responsabilidades pecuniárias em que possam ser achados (7);

f) As igrejas, mosteiros, misericórdias e as demais corporações de mão-morta, nos imóveis de seus tesoueiros, prepostos, procuradores e síndicos, pelas obrigações pecuniárias resultantes do exercício de quaisquer destes cargos (8);

g) O ofendido, sobre os imóveis do delinquente, pela satisfação do dano causado (9);

h) O co-herdeiro, sobre o imóvel quinhoado ao herdeiro reponente, pela torna que lhe é devida (10).

Nestes dois últimos casos a hipoteca legal é determinada pela natureza da dívida e não por favor à pessoa (11).

(7) Cit. Lei, art. 3, § 5.º.

(8) Cit. Lei, art. 3, § 6.º.

(9) Cit. Lei, art. 3, § 7.º.

(10) Cit. Lei, art. 3, § 8.º.

(11) O Direito Romano estendia a proteção da hipoteca legal a um grande número de dívidas sem atenção à pessoa, mas tão somente pelo caráter dessas dívidas. MÜHLENBRUCH, § 399.

A tendência hoje dominante é para restringir os casos de hipoteca legal. A legislação hipotecária, feita antes sob a ação das idéias econômicas modernas do que sob os ditantes da razão jurídica, é combinada no sentido de desenvolver, fortificar e aumentar o crédito territorial. Este intuito, como é fácil de ver, não se coaduna bem com a existência das hipotecas legais, as quais não só diminuem o valor dos imóveis, como ainda por serem gerais e nem todas sujeitas à inscrição, despertam a desconfiança dos capitais.

Os legisladores tem recorrido a diversos alvitre para vencer as

CÓDIGO CIVIL

Art. 827 — A lei confere hipoteca : — 820.

I — À mulher casada, sobre os imóveis do marido para garantia do dote e dos outros bens particulares dela, sujeitos à administração marital, — 233, II, 297, 839.

II — Aos descendentes, sobre os imóveis do ascendente, que lhes administra os bens. — 385, 840.

III — Aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer inventário do casal anterior. (art. 183, n. XIII).

IV — Às pessoas naturais ou jurídicas que não tenham a administração de seus bens, sobre os imóveis de seus tutores, curadores ou administradores. — 418, 840.

V — À Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, sobre os imóveis dos tesoureiros, coletores, administradores, exatores, prepostos, rendeiros ou contratadores de rendas e fiadores. — 844.

dificuldades, conservando de um lado a hipoteca legal e procurando de outro harmonizá-la com as necessidades do crédito territorial. A lei belga (art. 81) sujeita todas as hipotecas legais à formalidade da inscrição e especialização, sob pena de não valerem. Este sistema tira à hipoteca legal todos os inconvenientes do ponto de vista econômico, mas deixa expostos a perigos permanentes os direitos de pessoas a quem a lei deve proteção.

A nossa lei eguiu o alvitre do C. C. francês: só dispensa da necessidade da inscrição e da especialização a hipoteca da mulher casada, a dos menores interditos. O interesse econômico é sacrificado à razão jurídica, e com toda a justiça.

VI — Ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas (art. 842, n. I) — 829.

VII — À Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, sobre os imóveis do delinquente, para o cumprimento das penas pecuniárias e o pagamento das custas (art. 842, n. II). — 829.

VIII — Ao co-herdeiro para garantia do seu quintão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente.

Art. 819 — O credor da hipoteca legal, ou quem o represente, poderá, mostrando a insuficiência dos imóveis especializados, exigir que seja reforçada com outros, posteriormente adquiridos pelo responsável. — 828.

Art. 820 — A hipoteca legal pode ser substituída por caução de títulos da dívida pública federal ou estadual, recebidos pelo valor de sua cotação mínima no ano corrente.

Art. 828 — As hipotecas legais, de qualquer natureza, não valem em caso algum contra terceiros, não estando inscritas e especializadas. — 819, 830, 831, 838, 846, 848.

Art. 830 — Vale a inscrição da hipoteca, enquanto a obrigação perdurar; mas a especialização, em completando 30 anos, deve ser renovada.

TÍTULO I

HIPOTECA LEGAL DA MULHER CASADA

§ 188. — *Condições da hipoteca legal de mulher casada*

A hipoteca atribuída pela lei à mulher casada tem por elementos geradores:

O casamento;

A incomunicabilidade dos bens (1).

A) E' mister que o casamento seja válido (2).
Produz o mesmo efeito o casamento putativo, pois que a lei, quanto às consequências, o equipara ao válido (3).

B) 1. A hipoteca legal da mulher casada é destinada a garantir os créditos dela contra o marido no caso de concurso com terceiros credores.

(1) Lei n. 1.237, art. 3, § 1.º. Decreto n. 3.453, art. 132.

(2) Vej. P. Pont. I, n. 427.

(3) Pont. I, n. 427, MARTOU, II, n. 750. Vej. *Direito de família*, §§ 33 e 58.

Mas no regime da carta de metade, a mulher, pelo que respeita ao patrimônio comum, não só não tem direitos creditórios contra o marido, como ainda é tão responsável como ele pelas dívidas (4).

Em um tal estado de coisas torna-se inconcebível a existência de obrigações pecuniárias do marido para com a mulher, e, por consequência, a de hipotecas.

Daí vem que a hipoteca legal da mulher casada pressupõe por parte dela bens e direitos incomunicáveis (5).

2. A incomunicabilidade resulta:

1.º Da estipulação do regime dotal (6);

2.º De convenção antenupcial, exclusiva da comunhão de todos os bens ou de bens certos e determinados (7)

3.º Da doação, legado ou instituição em testamento com a cláusula de não comunhão (8).

3. A convenção antenupcial, de que deriva a incomunicabilidade, só gera a hipoteca legal, quando, além

(4) *Direito de família*, § 61.

(5) Lei n. 1.237, art. 3, § 1.º:

“Pelos contratos antenupciais *exclusivos da comunhão*...

“Pelos bens provenientes de herança, legados ou doação... deixados com a cláusula de *não serem comunicados*”.

(6) *Direito de família*, § 82.

(7) O nosso Direito admite o regime da simples separação de bens e o da comunhão com exclusão de certos bens. Vej. *Direito de família*, §§ 50, 59 e 68.

(8) Lei n. 1.237, art. 3, § 1.º.

de reunir as condições gerais de validade (9), encerra ainda as duas cláusulas seguintes:

- a) Expressa exclusão da comunhão (10);
- b) Estimação dos bens comunicáveis (11).

A exigência deste último requisito é determinada pela conveniência de fixar com precisão o valor da responsabilidade que a hipoteca garante (12). A omissão, portan-

(9) Escritura pública e insinuação nos casos em que a lei a exige. Lei, art. 3, § 9. Vej. *Direito de família*, §§ 52 e 57.

(10) Lei, art. 3, § 9: "sem expressa exclusão da comunhão". Decret., art. 137.

O dote, por força da lei, independentemente de cláusula a respeito, exclue a comunhão nos bens dotais, nos parafernais e nos que o marido possui ao tempo do casamento (*Direit. de família*, § 82). No entanto a lei (art. 3, § 9), diz: "os dotes não valem contra terceiros sem expressa exclusão da comunhão!"

Quer isto dizer no sentido literal — que o dote, sem a dita exclusão expressa, não produz hipoteca legal.

Mas daria a lei mais virtude à estipulação expressa que à disposição de lei nunca posta em dúvida?

Parece, pois, que a citada disposição não pode entender como os bens que no casamento dotal são por lei comunicáveis, mas tão somente com os que seriam comuns, sem a expressa exclusão da comunicabilidade, isto é, os adquiridos na constância do matrimônio. Assim a incomunicabilidade dos adquiridos não pode ser aceita para produzir a hipoteca legal, senão quando expressamente pactuada, e não quando resultante de induções.

(11) Lei n. 1.237, art. 3, § 9, *Direit. n. 3.453*, art. 137. Acerca do dote *estimado* e consequências da estimação, vej. *Direit. de família*, § 75.

(12) Vej. Decret. n. 3.453, art. 165.

Pois que a hipoteca legal pelo dote e bens comunicáveis é geral e vale contra terceiros, sem necessidade de especialização e de ser ins-

to, de uma tal cláusula, pode, talvez, ser suprida no processo da especialização (13).

O requisito da exclusão expressa da comunhão tem como razão a necessidade de afastar dúvidas acerca da existência da hipoteca (14).

C) A hipoteca da mulher casada passa, por sua morte, aos seus herdeiros legítimos ou testamentários (15).

crita, a lei impõe o requisito da estimação, à qual até certo ponto atenua aqueles desvios das regras do sistema, fornecendo às pessoas que tenham de entrar em negócios com o marido uma base para calcular a extensão de suas responsabilidades para com a mulher.

Se a estimação é feita *taxationis causa*, a mulher conserva o domínio sobre os bens dotais e pode, portanto, usar da ação de reivindicação para havê-los do poder de terceiros possuidores (*Direit. de família*, §§ 75 a 84). Mas como o marido é obrigado, na falta dos ditos bens, a restituir o valor, bem pode a mulher deixar de exercer a reivindicação, e fazer valer a sua hipoteca. MERLIN, *Reper. Verb. Emploi*, § 9, TROPLONG, II, n. 613.

(13) Na verdade, fixado o valor do dote e mais bens incomunicáveis na especialização, cessa toda a incerteza. O art. 165 do Decret. n. 3.453 dispensa o arbitramento do valor da responsabilidade do marido para a especialização, porque pressupõe esse valor já determinado pela estimação na escritura antenupcial.

Na segunda discussão do projeto que é hoje a lei n. 1.237, o Sr. Barão de Muritiba, no Senado, disse:

"Acho que convem declarar até onde deve chegar a necessidade da estimação a que se referem as ilustres comissões, mesmo porque no § 3 se impõe a obrigação de determinar na escritura o valor da responsabilidade do marido. Isto compreendo eu. Mas que se requeira em todos os casos a estimação do dote, parece-me demasiado". An. 1864, I, pág. 154.

(14) A hipótese legal geral enfraquece, senão extingue, o crédito predial. E', pois, de necessidade que se lhe dê toda a certeza.

(15) VOET., *Pandect.* 22, 2, n. 18, TROPLONG, II, n. 576.

§ 189. — *Quais os direitos que a hipoteca legal da mulher casada garante?*

A hipoteca legal da mulher casada é destinada a garantir a responsabilidade do marido pelos bens, direitos e ações que são próprios dela (16).

A mulher, pois, tem hipoteca legal:

I. No regime total:

a) Pelos bens *dotais*, ou consistam em moveis, ou em imoveis, ou em coisa de quantidade (17).

b) Pelos bens *extradotais* (18).

c) Pelos frutos civis do dote, vencidos depois da dissolução da sociedade conjugal (19).

d) Pela porção de frutos naturais do dote, acontecidos depois do casamento, que lhe forem devidos segundo as regras de direito (20).

II. No regime da simples separação de bens (21).

(16) Vej. § 188, acima.

(17) Acerca do que seja dote e dos bens que podem ser objeto dele, vej. *Direit. de família*, §§ 73 e 74.

(18) MELLO, 2, 9, § 19, nota, LOBÃO, *Execuç.*, § 289, Bens parafernais e receptícios, *Direit. de família*, § 82.

(19) TROP LONG, II, n. 418 *ter.*, PONT., I, n. 436, MARTOU, III, 884. Vej. *Direit. de família*, § 88.

(20) TROP LONG, I, n. 418 *ter.* Vej. *Direit. de família*, cit. § 88.

(21) Lei n. 1.237, art. 3, § 1.º. Vej. *Direit. de família*, §§ 65 e seguintes.

a) Pelos bens comunicáveis.

b) Pelos frutos civis e naturais vencidos depois do casamento (22).

III. No regime da comunhão:

a) Pelos bens expressamente excluídos da comunhão (23).

a) Pelos frutos e rendimentos destes bens vencidos depois da cessação da sociedade conjugal (24).

IV. Em qualquer destes regimes:

a) Pelos bens doados ou deixados à mulher com a cláusula de que serão comunicáveis (25).

b) Pelos prejuízos, perdas e danos que os bens e direitos comunicáveis venham a sofrer por negligência, culpa ou fraude do marido (26).

(22) No regime da simples separação comunicam-se os frutos colhidos e adquiridos na constância do matrimônio, *Direit. de família*, parágrafo 68.

(23) Os frutos dos comunicáveis, percebidos na constância do matrimônio, não havendo cláusula em contrário, se comunicam. *Direit. de família*, § 68.

(24) Os frutos dos comunicáveis, não havendo estipulação em contrário, se comunicam. *Direit. de família*, § 68.

(25) Lei n. 1.237, art. 3, § 1.º.

(26) LOBÃO a MELLO, 2, 9, § 18, n. 5. Como se deixa de cobrar as dívidas, e elas prescrevem.

A hipoteca legal não compreende os alimentos. A obrigação de prestá-los é pessoal do marido, e subsistente em todos os regimes.

E' denotar que não ficam sob a garantia da hipoteca legal:

1.º As vantagens que forem estipuladas em favor da mulher para depois da morte do marido (27).

2.º Nem os bens incommunicáveis, sobre os quais a mulher se reserva no contrato matrimonial o direito de livre administração (28).

CÓDIGO CIVIL

Art. 827 — A lei confere hipoteca : — 820.

I — À mulher casada, sobre os imoveis do marido para garantia do dote e dos outros bens particulares dela, sujeitos à administração marital. — 233, III, 297, 839.

MELLO, 2, 9, § 19 nota, LOBÃO, *Execuç.*, § 593, TROPLONG, II, número 418 bis.

Sustentavam os velhos escritores que a hipoteca legal abrange as despesas que a mulher faz com a demanda para reaver o dote. LOBÃO, *Execuç.*, § 289. Neste sentido TROPLONG, II, n. 418 *ter*. Entre nós a questão está literalmente resolvida pelo art. 5, § 1.º da lei n. 1.237.

(27) Estas vantagens não entram na definição de dote ou de bens incommunicáveis; são antes doações *causa mortis*. Tal é, por exemplo, a cláusula do usufruto em favor da mulher no caso de sobreviver ao marido.

A lei (art. 3, § 1.º) só concebe a hipoteca “pelo dote e pelos contratos ante-nupciais *exclusivos* da comunhão”.

O Código franc. e a lei Belga não são tão rigorosos. Vej PONT. I. n. 438, e MARTOU, III, ns. 887 e 888.

(28) Vej. MACKELDEY, § 348, n. 3. Fora na verdade iníquo tornar o marido responsável por aquilo que não é confiado à sua guarda e administração. Vej. *Direit. de família*, § 71.

§ 190. — *Sobre que bens recai a hipoteca legal da mulher casada?*

A hipoteca legal da mulher casada, geral, como é, grava todos os imóveis do marido, quer existentes ao tempo do casamento, quer de futuro adquiridos (29).

A) Compreenderá também a dita hipoteca os imóveis comuns?

No casamento por carta de metade, o marido, pelo que respeita aos negócios do casal, obra por si e como representante da mulher. Os bens comuns são obrigados às dívidas comunicáveis. A mulher tem por essas dívidas a mesma responsabilidade que o marido, nos mesmos termos e na mesma extensão (30). Ela, pois, que também é devedora, não pode invocar contra os credores da comunhão o benefício da hipoteca legal para excluí-los da meação do marido nos imóveis (31). Acresce que não há meação senão depois de pagas as dívidas comuns (32).

(29) Lei n. 1.237, art. 3. §§ 1.º e 11, Decret. n. 3.453, act. 118.

(30) Vej. *Direit. de família*, § 61.

(31) Os escritores franceses discutem esta questão já em relação à hipótese em que a mulher aceita comunhão, já em relação a em que a renúncia. Em relação à 1.ª hipótese (à da existência da comunhão) prevalece a opinião de que a mulher não pode exercer a sua hipoteca sobre os imóveis comuns contra terceiros. TROPLONG, II, n. 433 *ter.* DURANTON, XIV, n. 516 e XIX, n. 329, MOURLON (com restrições) III, n. 1.450. Em contrário ZACAR., § 244 e PONT. I, n. 527.

(32) Atenta a índole do nosso Direito, a doutrina exposta no

Mas, se a dívida, procedente de fato do marido, é das incomunicáveis, como, por exemplo, a que foi contraída antes do casamento (33), a que resulta de delito (34) em tais casos não há razão jurídica para que a hipoteca legal da mulher não estenda os seus efeitos à meação do marido nos imóveis. Trata-se de dívidas particulares do marido — dívida para com a mulher, dívidas para com terceiros. E', exatamente, a hipótese em que funciona a hipoteca legal da mulher (35).

B) Os imóveis se reputam sujeitos à hipoteca legal da mulher desde o momento em que entram para o domínio do marido, qualquer que seja o título de aqui-

nosso texto não pode ser posta em dúvida. A hipoteca legal da mulher casada só poderia recair na meação do marido nos imóveis; mas, como é sabido, não há meação senão depois de pagas as dívidas comuns do casal. O exercício, pois, da hipoteca da mulher contra os credores da comunhão seria impossível, porque antes de estarem eles pagos não há meação. Ainda mais: a preferência por bem da hipoteca da mulher daria um resultado que o Direito não aceita, isto é, o de subtrair bens comuns ao pagamento de dívidas comuns para pagar uma dívida que não é comum — a da mulher.

(33) Vej. *Direito de família*, § 62. Salvo se o credor por esta dívida tem prelação, como se o marido lhe hipotecara o imóvel antes do casamento.

(34) Vej. *Direito de família*, § 61, n. 4.

(35) Nesta hipótese a dívida não é comum; não obriga os bens comuns; a mulher não é por ela responsável. Não concorrem, portanto, as razões que na outra hipótese excluem a hipoteca.

Mas se o marido constiaue hipoteca convencional, em garantia de dívida sua particular, sobre um imóvel comum e a mulher subscreve a escritura, ela se torna também responsável pela dívida e em consequência não pode opor ao credor a sua hipoteca legal.

sição, ou oneroso, como a compra e venda, ou gratuito, como a doação (36).

Se o domínio do marido é resolúvel (37), a hipoteca da mulher reveste o mesmo caráter: — resolve-se quando se resolve o domínio (38).

Não raro o marido, depois de dissolvida a sociedade conjugal, mas antes de restituir à mulher ou a seus herdeiros o que lhe deve, adquire imóveis. Esses imóveis, sem contestação, incidem, com os que ele houve durante o casamento, sob o vínculo da hipoteca da mulher. Na verdade, a hipoteca legal da mulher, simples acessório da obrigação vigora enquanto vigora a obrigação, e subsistindo, subsiste com a sua natureza de geral, isto é, de compreensiva de todos os imóveis do marido, qualquer que seja o tempo da aquisição. A época da aquisição nada importa, porque a lei não lhe dá influência alguma no que respeita à compreensão das hipotecas gerais (39).

(36) Lei, art. 3, §§ 1 e 11. O imóvel pertencente à sociedade mercantil de que o marido faz parte como sócio, não está sujeito à hipoteca legal da mulher casada, porque é de uma sociedade — entidade jurídica diversa, e não do marido. TROPLONG, II, n. 434. PONT., I, ns. 512 e 514.

(37) Vej. § 27, acima.

(38) Vej. § 27, acima. PONT. I, ns. 511 e 516.

O imóvel que o marido antes do casamento vendeu a terceiro com o fato *a retro*, não incide sob a hipoteca legal da mulher, salvo se o marido o resgata. A razão é clara: enquanto não é resgatado, o imóvel está fora do domínio do marido. TROPLONG, II, ns. 435. Mas se o marido cede a terceiro o direito de resgatar o imóvel e o terceiro exerce esse direito? Vigora a mesma solução, porque o imóvel não volta ao domínio do marido. TROPLONG, II, n. 435.

(39) DURANTON, XIX, n. 327. VALETTE, n. 133, PONT. I,

C) Se o marido permuta um dos seus imóveis por outro, o direito hipotecário da mulher fica sujeito a estas vicissitudes:

1.º Pode ela fazer valer a sua hipoteca sobre o imóvel que o marido deu em troca, porque a alienação da coisa hipotecada, como é sabido, não extingue o direito de seqüela (40): nesse caso, porém, perderá a hipoteca no imóvel que o marido recebeu pela permuta, se o terceiro permutante, como lhe é permitido (41), tomar o alvitre de reivindicá-lo (42).

n. 509: E' a opinião dominante, todavia há quem a conteste, dizendo em substância:

“Que a hipoteca legal garante os direitos da mulher *casada*;

“Que, por consequência, cessando a causa do direito — o casamento — não pode a mulher adquirir um direito que pressupõe aquela qualidade. (PONT., I, n. 509).

Esta argumentação é *viciosa*. Sem dúvida, não pode a mulher, e em falta dela os seus herdeiros, pretender hipoteca legal por dívidas que o marido contraiu para com ela depois de dissolvida a sociedade conjugal. Mas não é essa a questão sujeita. Trata-se de obrigação que já existia na constância do matrimônio. Esta obrigação estava sob a garantia da hipoteca legal, e continua a estar, enquanto não é cumprida ou não prescreve a mesma hipoteca (Lei, art. § 3). A lei (artigo 3, § 11) diz que a hipoteca grava os imóveis presentes e futuros. Desde que, pois, não limita o tempo da aquisição, prevalece a regra de que a hipoteca geral compreende todos os imóveis do devedor, sem aceção da época da aquisição.

(40) TROPLONG, II, n. 434 *bis*. PONT., I, n. 515.

(41) C. C. I de rer permut. 4, 64: At enim si cum venalis possessio esset, permutatio facta est idque quod ab adversario praestitum est, evictum est: quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis. POTHIER, *Contract. de Vent.*, n. 624.

(42) De feito, o terceiro permutante, privado, pela execução da mulher, do imóvel que recebeu em troca, tem o direito de retomar o

2.º Mas se o terceiro permutante, desapossado do imóvel, que recebeu em troca, por virtude da execução da mulher, em vez de reivindicar o que dera, preferir reaver do marido as perdas e danos resultantes (43), a hipoteca da mulher persistirá no imóvel havido pela permuta, porque esse imóvel atente o alvitre tomado pelo terceiro, se conserva no domínio do marido (44).

3.º Se, porem, a mulher exerce primeiro a sua hipoteca sobre o imóvel que o marido recebeu em troca e o produto é insuficiente para o seu pagamento, é fora de dúvida que ela poderá, por virtude de hipoteca legal, executar o imóvel que o marido deu em troca, existente em poder do terceiro permutante (45). Na hipótese figurada, a ação de reivindicação do permutante contra o marido, arma que ele tinha para se cobrir dos efeitos da hipoteca legal da mulher, torna-se inadmissível, porque o imóvel saiu do poder do marido por um modo legal. Só lhe resta a ação de perdas e danos (46).

imóvel que dera (POTHIER, loc. cit.). Reivindicado pois o imóvel, e destarte extinto o domínio do marido sobre ele, escapa o dito imóvel à hipoteca da mulher. Enquanto, porem, o permutante não consuma a reivindicação, subsiste no imóvel a hipoteca da mulher: — é um dos casos da hipoteca resolúvel.

(43) C. 29, C. de evict. 8,45. POTHIER, *Vent.* n. 624.

(44) Desde que o permutante pede, não o prédio que dera, mas a indenização das perdas e danos — *quanti interest* — é manifesto que o prédio se conserva no domínio do marido, como se tivera sido adquirido por compra, e, portanto, sujeito à hipoteca legal da mulher. Vej.

(45) TROPLONG, II, n. 434 bis. PONT., I, n. 515.

(46) Na verdade a arrematação do imóvel que o marido recebeu em troca e que se conservava em seu poder, é um ato perfei-

§ 191. — *Será lícito à mulher casada ceder ou renunciar a sua hipoteca legal?*

1. No sistema do nosso Direito predomina o princípio de — que os direitos e as obrigações do marido e da mulher, pelo que respeita o regime de bens, firmados uma vez pelo casamento, revestem a natureza de irrevogáveis, e como tais não podem ser alterados ou modificados por atos posteriores (47).

Este princípio tem como razão fundamental a necessidade de proteger a fraqueza e a complacência da mulher contra a ascendência e as seduções do marido (48).

2. A hipoteca que a lei confere à mulher casada entra na compreensão daquele princípio. Com efeito, é

tamente legítimo, e por consequência transfere legalmente o domínio do marido — a evicção do imóvel dado ao terceiro permutante, e a ele tirado pela execução da mulher, não tem efeito retroativo: isto é, o domínio do marido sobre o imóvel que recebera em troca, era resolúvel *ex-nunc* e não *ex-trunc*. (MACKELDEY, § 274). A resolução *ex-nunc* não afeta os atos anteriores. Vej. § 27, acima.

Assim que: uma vez que a arrematação, promovida pela mulher, do imóvel, que o marido recebera em troca, é legítima, o terceiro permutante, que pelo fato de sofrer a perda do imóvel que lhe fora dado teria ação de reivindicação para reaver o que dera, não pode exercer essa ação; pois que o imóvel arrematado passou legalmente ao domínio do arrematante. Portanto não tem outro recurso senão o da ação de perdas e danos.

(47) LOBÃO, *Not. à Mello*, 2, 9, § 25, n. 12, ROCHA, §. *Consolidação das Leis Civis*, art. 88, nota. Vej. *Direito de família*, § 53.

(48) Vej. *Direito de família*, § cit., 53.

um direito que resulta das convenções antenupciais, torna-se definitiva pelo casamento (49).

Do dito princípio resulta — que não é lícito à mulher fazer, na constância do matrimônio, renúncia ou cessão, por fórmula geral e absoluta, da sua hipoteca legal, quer em favor do marido, quer de terceiros (50).

3. Ainda mais. A hipoteca legal foi especialmente criada para resguardar os bens e direitos da mulher, incapaz por sua posição jurídica, e inhábil por natureza, de defendê-los. Daí procede que nem mesmo na convenção antenupcial lhe é permitido ceder ou renunciar a hipoteca (51).

(49) Vej. acima, § 188.

(50) LOBÃO, *Execuç.*, § 614, COSTA, *De privileg. credit., Reg.*, 2, *Ampl.* 6, n. 102. A renúncia é nula, e portanto, pode a mulher a todo o tempo exercer a sua hipoteca sobre os imóveis do marido, ou contra terceiros adquirentes, ou contra os credores dele.

Em França há grande controvérsia a este respeito. P. PONT. n. 421, entende que no regime dotal a mulher não pode fazer renúncia da sua hipoteca. TROPLONG, II, n. 601, pensa que no dito regime a mulher não está inibida de fazer cessão ou renúncia, mas essa cessão ou renúncia caducará em favor da mulher, se ao tempo da dissolução do casamento, o marido não tiver bens que garantam a restituição dos valores dotais. É a opinião de FABER, C. 4, 21, definit. 15 e 16.

A lei Belga (art. 71, MARTOU, III, n. 931) permite a renúncia da hipoteca inscrita, não em favor do marido, mas de terceiros.

É doutrina corrente entre os franceses que a mulher pode renunciar a sua hipoteca, no regime da comunhão, pelos incommunicáveis que não tem a natureza de dotais. TROPLONG, II, n. 602, PONT., I, ns. 452 e 453.

(51) TROPLONG, II, n. 636, MERLIN, verb. *Inscription et verb. Transcription*.

4. Mas poderá ela, durante o matrimônio, ceder ou renunciar a dita hipoteca em relação a imóveis certos e *determinados*? Não; na verdade se a mulher tivesse uma tal faculdade, a sua hipoteca ficaria exposta a perigos permanentes, ainda que o marido possuísse, além dos imóveis excluídos pela renúncia, outros suficientes para garantia de sua responsabilidade: — bem fácil lhe seria ir obtendo renúncias parciais até pôr a descoberto os direitos da mulher.

Em suma, a mulher perante a *razão* do nosso Direito está inibida de, por ato voluntário, piorar da condição que diante do marido lhe asseguram o casamento e os pactos antenupciais (52).

§ 192. — *Como se constitui a hipoteca legal da mulher casada*

1. A hipoteca legal da mulher casada pressupõe como condição essencial a existência de bens incomunicáveis (53).

(52) Não é tão rigorosa a lei francesa. Assim consente ela que a mulher possa, na constância do matrimônio, renunciar a comunhão — prática que o nosso Direito não toiera. Lobão à Mello 2,10, § 4. Secç. 1.^a.

Convem finalmente observar que em presença do atual sistema hipotecário não se pode dizer que este rigorismo prejudica os interesses do marido, porquanto tem ele o direito de requerer a especialização da hipoteca legal da mulher, e de limitá-la destarte a bens certos e determinados, deixando livres os outros.

(53) Veja-se § 188.

A incomunicabilidade, segundo o nosso Direito, em regra não pode resultar senão da convenção antenupcial, porque, na ausência de pacto a respeito, vigora por força da lei o regime da comunhão (54).

A convenção antenupcial se conserva em suspenso, e só adquire a natureza de ato perfeito e definitivo, depois de celebrado o casamento (55).

Destes princípios deriva o corolário — que a dita hipoteca é constituída pela convenção antenupcial confirmada pelo casamento (56).

Pode todavia dar-se acidentalmente a incomunicabilidade de certos bens, não por virtude do pacto antenupcial, mas em consequência de doação, legado ou instituição testamentária, com a cláusula de não-comunhão (57). Nestes casos a hipoteca se reputa constituída pela doação ou disposição testamentária (58).

2. Importa saber qual a data da hipoteca legal da mulher casada.

A data da hipoteca é determinada pela data da responsabilidade do marido (59).

(54) Ord. 6, 46, pr., *Direito de família*, § 56.

(55) PAUL. *Sent.* 2, 2, § 12: Sed ante nuptias data (dos) earum expectata adventum. Vej. *Direito de família*, § 53.

(56) Decreto n. 3.453, de 26 de Abril de 1865, art. 136, § 5.

(57) Lobão à Mello, 2. 8, § 18, n. 11.

(58) Decreto n. 3.453, art. 136, § 6.

(59) PONT. II, n. 756, TROPLONG, II, n. 586. A hipoteca é acessório da responsabilidade; não pode, pois, ter a data anterior a da responsabilidade.

Assim que:

1.º A hipoteca pelos bens e direitos existentes ao tempo do casamento, subsiste desde esse tempo.

2.º Acontece, não raro, estipular-se na convenção antenupcial a incomunicabilidade dos bens que a mulher adquirir por título gratuito, na constância do matrimônio (60).

A data da hipoteca por estes bens não pode ser outra senão a do dia em que tais bens se tornam exigíveis, porque é nesse dia que começa de existir a responsabilidade do marido pela conservação, defesa e guarda deles (61).

3.º Pela mesma razão e nos mesmos termos a hipoteca pelos bens doados ou deixados à mulher com a cláusula

(60) Decreto n. 3.453, art. 136, § 5.

(61) A hipótese figurada não está expressamente prevista no decreto n. 3.453; mas a solução dada no nosso texto é a única que a doutrina acerca do assunto admite, acrescentando que o citado decreto a adota em caso perfeitamente análogo (art. 135, § 6).

Se a doação, se a deixa depende de condição suspensiva, antes de realizada a condição, o marido nada tem a fazer; ainda não é chegada a ocasião de exercer os seus direitos de administrador do casal. A sorte dos bens ou direitos doados ou deixados não corre sob sua responsabilidade. Mas, preenchida a condição, se se conserva em inércia, se não chama os bens, se não põe em prática os meios conservatórios que forem necessários, falta evidentemente dos seus deveres; responde, portanto, pelas perdas e danos resultantes.

A data, pois, da hipoteca, não é a do dia do recebimento dos bens, mas a do dia em que podem ser pedidos. Vej. TROPLONG, II, n. 586, PONT., II, n. 756.

(62) Decreto n. 3.453, art. 156, § 6.

sula da não comunhão se reputam datar do momento em que podem ser exigidos (62).

§ 193. — *A hipoteca pode ser restringida a bens determinados na convenção antenupcial*

Suposto a hipoteca da mulher casada, seja geral, isto é, compreensiva de todos os imóveis do marido, presentes e futuros (63); todavia a lei permite restringi-la, na convenção antenupcial, a bens certos e determinados (64).

Nesse caso a hipoteca legal da mulher (preenchidas os formalidades da especialização) (65); grava tão somente os imóveis especificados, ficando livres os excluídos (66). Esta prática é altamente salutar: não põe em perigo os recursos de crédito que lhe pode criar o direito de dispor dos imóveis subtraídos à hipoteca (67).

(63) Lei n. 1.237, art. 3, § 11.

(64) Decreto n. 3.453, arts. 182, 183 e 184.

(65) Vej. § 234, adiante.

(66) Decreto n. 3.453, cit., arts. 182, 183 e 184. Se a cláusula em que se estipula a restrição da hipoteca a imóveis certos não é seguida da especialização, nos termos declarados nos artigos citados do Decreto n. 3.453, a hipoteca da mulher conserva o seu caráter de geral, e afeta, portanto, todos os imóveis do marido.

Se a mulher é menor, a dita cláusula deve ser consentida pelo pai ou pelo tutor e juiz de orfãos.

(67) Vej. TROPLONG, II, n. 637. O mesmo resultado se obtém pela especialização. Vej. adiante §§ 230 e seguintes.

§ 194. — *Hipoteca legal da mulher estrangeira*

A solução das questões que a matéria deste parágrafo encerra, exige a rememoração dos princípios seguintes:

1. Os direitos e as obrigações dos cônjuges, resultantes do casamento, são regulados pela lei civil do domicílio do marido (68).

A hipoteca legal da mulher casada é um direito que procede do casamento (69).

Assim que a mulher não pode ter hipoteca legal, se não lha dá a lei do seu casamento (70).

(68) SAVIGNY, *Droit Romain*, vol. 8, § 379-A), n. 3, FELIX, *Droit Internat. privé*, ROCCO, cap. 20; VALASC. *Consult.* 138, n. 11, PHEBO, *Dic.* 165, n. 3. B. CARNEIRO, I, 15, § 149, n. 9.

PASCHOAL FIORE, *Droit Internat. Privé*, n. 82, sustenta em substância a mesma doutrina, com a diferença de substituir a lei do domicílio pela da nacionalidade.

(69) Vej. § 188, acima. E' de notar que na mór-parte dos países a hipoteca legal da mulher procede diretamente do casamento, porque, segundo as leis desses países, há sempre uma certa porção de bens incommunicáveis. Tal é a lei francesa, a belga, a do Chile, a da Espanha.

(70) FELIX, *Revue des Revues de Droit*, vol. V, pág. 119, ROCCO, I, cap. 7, e III, cap. 3 e 32, P. FIORE, ns. 230 e 231. Assim a mulher casada com homem domiciliado na Holanda não poderia ter hipoteca legal em imóvel que o marido possuísse no Brasil, porque a lei da Holanda não concede à mulher casada tal hipoteca. FIORE, cit., n. 230.

Os comentadores do C. C. francês, jogando com o sistema do *Estatuto Pessoal e Estatuto Real*, sustentam que a questão de saber si a mulher casada com estrangeiro tem hipoteca nos imóveis que o

2. Os direitos e as obrigações estabelecidas pela lei que rege o casamento, são recebidos e aceitos em país estrangeiro, desde que tais direitos e obrigações não envolvam ofensa, ou do regime econômico e social da propriedade nesse país, ou de princípios que interessam à ordem pública, ou de disposições absolutamente obrigatórias (71).

3. Mas o sistema hipotecário de cada nação afeta a condição jurídica dos imóveis e forma uma das bases do regime econômico da propriedade. A restrição, por exemplo, ou a ampliação dos casos de hipoteca legal influe diretamente no crédito territorial.

O sistema hipotecário, pois, não pode ser alterado ou modificado pela aplicação de lei estrangeira (72).

marido possui em França, deve ser exclusivamente resolvida pela lei *loci rei sitae*, donde resulta que ela gozará em França da hipoteca legal, embora não lha confira a lei de seu casamento. TROPLONG, II, n. 513-ter, PONT. I, n. 432, MERLIN, verb. *Remploi*. No mesmo sentido. MARTOU, IV, n. 1.693.

FIGORE (loc. cit.) argumentando com a doutrina de SAVIGNY, refuta vitoriosamente este modo de ver, incompatível com os princípios.

(71) SAVIGNY, *Droit Rom.*, § 349, P. FIGORE, n. 26. São estes os verdadeiros critérios para distinguir as leis estrangeiras que podem ser recebidas e aplicadas no país das que o não podem ser. A velha teoria de Estatutos Pessoais e Estatutos Reais está hoje condenada, porque, além de muitíssimo defectiva e incompleta, confunde as idéias e dá lugar a inúmeros erros. Vej. SAVIGNY, 8, § 367, FIGORE, n.

(72) Entre nós esta doutrina tem a consagração da lei (art. 2. L. n. 1.237). A este respeito a lei é absolutamente obrigatória, e não pode, portanto, ser preterida pela aplicação de lei estrangeira. (SAVIGNY, § 349.

4. Dos princípios expostos e da sua combinação deriva o princípio seguinte:

A mulher estrangeira que se casa com estrangeiro, adquire hipoteca legal sobre os imóveis que o marido possui no Brasil (73), contanto que a legislação, sob cujo império é celebrado o seu casamento, lhe atribua um tal efeito (74).

5. As condições do casamento para produzir a hipoteca legal, e a definição das obrigações que a dita hipoteca garante, são da competência da lei que rege o casamento (75).

6. Mas por força dos mesmos princípios expostos (n. 2) é da competência da lei brasileira a determinação

(73) Porque a legislação brasileira confere hipoteca legal a mulher casada.

(74) Nem a lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, nem o Decreto n. 3.453, de 26 de Abril de 1865, contêm disposição alguma a respeito da matéria deste parágrafo. A questão, pois, fica sob o domínio do Direito Internacional Privado.

A disposição do art. 4, § 4 da citada lei, refere-se às hipotecas convencionais, e por consequência não são aplicáveis às hipotecas legais. Assim pensam os escritores e praticam os tribunais franceses, na inteligência da sua lei, que a este respeito é análoga a nossa. Na verdade o C. C. fr. guardando silêncio quanto as hipotecas legais no ponto sujeito, consagra, quanto às convencionais, doutrina igual a da citada disposição da nossa lei.

“Les contrats passés en pays étrangers ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques, ou dans les traités”.

(75) SAVIGNY, § 374, D. e § 381. FIORE, n. 220, a) e b).

dos bens que a hipoteca compreende. Assim, se a hipoteca, segundo a lei do casamento, abrange os moveis, um tal efeito não pode ser recebido no Império, porque o nosso Direito não admite hipoteca senão de imoveis (76).

7. A brasileira que se casa com estrangeiro entra perfeitamente nas condições de estrangeira, e por consequência, quanto à hipoteca legal, lhe são aplicáveis os mesmos princípios de direito (77).

8. Não é mister dizer que o casamento de brasileiro com brasileira ou com estrangeira, celebrado em território estrangeiro, produz a hipoteca legal, nos mesmos termos como se fôra celebrado no Império (78).

(76) FIORE, n. 220, a).

(77) Lei n. Vej. 2.096, de 10 de Setembro de 1860, art. 2.
Vej. *Direito de família*, § 29.

(78) Vej. *Direito de família*, § 29, II, 1.º.

TÍTULO II

HIPOTECA LEGAL DOS MENORES E INTERDITOS — I. DOS MENORES ORFÃOS E INTERDITOS

§ 195. — *Causa da hipoteca*

A hipoteca legal dos menores e interditos é inerente à tutela e à curatela, mas só adquire existência real e efetiva pela aceitação daqueles cargos (1). Certo, a dita hipoteca nasce e se produz por força do decreto da lei; é mister porem que se realize o fato a que a lei comunica um tal efeito (2).

(1) Lei n. 1.257, art. 3, § 2, *Decret. n. 3.453*, art. 136, § 1.º.

A aceitação da tutela e da curatela é considerada em Direito como um *quase-contrato*. Na verdade as obrigações que o tutor e o curador tomam para com o menor e para com o interdito, de administrarem os seus bens, sem que todavia tenham feito estipulação alguma com eles, nascem de um contrato — *ex quasi-contractu oriuntur*. MAYNZ, parágrafo 358.

(2) Vej. § 187, acima.

A tutela e a curatela, ou legítimas ou dativas, são deferidas por nomeação do juiz (3); mas não é o ato de nomeação que cria a hipoteca: a nomeação atribue a tutela ou a curatela a alguém; a tutela, a curatela, atribuídas e aceitas, geram, por virtude que a lei lhes dá, a hipoteca (4).

Assim que nem a vontade das pessoas que interveem na constituição da hipoteca, nem as circunstâncias em meio das quais a tutela e a curatela são deferidas, influem na geração do direito hipotecário (5).

§ 196. — *A quem compete a hipoteca*

Esta espécie de hipoteca foi estabelecida para proteção e garantia dos bens, direitos e ações das pessoas que vivem sob tutela ou sob curatela (6).

(3) *Veja. Direito de família*, § 146. A testamentária é a deferida pelo pai ou avô legítimo em testamento.

(4) TROPLONG, II, n. 429: "Ce n'est pas de l'acte de la nomination de tuteur que sort l'hypothèque attribué au mineur. Elle découle du concurs de la *qualité* de tuteur et de la volonté de la loi. L'acte de nomination n'est qu'un préliminaire pour arriver à l'hypothèque; mais il ne la crée pas".

Se a dita hipoteca resultasse do despacho do juiz que nomea o tutor ou o curador, ela seria judicial e não legal.

(5) Quer o tutor ou o curador tenham, ou não, a intenção de obrigarem seus bens, quer a tutela ou curatela seja aceita na véspera de abertura de falência, a hipoteca adquire existência e subsiste com todos os seus efeitos. *Veja. PONT. I*, n. 489.

(6) Lei n. 1.257, arts. 3 à 2... "aos menores e interditos..." *Interdito*, na língua jurídica, significa a pessoa maior, a quem é

A) No estado atual do nosso Direito são sujeitos à tutela, e por consequência tem hipoteca legal sobre os imóveis do tutor:

1. Os menores, filhos legítimos, orfãos de pai (7);
2. Os menores, filhos legítimos, que tendo pai vivo, se acham sob a tutela de terceiro, ou porque o pai é incapaz, ou porque está ausente em lugar remoto ou não sabido, ou porque os demitiu do pátrio poder (8);
3. Os menores, filhos ilegítimos (9).

B) Incidem sob curatela e teem, nos mesmos termos, hipoteca legal sobre os imóveis do curador:

1. Os loucos de todo o gênero (10);
2. Os pródigos (11).

proibida a administração dos bens. Só temos duas ordens de pessoas incluídas na dita definição — os loucos, e os pródigos declarados tais por sentença.

O *falido*, embora impossibilitado de administrar os seus bens, conserva a sua capacidade civil — tanto que pode administrar o dote da mulher, o pecúlio dos filhos e os bens que lhe foram deixados com a cláusula de inalienáveis.

(7) Vej. Ord. I, 102.

(8) Ord. I, 88, § 6 in fine, Lob. a Mello, 2, 11, § 4, B. CARM., L. 1.º, T. 26, § 223, ns. 8 e 9.

(9) Avis. n. 312, de 20 de Outubro de 1859.

(10) Ord. 4, 103, pr. I, § 3, de curat. (1,23). Acerca da curatela dos loucos, vej. *Direit. de família*, § 163.

(11) Ord. 4, 103, § 6, *Direito de família*, § 167.

C) A razão fundamental da hipoteca legal na matéria sujeita está na incapacidade do menor ou interdito para administrar seus bens e negócios, incapacidade que é suprida pela capacidade do tutor ou curador.

Daí vem que a simples gestão de bens por via de representantes, não basta para fundamentar a hipoteca (12).

Não tem, portanto, hipoteca legal:

1. Os ausentes, nos imóveis do curador que é dado aos seus bens (13).
2. O nascituro, sobre os imóveis do curador nomeado ao ventre (14).
3. A massa falida, nos bens do curador fiscal (15).

(12) A lei n. 1.257 (art. 3, § 2) diz “menores e interditos”. O poder do tutor, bem como o do curador entendem com a pessoa e bens do menor e do interdito. O próprio pródigo não pode dispor de seus bens sem assistência do curador. Vej. *Direito de família*, § 168.

(13) Sobre a curatela de bens de ausentes, vej. *Direito de família*, §§ 17 1e seg.

(14) PONT. I, n. 496. O nascituro, isto é, o ser humano gerado, mas ainda não nascido, é considerado, quando se trata dos seus interesses, como se fora já nascido. Nascituro pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur. Todavia, como ainda não adquiriu pelo nascimento a responsabilidade de homem vivo e viável, não se lhe dá tutor ou curador da *pessoa*, mas somente curador de bens.

(15) Vej. o art. 809 e sequint. do Cód. Com.

D) A hipoteca legal dos menores e interditos não se desvanece pela morte deles, mas passa a seus herdeiros (16).

CÓDIGO CIVIL

Art. 827 — A lei confere hipoteca — 820.

II — Aos descendentes sobre os imóveis do ascendente, que lhes administra os bens. — 385, 840.

III — Aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer inventário do casal anterior (art. 183, n. XIII).

LV — Às pessoas naturais ou jurídicas que não tenham a administração de seus bens, sobre os imóveis de seus tutores, curadores ou administradores. — 418, 840.

§ 197. — *Contra que pessoas é conferida a hipoteca legal dos menores e interditos?*

A hipoteca legal dos menores e interditos grava os imóveis presentes e futuros dos tutores e curadores (17).

(16) FABER, C. 8, 7, definit. 2, in not. n. 5. BRUNNEMAN, ad L. 42, D. de administr. tut. VOET., *Pandect*, 20, 2, n. 18.

Os imóveis dos tutores e curadores passam a seus herdeiros, gravados com a hipoteca legal dos menores e interditos. LOBÃO, *Execuç.*, parágrafo 603.

(17) Lei n. 1.257, art. 3, §§ 2 e 11.

A) A nossa lei conhece três espécies de tutores: — o tutor ordinário, o tutor *ad hoc* e o *pro tutor*.

1. A incidência da hipoteca legal do menor sobre os imóveis do tutor da primeira espécie, isto é, do tutor que é nomeado para exercer duma maneira definitiva e permanente as funções da tutela, não é objeto de dúvida (18).

2. O que dizer, porem, a respeito do tutor *ad hoc*?

O tutor *ad hoc*, na nossa prática, é o que é nomeado para representar o menor em um negócio particular (19). Um tutor tal, atenta a restrição do seu ofício, circunscrito a um negócio especial e de curta duração, não é para se confundir com o tutor ordinário, cujos poderes não só abrangem a pessoa e todos os bens do menor, como ainda se prolongam por todo o decurso da menoridade.

Parece, pois, que a hipoteca do menor não alcança os bens desta espécie de tutor (20).

A mesma doutrina e, pela mesma razão, vigora a respeito do curador que é, por nomeação do juiz de or-

(18) Lei n. 1.257, 3, § 2.

(19) Nomea-se tutor *ad hoc* quando ainda não foi dado tutor ordinário, ou ele não está no lugar e há necessidade urgente da intervenção da pessoa do menor em negócio que lhe diz respeito, como aceitação de herança, outorga e assinatura de escritura, constituição de procurador para demandas.

(20) Vej P. PONT., I, n. 496. O mesmo se deve dizer do curador que se dá aos bens que o menor tem fora de seu domicílio. (Ord. 4, 102, parágrafo 8).

fãos, incumbido de representar os menores na liquidação das sociedades mercantis, em que são interessados (21).

3. O *pro tutor*, como se sabe, é tutor de fato, que sem nomeação legal assume a tutela do menor, ou porque em boa fé se creia tal, ou ainda sabendo que não o é (22). Este tutor por ato próprio exerce todas as faculdades da tutela — governa a pessoa e administra os bens do menor. No ponto de vista da realidade do fato não há diferença entre ele e o tutor verdadeiro. E' pois de necessidade, e ainda talvez por maioria de razão, dar ao menor contra um semelhante tutor as mesmas garantias que lhe confere a lei contra o tutor verdadeiro, isto é, — a hipoteca legal (23).

A nossa jurisprudência, apoiando-se no Direito Romano, permite a nomeação de mais de um tutor a um me-

(21) Vej. art. 353 do Cód. Comercial.

(22) Fr. 1, § 1.º, D. de eo qui pro tutore, 27, 5: Pro tutore autem negotia gerit qui munere tutoris fungitur... sive se putet tutorem, sive sciat non esse. B. CARN., I, 27, § 232.

(23) FABER, *Codex*, 8, 7, definit. POTHIER, *Hipot.*, c. 1, sect 1, art. 3; TROPLONG, II, n. 421; LOBÃO, *Execuç.*, § 603. E' de necessidade que o indivíduo obre usurpando a qualidade de tutor. Se ele, porem, apoderando-se dos bens do menor os administrasse como seus, em tal caso não obraria como tutor, e o menor, por consequência, não teria hipoteca legal contra um tal usurpador. Vej. TROPLONG, cit., n. 421, e PONT, I, n. 500.

E' de notar que no Direito francês *pro tutor* tem significação diversa da de *pro tutor* no sentido do nosso e do Direito romano. Os franceses para significarem o *pro-tutor* no sentido do Direito Romano, servem-se de uma perífrase — pessoa — que sem ser tutor exerce as funções de tutor.

nor, principalmente quando ele possui pecúlios em regiões diversas (24). Estes tutores têm um caráter definitivo e gerem a tutela, ou cumulativamente, ou cada um em relação aos negócios a seu cargo, ou em relação aos bens que estão na região de sua competência (25). Não há razão de direito para subtrair-lhes os bens à hipoteca legal do menor (26).

B) Subsiste também entre nós a prática de dar curador *ad hoc*, aos interditos para negócio determinado. Por força de razões análogas às que foram expendidas acerca do tutor *ad hoc*, contra tais curadores não têm os interditos hipoteca legal (27).

§ 198. — *Que obrigações a hipoteca legal dos menores e interditos garante*

A hipoteca legal dos menores e interditos garante as obrigações dos tutores e curadores para com aqueles incapazes pela gestão da tutela e curatela (28).

(24) FABER, *Codex*, 6, 19, definit. 19; GUERREIRO, *Trct.* 3, L. 6, capítulo 5.

(25) GUERREIRO, loc. cit.

(26) Não pode haver dúvida a este respeito, porque os co-tutores exercem as mesmas atribuições que o tutor singular.

(27) O curador *ad hoc* dá-se aos interditos em casos análogos aos em que tem lugar a nomeação do tutor *ad hoc*.

(28) Decreto n. 3.453, art. 167. E' para admirar que a lei n. 1.257, regulando sistematicamente a matéria das hipotecas, não declarasse quais as obrigações que garantem a hipoteca legal dos menores e interditos.

Ficam, portanto, sob a proteção da dita hipoteca as obrigações seguintes:

1.^a a obrigação de indenizar o valor dos bens que os tutores e curadores recebem, como tais, e deixam de restituir por culpa ou falta (29);

2.^a a de restituir os frutos e rendimentos desses bens (30);

3.^a a de indenizar as perdas, danos e prejuízos resultantes:

a) a de negligência, falta ou culpa, como se deixaram a dívida prescrever, o prédio arruinar-se (31);

b) de delito, como se houveram para si, bens pertencentes aos tutelados ou curatelados (32);

c) de quase-delito, como se alienaram sem autorização judicial, bens da tutela ou curatela (33).

4.^a Finalmente a responsabilidade pelos alcances de contas, qualquer que seja a procedência desses alcances (34).

(29) Ord. 1, 88, §§ 24, 27 e 37; Ord. III, 41, § 3. Ord. IV, 103, §§ 2 e 6.

(30) *Direito de família*, §§ 160, 164 e 168. TROPLONG, II, n. 427.

(31) Ord. II, 41, § 3, Ord. IV, 103, §§ 2 e 6, in fine. TROPLONG, II, 427.

(32) Cód. Criminal, arts. 146 e 147.

(33) Ord. I, 88, § 26, B. CARNEIRO, L. 1.^o, § 239, n. 38.

(34) *Lob. a Bello*, 2, 11, § 16, n. 20; B. CARNEIRO, cit., § 239.

A hipoteca legal, de que se trata, vigora tão somente para as responsabilidades que procedem da tutela ou curatela (35). Estão, pois, fora da compreensão da dita hipoteca as dívidas em que porventura os tutores e curadores se possam achar para com os menores e interditos, originadas por causas estranhas ao exercício de seus cargos como se se tornam herdeiros de devedores deles, ou se eram a eles devedores por título anterior à aceitação da tutela ou curatela (36).

Todavia, se tais dívidas se venceram no decurso da tutela ou curatela, e não foram pagas, incidem sob a garantia da hipoteca: os tutores ou curadores se deviam cobrar de si mesmos e dar-lhes o destino legal; e se o não fizeram, infringiram um dever inerente aos cargos que exercem (37).

§ 199. — *Como se constitue a hipoteca legal dos menores e interditos*

A hipoteca legal dos menores e interditos é constituída pelo termo da tutela ou curatela (38).

(35) PONT., I, n. 501. DOMAT dizia: "Sommes qu'il doit pour sa compte."

(36) TROPLONG, II, n. 427; PONT., I, n. 501.

(37) VOET, *Pandect.*, 20, 2, 16: "Certi utique juris est, tutorem non ad animas tantum pupilli debitoribus sed et a se exigere oportere, si quid ipse pupillo debeat, et generaliter quod adversus alium praestare debuit pupillo suo, id eum quoque adversus se deber praestare." POTHIER, *Hipot.*, Sect., 2, § 3, art. 4, n. 3. TROPLONG, II, n. 427; ZACARIAE, § 264, nota 6.

(38) Decreto n. 3.453, art. 136, § 1.º.

A aceitação de qualquer daqueles cargos pela assinatura do respectivo termo marca de um maneira precisa e firme o comêço das responsabilidades do tutor ou curador (39).

Assim que a lei faz a hipoteca datar do termo de aceitação da tutela ou curatela (40).

Ficam, pois, sob a garantia da hipoteca e desde a data de sua constituição as responsabilidades do tutor ou curador, não só pelos bens e direitos dos menores e interditos, existentes ao tempo da aceitação do cargo, como por todos e quaisquer bens de futuro adquiridos (41).

Nisto nada há de singular e extraordinário. Com efeito, aceitando a tutela ou curatela, os tutores e curadores contraem as obrigações inerentes àqueles cargos, isto é, de cuidar da pessoa e administrar honestamente os bens presentes e futuros dos menores e interditos. Da inexecução

(39) Em rigor de direito o tutor, logo que tem conhecimento de que a tutela lhe foi deferida, é obrigado a entrar no exercício, sob pena de responder pelos danos resultantes. *Ex quo innotuit tutor, se tutorem esse, scire debet periculum tutelæ ad eum pertinere* (fr. 5, § 1.º, D. de administ. tutor., 26, 7). Todavia a lei, pela necessidade da precisão e certeza que deve reinar na matéria, prescreve — que a hipoteca datará do termo de aceitação, devidamente assinado.

(40) Decreto n. 3.453, cit., art. 136, § 1.º.

O C. C. franc., (art. 1.135, § 1.º) faz a hipoteca datar "*je jour de l'acceptation de la tutelle*". Esta expressão não tem a precisão desejavel — daí largas controvérsias acerca dos fatos que constituem a aceitação. Veja-se TROPLONG, II, n. 428.

(41) VOET, *Pandect.*, 20, 2, n. 17; FABER, C. 8, 7, definit. 10; Pont. II, n. 749:... "*La date de l'hypothèque est toujours la même — celle de l'acceptation de la tutelle, quelles que soient les époques où les créances sont nées*".

de tais obrigações, em qualquer tempo, resulta-lhes a responsabilidade pelas perdas, prejuízos e danos. E' exatamente essa a responsabilidade-que a hipoteca legal garante (42).

Na matéria sujeita, pois, a hipoteca, como é de regra, não precede, mas nasce com a obrigação (43).

§ 200. — *Hipoteca legal dos menores e interditos estrangeiros*

A tutela e a curatela são regidas pela *lei do domicílio dos menores e interditos* (44).

Compete, pois, à dita lei definir os direitos e os efeitos daquelas instituições e, por consequência, se lhes é inerente a hipoteca legal sobre os bens dos tutores e curadores (45).

(42) Pont., II, cit., n. 749. MÜHLENBRUCH, *Doutrin. Pandect*, § 312: *Incipit jus pignoris plerumque ex tempore quo causa extitit, minus efficiens... in legalibus, ex contractæ obligationis tempore, licet petendi causa tunc temporis nondum adpareatur.* E' a distinção entre o *dies cedit*, dia em que a obrigação adquire existência, e o *dies venit*, dia em que se torna exigível.

(43) Vej. § 177, acima.

(44) SAVIGNY, *Droit Romain*, VIII, § 380. P. FIORE, *Droit International*, n. 174.

(45) FIORE, n. 220: "Pour déterminer quelles sont les obligations qui peuvent être garanties par le gage et l'hypothèque, on doit appliquer la loi à laquelle l'obligation est par elle-même soumise", n. 221: "Ce droit est toujours un accessoire de l'obligation personnelle dont il garantit l'exécution, et pourvu qu'il ne blesse pas le régime de la propriété territoriale, il doit être régi par la loi même qui règle l'obligation principale, soit qu'il provienne... soit qu'il découle d'une disposition de la loi."

Vej. LAURENT, *Princip. du Droit Civil*, I, n. 116.

Daí vem que o menor e o interdito domiciliados no estrangeiro só podem ter hipoteca legal nos imoveis que o tutor ou curador possuem no país, quando a lei do domicílio do menor ou interdito lhe confere um tal direito (46).

Mas não basta isto. Pois que, o estabelecimento da hipoteca legal e a fixação dos casos em que ela é admissível influem sobre o crédito territorial, e a legislação acerca deste assunto não pode ser modificada ou alterada pela aplicação do Direito estrangeiro (47); a hipoteca legal que a lei do domicílio dos menores e interditos lhes concede, só grava os imoveis dos tutores ou curadores, quando a lei da situação desses imoveis reconhece e consagra a dita espécie de hipoteca (48).

Há, pois, necessidade do concurso de dois requisitos para que os menores e interditos tenham hipoteca legal nos imoveis dos seus tutores e curadores sitos fora da sua pátria, a saber:

1.º Que a lei do domicílio dos menores e interditos lhes confira uma tal hipoteca;

(46) FELIX, *Droit Internat. Priv.* n. 68; FIORE, ns. 220 e 230... Principe incontestable pour nous à savoir — que les acts et les obligations ne peuvent avoir d'autres effets que ceux qui leur sont attribués par la loi qui les regit.

LAUREN, cit., n. 116: Nous croyons... que le *statut* de l'hypothèque legale est personnel en ce sens que c'est la loi étrangère qui decide à quelle garantie le mineur et la femme marié ont droit.

(47) Vej. § 194, nota 5, acima.

(48) FELIX, n. 68, LAUREN, cit., n. 116; En disant que le *statut* de l'hypothèque legale est personnel, nous n'entendons dire que l'hypothèque sera organisée et exercée conformément à la loi étrangère.

2.º Que a lei da situação dos imóveis reconheça e consagre a mesma espécie de hipoteca.

Fazendo aplicação desta doutrina ao nosso Direito pode-se firmar o princípio seguinte:

“Os menores e interditos domiciliados no estrangeiro tem hipoteca legal nos imóveis que seus tutores ou curadores, ainda estrangeiros, possuem no Império, desde que a lei do domicílio dos mesmos menores e interditos lhes confere um semelhante direito” (49).

Se os menores e interditos são brasileiros e a tutela ou curatela lhes é deferida em país estrangeiro, é fora de toda dúvida que lhes assiste a hipoteca sobre os imóveis de seus tutores ou curadores, situados no Brasil. Neste caso rege a lei brasileira não só como a lei da tutela e curatela, senão também como a lei da situação dos imóveis (50).

II. § 201. — *Hipoteca dos filhos menores sobre os imóveis do pai*

O pai é por lei administrador do pecúlio *adventício* dos filhos que tem sob seu poder (51).

(49) A nossa lei n. 1.257 é omissa a respeito da hipoteca legal dos menores e interditos domiciliados no estrangeiro, assim como o é acerca da hipoteca legal da mulher casada, também domiciliada fora do país. O C. C. francês é igualmente omissa na matéria. A questão, pois, entre nós, fica como na França, sujeita aos princípios do Direito Internacional Privado. A doutrina acima exposta é a que prevalece em França. TROPLONG, II, n. 429. Pont. I, n. 429.

(50) Vej. TROPLONG, II, cit. n. 429.

(51) Ord. 4, 97, § 19, Ord. 1, 88, § 6. Sobre o que seja pecúlio *adventício*, vej. *Direito de família*, § 115, n. IV.

Pelas responsabilidades provenientes da administração de um tal pecúlio a lei confere aos filhos, enquanto menores, hipoteca sobre os imóveis do pai (52).

1. O filho pode se conservar sob o pátrio poder ainda depois de maior (53). A lei, porém, considerando que o filho, quando maior está na plenitude de suas faculdades mentais e que, por consequência, nada o inibe de pessoalmente exercer os recursos que lhe oferece o Direito para pôr cômbo à má gestão do pai (54), nega-lhe o favor da hipoteca legal, que só concede ao filho menor (55).

2. O filho-família, segundo o nosso Direito, pode ter outros pecúlios, de diversa natureza, isto é, o pecúlio castrense e o quase-castrense (56). Estes pecúlios durante a menoridade do filho, ficam sob a guarda e administração do pai, embora ele não tenha o usufruto dos ditos pecúlios (57). Terão os filhos hipoteca legal pela administração de tais pecúlios? Não, porque a lei reproduzindo o Direito Romano a este respeito (58), só concede a hipoteca pelas

(52) Lei n. 1.257, art. 3, § 3.

(53) Ord. 4, 81, § 3, Provis. de 24 de Maio de 1823 e Decreto de 1 de Fevereiro de 1848.

(54) Ord. 3, 9, § 4, MELLO, 2, 4, § 12 Lobão à Mello, cit., § 12; n. 29.

(55) Lei n. 1.257, art. 3, § 3. "Aos filhos *menores*".

(56) Vej. *Direito de família*, §§ 115 e 116.

(57) Vej. *Direito de família*, § 116, n. II.

(58) C. 6, §§ 1, 2, 4. C. bonis quoe liber 6. 1; MACKELDEY, § 348, n. 6. MAYNZ, § 243, not. 23. O D. R. refere-se especialmente aos bens maternos ou procedentes de ascendentes maternos.

obrigações do pai, relativas à administração do pecúlio adventício (59).

3. Há duas espécies de pecúlios adventícios — pecúlio adventício ordinário e pecúlio adventício *extraordinário* ou *irregular* (60).

Pecúlio adventício desta última espécie é aquele de que o pai, por exceção de direito, não tem nem o usufruto, nem a administração (61). Todavia, enquanto o filho é menor, permanece o dito pecúlio sob a administração do pai (62). Neste caso subsiste a hipoteca do filho, porque a hipoteca deriva, não do usufruto, mas da administração (63).

4. A hipoteca grava todos os imóveis do pai, presentes e futuros (64).

(59) VOET, 20, 2, n. 23. A lei n. 1.257, art. 3, § 3, diz: bens *maternos* ou *adventícios*. Não havia razão para excluir os bens castrenses, quando se conservam sob a administração do pai, por ser o filho menor. Seria a exclusão intencional ou mero resultado da falta de atenção? O que é certo, é que a lei, sendo expressa acerca do adventício, exclue virtualmente os outros pecúlios, tanto mais que as disposições de lei hipotecária são *strictissimi juris*. Além dos ditos pecúlios, ainda há o *profectício*, acerca do qual não é concebível a questão de hipoteca, porque o dito pecúlio pertence ao pai e não ao filho. *Direito de família*, parágrafo 115, n. I.

(60) B. CARNEIRO, I, § 189, Lobão à Mello, 2, 4, § 13, n. 34.

(61) *Direito de família*, § 116, C.

(62) Se o filho-família é maior, entrega-se-lhe o pecúlio desde que o pai não tem o usufruto.

(63) Lei n. 1.257, art. 3, § 3... do pai que *administrou* os bens maternos ou *adventícios*.

(64) Lei n. 1.257, art. 3, § 11.

5. E cobre todas as responsabilidades do pai para com o filho, por motivo da administração do pecúlio.

A dita hipoteca, pois, garante:

I. a obrigação de restituir ao filho, depois de emancipado, os bens que formam o pecúlio (65);

II. a de indenizar os prejuízos, perdas e danos resultantes de negligência, culpa ou malversação, como se deixou a dívida prescrever, o prédio arruinar-se (66).

III. a de entregar os frutos e rendimentos, quando o pecúlio pertence à classe dos adventícios extraordinários (67).

6. A mesma hipoteca é constituída:

I. Pela morte da mãe e desde essa data, pelo que respeita aos bens provindos da herança materna (68).

(65) Ord. I, 88, § 6. "E é obrigado a entregar-lhos quando forem emancipados". Ord. 3, 9, § 4. Se os bens se extraviam, ou se perdem, ou perecem por culpa do pai, é ele obrigado a restituir o valor.

(66) B. CARNEIRO, I, § 188, ns. 29 e 30, Lobão à Mello, 2, 4, § 13, número 26.

(67) Vej. *Direito de família*, § 116, C..

(68) Decreto n. 3.453, art. 136, § 2.

II. Pelo título de aquisição e desde que os bens se tornam exigíveis, quanto aos adventícios de procedência diversa (69).

7. Acerca da hipoteca legal dos menores estrangeiros sobre os imóveis que seus pais possuem no Império, vigora a mesma doutrina que a respeito da hipoteca legal dos menores e interditos domiciliados em terra estrangeira, a saber: os filhos só gozam da dita hipoteca nos imóveis que os pais têm no Brasil, se a lei do domicílio paterno lhes confere uma tal hipoteca (70).

III. § 202. — *Hipoteca legal dos filhos sobre os imóveis de pai ou mãe bínuba*

1. Por disposição expressa do nosso Direito, o pai que contrai segundas núpcias, torna-se simples usufrutuário dos bens que lhe advém de filho do primeiro matrimônio, herdados da mãe ou de ascendentes maternos, se esse filho se fina intestado e lhe sobrevivem irmãos germanos.

(69) Decreto cit., art. 136, § 3.

Ainda antes de se tornarem os bens exigíveis, como se o vencimento depende de condição suspensiva, o pai tem deveres a cumprir; obrigado a promover as medidas de conservação, como por exemplo, exigir a caução *de bene utendo* se o filho é senhor da nua propriedade. Se a não requer, responde pelas perdas e danos. Estará esta responsabilidade sob a garantia da hipoteca? À vista da disposição literal do cit. § 3, do art. 136, do Decr. n. 3.453 parece que não.

(70) SAVIGNY, 8, § 382; FIORE, ns. 164 e 165. Vej. § 200, acima.

A propriedade de tais bens passa aos irmãos do filho premorto, isto é, aos filhos do primeiro matrimônio (71).

A mesma doutrina e nos mesmos termos vigora em relação à mãe bínuba quanto aos bens que herda de filho das primeiras núpcias (72).

(71) Ord. IV, 91, §§ 2, 3 e 4.

(72) Ord. cit.

A disposição da citada ord. — que o pai ou mãe bínuba só tem o usufruto dos bens herdados de filho do primeiro matrimônio — prevalece:

1. Quer o filho houvesse falecido antes, quer depois de contrai-das as segundas núpcias (Ord. cit., § 2).

2. Não só em favor dos filhos do primeiro matrimônio, como ainda de sobrinhos, *concorrendo* com tios (Ord. cit., § 2).

A dita disposição, porém, cessa e o pai ou mãe adquire o domínio pleno dos bens deixados pelo filho do segundo matrimônio;

I. Se os filhos do primeiro matrimônio falecem *todos* na constância das segundas núpcias, antes do pai ou mãe, ainda deixando descendentes (Ord. § 2, *in fine*), adotada nesta hipótese a opinião de AZÃO, que só dava aos sobrinhos o direito de representação quando concorrem com os tios;

II. Se o filho que se fina fez testamento, instituindo o pai ou mãe (Ord. §§ 2 e 4). Neste caso, pensam alguns, como o filho manifestou a vontade de que seus bens passem ao pai ou mãe, a Ord. atende a esta vontade e quer que o pai ou mãe, embora herdeiros necessários das duas terças, seja havido como herdeiro por instituição testamentária. B. CARNEIRO, I, § 157, n. 16. *Repert. das Ord.*, IV, pág. 773. LOBÃO (*Notas à Mello*, L. 3, T. 8, § 16, n. 13) entende com outros que a Ord. cit. se refere tão somente à terça de que o filho pode dispor e não às duas terças de que o pai (ou a mãe) é herdeiro necessário e que, por consequência, as duas terças, embora deixadas em testamento, devem ser consideradas como herdadas *ab intestato*, e como tais sujeitas ao usufruto.

O estimado A. da *Consolid. das Leis Civís* (nota ao art. 966) sustenta que o direito do pai ou mãe sobre os bens herdados do filho do primeiro matrimônio não é um verdadeiro usufruto — direito real — mas simplesmente um direito pessoal de uso e gozo. Esta opinião

Assim, entre os filhos do primeiro matrimônio e o pai ou mãe bínuba, dadas as circunstâncias expostas, se estabelecem as relações jurídicas que há entre o senhor da nua-propriedade e o usufrutuário.

2. A lei, no intuito de garantir os direitos dos filhos, lhes confere, enquanto *menores*, hipotecas sobre os imóveis do pai, ou da mãe, pelos bens de que um ou outro tem na forma dita o usufruto (73).

3. A causa desta hipoteca está no usufruto; ela por consequência se constitui no momento em que o usufruto adquire existência, a saber:

a) Pela morte do filho, e desde esse momento, se o pai ou mãe já tinha passado a segundas núpcias (74);

b) Pelo segundo matrimônio e desde sua data, se a esse tempo o filho já era morto (75).

4. As obrigações que a dita hipoteca garante são as do usufrutuário para com o senhor da nua propriedade, isto é:

tem contra si a letra terminante da Ord., e não acha apoio na razão de direito deduzida da mesma Ord.

(73) Lei n. 1.257, art. 3, § 4. A Ord. citada (§ 3) obriga a mãe a prestar fiança, quando os bens deixados são moveis.

(74) Ord. 4, 91, § 2... "se o filho... se finar... e sua mãe-lhe suceder nos ditos bens e ela se casar com outro marido". Esta hipótese não está prevista no Decreto n. 3.453, art. 136, § 4.

(75) Ord. cit., § 2:... "ou já ao tempo que sucedeu, era casada". É a hipótese prevista no Decreto n. 3.453, art. 136, § 4.

I. A obrigação de restituir os bens ou o seu valor aos filhos do primeiro matrimônio (76);

II. A de indenizar os danos que os bens sofrerem em sua *substância*, por ato ou fato do pai ou da mãe (77);

III. A de satisfazer as perdas e prejuízos resultantes da negligência, culpa ou malversação (78).

Esta hipoteca afeta os imóveis presentes e futuros do pai ou mãe (79).

(76) Vej. §§ 103-107, acima.

(77) Nota antecedente.

(78) Nota antecedente.

O usufruto, de que se trata, é vitalício; as obrigações expostas, portanto, só se tornam exigíveis depois da morte do pai ou mãe, e serão cumpridas pelos seus herdeiros, aos quais os imóveis passarão com o onus hipotecário.

(79) Lei n. 1.257, art. 3, § 11.

TÍTULO III

HIPOTECA LEGAL DO ESTADO E CORPORAÇÕES DE MÃO-MORTA

§ 203. — *Hipoteca legal do Estado, províncias e
municipalidades*

A) 1. O Estado — pessoa moral — não pode administrar os seus bens por si, nem arrecadar as suas rendas. Estas funções são confiadas a prepostos.

E, pois que está sujeito à necessidade da representação, a lei o equipara aos menores (1), e em consequência lhe confere hipoteca contra as pessoas, que são incumbidas de guardar e administrar-lhe os bens e rendas (2).

2. Compete a dita hipoteca ao Estado, não como entidade política, senão como pessoa civil, capaz de adquirir e possuir bens (3). Sob esta face o Estado, denomina-

(1) MELLO, 2, 13, § 9, PEREIRA E SOUZA, Nota 598, SILVA ad Ord. 3, 41, § 6, n. 3; Instruções da Diretoria Geral do Contencioso de 10 de Abril de 1851, art. 17.

(2) Lei n. 1.257, art. 3, § 5.

(3) SAVIGNY, *Droit Rom.*, II, § 86, *in fine*, § 89, *in fine* e § 101, MAYNZ, § 111.

do no Direito antigo — *fisco*. (4), toma no Direito moderno o nome de — *fazenda pública nacional* (5).

3. A hipoteca legal do Estado tem por causa a guarda e o maneió, sob obrigação de contas, dos bens e dinheiros que lhe pertencem. Assim pois ela é conferida:

I. Contra os funcionários públicos que são encarregados de receber as rendas e dinheiros públicos, de guardá-los e restituí-los, tais como os tesoureiros (6), os colctores (7), os exatores (8), os recebedores (9), e os pagadores (10);

(4) Nos últimos tempos do Império Romano a palavra *fisco* designava o Estado como pessoa civil. (MAYNZ, cit. § 111). Esta denominação passou para o Direito Português. Vej. PEREIRA E SOUZA, § 486 e Not. 913).

(5) Const. Polític. do Império, art. 170.

(6) Lei n.º 1.257, art. 3, § 5. Temos, além de outros, o tesoureiro do tesouro público nacional. (Decret. n. 736 de 20 de Novembro de 1850, art. 28), os tesoureiros das tesourarias gerais de províncias (cit. Decret. n. 736, art. 42 e tabela B), os tesoureiros de alfândegas (Decret. n. 2.647 de 10 de Setembro de 1860, art. 135) o tesoureiro da caixa de amortização (lei de 15 de Novembro de 1927, arts. 47 e 48).

Não é mister dizer que a citada disposição não entende com os tesoureiros e depositários, que suposto sejam de nomeação do governo, todavia não guardam dinheiros e bens do Estado, como o tesoureiro das loterias, os depositários públicos, os curadores de heranças jacentes, os tesoureiros dos cofres de orfãos.

(7) Lei de 27 de Agosto de 1830. Decret. de 7 de Out. de 1831, lei de 15 de Novemb. de 1831, art. 54.

(8) Exator (do latim *Exactor*) é todo o funcionário encarregado de cobrar e arrecadar impostos.

(9) Vej. Avis. de 29 de Julho de 1808. Lei de 4 de Out de 1831, art. 6, § 3, circular de 19 de Agosto de 1840.

(10) Decret. n. 736, art. 29 e 30.

II. Contra as pessoas que são prepostas para arrecadar, zelar e administrar coisas e bens da nação, como os almoxarifes (11), os administradores de fazendas e propriedades do domínio do Estado (12);

III. Contratos particulares que tomam por contratos, celebrados com a administração pública, a arrecadação de impostos (*rendeiros* ou *contratadores*) (13).

(11) Tais são os almoxarifes das repartições de guerra e marinha. Reg. de 21 e 23 de Fevereiro de 1932, Reg. de 28 de Fev. de 1861, art. 34 e seg.

A lei n. 1.257, cit. art. 3, § 5, não é expressa acerca dos almoxarifes; mas, atenta a natureza de suas funções, eles se incluem na classe dos *prepostos*: — tem sob sua guarda e administração gêneros, efeitos e materiais pertencentes ao Estado.

(12) Lei n. 1.257, cit. art. 3, § 5... "*administradores... prepostos*". O Estado pode ter e tem propriedades que ele explora por via de seus administradores e prepostos, como por exemplo, as fazendas que possuía na província do Piauí, a antiga Coudelaria da Cachoeira do Campo em Minas Gerais. Estes administradores são obrigados a dar contas dos rendimentos de tais propriedades, e pelos seus alcances o Estado tem hipoteca legal nos seus imóveis.

Mas se um particular, em vez de ser preposto do Estado, toma para si de arrendamento um prédio, uma propriedade do Estado, terá a fazenda pública hipoteca pelo preço do arrendamento? Não, porque a lei fala de preposto, de administrador, e o indivíduo que arrenda para si o próprio Estado, não entra na classe dos administradores ou prepostos do Estado.

(13) Lei n. 1.257, art. 3, § 5. No nosso antigo direito financeiro denominavam-se — *rendeiros* ou *contratadores* os particulares a quem o Estado, mediante um certo preço, dava por arrematação o direito de arrecadar uma espécie determinada de impostos, como o do sal, ou de exercer um ramo de indústria ou de comércio de privilégio do Estado, como o fabrico de cartas de jogo, o corte e venda do pau Brasil, a venda do tabaco. Vej. Reg. de fazenda de 17 de Out. de 1516, capits. 173, 174 e 177. Ord. 2, 63, Lei de 22 de Dezembro

IV. Contra os abonadores e fiadores dos responsáveis acima enumerados (14).

4. Da doutrina exposta resulta:

Que a hipoteca legal do Estado, pelo que respeita aos funcionários públicos, entende tão somente com os que teem a seu cargo receber dinheiro, ou bens nacionais, e tê-los sob sua guarda (15), e não com aqueles a quem incumbe fiscalizar-lhes a arrecadação e ordenar-lhes o emprêgo (16).

Que, pelo que concerne aos particulares, o Estado não tem hipoteca pela dívidas em que se possam achar para com ele, ou provenham de impostos (17), ou de con-

de 1761. T. 2, §§ 26, 33 e 34, e Alv. de 28 de Junho de 1808. T. 7, § 13 e seg.

Este sistema de arrecadar rendas não está hoje em uso entre nós, suposto a legislação moderna continue a autorizá-lo. Vej. Lei de 13 de Novembro de 1827, art. 1.º, Decret. n. 736, art. 26, § 4.

A hipoteca legal do Estado só diz respeito aos *rendeiros e contratadores*, tomados no sentido exposto. Denomina-se também *rendeiro* no nosso Direito o arrendatário de prédios rurais (Ord., 4, 54, § 3). Contra os *rendeiros* nesta acepção, ainda que o prédio pertença ao Estado, não se dá hipoteca legal.

(14) Lei n. 1.257, art. 3, § 5.

(15) O C. Civil franc. (art. 2.121) exprime-se com mais precisão do que a lei: "*sur les biens des receveurs et administrateurs comptables*".

(16) Como é o Tribunal do tesouro público nacional, os inspectores de tesourarias de fazenda e os de alfândegas. Vej. PONT, I, número 506.

(17) Salvo quanto aos impostos sobre imoveis, os quais constituem *onus real*. Lei n. 1.257, art. 6, § 4.

tratos, e quase contratos ou de quase delito, salvo pelas de contratos de rendas (18).

5. A hipoteca legal do Estado garante as responsabilidades pecuniárias dos funcionários e pessoas acima declaradas (n. 3), por alcance de contas, atrasos de entradas, perdas e danos resultantes de culpa ou negligência e lhes afeta os imóveis que forem especializados (19).

Constitue-se pelo título de nomeação, e desde a sua data (20). Se o cargo, porem, é daqueles que obrigam à fiança, a hipoteca só se reputa constituída pelo respectivo termo (21).

B) As províncias e as municipalidades são também pessoas jurídicas, capazes de possuir e adquirir bens

(18) Tais são as dívidas de particulares para com o Estado por compras de bens e efeitos públicos, por contratos de obras, etc.

(19) Lei n. 1.257, art. 2, § 10, art. 3, § 10.

(20) Decret. n. 3.453, art. 136, § 7.

(21) Decret. cit., art. 136, § 7.

Em rigor, os efeitos da hipoteca deviam começar da entrada do funcionário em exercício; mas a necessidade de dar maior segurança ao Estado e de precaver fraudes explica a citada disposição como ela se acha formulada. Compreende-se que um funcionário de má fé poderia aproveitar o prazo que medeia entre a sua nomeação e entrada em exercício, para subtrair seus bens à responsabilidade para com o Estado, por via de hipotecas simuladas.

No caso de fiança não há perigo em datar a hipoteca do respectivo termo, porque a fiança resguarda os interesses do Estado contra as fraudes que se praticassem depois da nomeação.

A hipoteca contra os rendeiros e contratadores começa de existir da data da assinatura do contrato.

Cumprе finalmente observar que a hipoteca legal do Estado só data da nomeação ou fiança, quando ela é especializada e inscrita dentro do prazo da prenotação. Vej. § 224 e seg. adiante.

(22). A lei lhes confere hipoteca, nos mesmos termos que ao Estado, contra os seus funcionários e as pessoas particularês que se acham para com elas nas mesmas relações de direito em que estão para com o Estado os funcionários e os particulares de que acima se fez menção (23).

CÓDIGO CIVIL

Art. 827 — A lei confere hipoteca : — 820.

À Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, sobre os imoveis dos tesoureiros, coletores, administradores, exatores, prepostos, rendeiros e contratadores de rendas e fiadores. — 844.

§ 204. — Hipoteca legal da Igreja e corporações de mão-morta

A igreja e as corporações de mão-morta, pela mesma razão que o Estado (24), são equiparadas aos menores e como a eles a lei lhes confere hipoteca sobre os imoveis das pessoas, a quem é cometida a guarda e a gestão de seus bens e a defesa de seus direitos (25).

1. A igreja, na matéria sujeita, é a pessoa moral, a quem pertencem os bens eclesiásticos (26).

(22) Vej. o At. Adicional e a Lei de 1.º de Out. de 1928.

(23) Lei n. 1.237, art. 3, § 5. Decret. n. 3.453, art. 136, § 7.

(24) Vej. o § antecedente. GUERREIRO, *Tract.*, 1, L. 4, capítulo 10, n. 71.

(25) Lei n. 1.257, art. 3, § 6.

(26) Há diversas opiniões acerca de quem seja o proprietário dos bens eclesiásticos. Vej. WALTER, § 246, MONTE, § 1.198. A que

2. No nosso direito se reputam corporações de mão-morta e, portanto, investidas da hipoteca legal:

- I. As ordens religiosas — conventos e mosteiros;
- II. As confrarias, irmandades e ordens terceiras;
- III. Os hospitais e as misericórdias (27).

Mas para que estas pessoas morais gozem da hipoteca legal, é mister que tenham sido constituídas de harmonia com as prescrições do direito (28).

nos parece mais jurídica é a que atribue a propriedade de tais bens, não à Igreja Universal, mas à igreja determinada, a cujo uso são aplicados como por exemplo, quanto aos bens paroquiais, à corporação dos fiéis que formam a paróquia sob a relação do culto divino. Dicendum est dominium rerum ecclesiasticarum residere penes ecclesiam illam particularem, cui talia bona applicata sunt pro dote... Nec persona aliqua singularis habet dominium, sed *sola communitas*; persona autem singularis non ut talis, sed ut pars et *membrum* communitatis, habet in ipsis rebus jus utendi. GONZALES TELLEZ in D. III, 13, c. 2; SAVIGNY, II, § 88, n. III. Si se trata de igrejas particulares fundadas por confrarias ou ordens religiosas, a propriedade dos bens aplicados à dotação e usos dessas igrejas pertence às mesmas confrarias e ordens.

A citada disposição da lei n. 1.257, art. 3, § 6, compreenderá também as igrejas dissidentes? Parece que sim: 1.º, porque tais igrejas são reconhecidas como pessoas morais pelo nosso Direito; 2.º, porque o citado § 6 não faz distinção.

(27) Vej. Ord., 1, 28, § 19; 2, 18, Lei de 14 de Julho de 1768 pr. e § 1.º. Provis. de 14 de Maio de 1770 e Alv. de 20 de Julho de 1793. RIEGER, II, § 76, B. CARN., I, 36, § 302, n. 1 e § 301, n. 1.

(28) Lei de 22 de Set. de 1828, art. 11, Lei de 12 de Agosto de 1834 (A. Adicional) art. 10, § 10, Decret. n. 2.711, de 19 de Dezembro de 1860, art. 33. Vej. B. CARN., § 1.º, T. 36, § 302, n. 2.

Não se consideram corporações de mão-morta, e consequência não tem hipoteca legal: os seminários (29), os méros recolhimentos (30), os montes de socorro e os pios, as caixas econômicas e as sociedades de socorros mútuos (31).

3. São por seus imóveis sujeitos à hipoteca:

I. As pessoas que recebem e conservam sob sua guarda os rendimentos e dinheiros das igrejas e corporações de mão-morta, como os fabriqueiros e os tesoureiros (32);

II. Os mesários, definidores e prepostos que administram bens pertencentes às mesmas pessoas morais (33);

(29) Vej. MONTE, § 1.163 e seguintes.

(30) Vej. BERARDI, *Dissert.*, 4, n. 10, 21.

(31) Lei n. 1.083, de 22 de Agosto de 1860, art. 2, § 1.º, 13-22, e Decret. 2.711, de 19 de Dezembro de 1860, cap. 4, 4, 7 e 8.)

Nenhuma destas entidades reúne os característicos de mão-morta. A corporação de mão-morta distingue-se pelo fim — vida religiosa, culto divino ou exercício da caridade; pela natureza jurídica da entidade — é a proprietária única dos bens que formam o seu patrimônio, sobre o qual os membros da corporação não tem nenhum direito nem presente nem futuro; e pela perpetuidade da sua duração. Vej. SAVIGNY, II, § 86, n. 2.

(32) Lei n. 1.257, art. 3, § 6. Sobre os fabriqueiros, vej. MONTE, § 495 e seguintes. São de nomeação dos bispos e prestam contas aos juizes de capelas. Vej. o Decret. n. 834, de 2 de Outubro 1851, art. 47, Aviso n. 115 de 27 de Abril de 1855, 5 de Novembro de 1858 a 25 de Janeiro de 1871.

(33) Lei n. 1.257, art. 3, § 6... "*prepostos*". As mesas das confrarias e irmandades exercem o governo econômico das mesmas confrarias e irmandades e prestam também contas aos juizes de capelas.

III. Os procuradores e síndicos que representam as ditas entidades e gerem os seus direitos e negócios (34).

4. Ficam sob a garantia da hipoteca as responsabilidades dos ditos prepostos para com a igreja e corporações de mão-morta, provenientes do exercício dos ditos cargos, a saber:

a) A obrigação de restituir os dinheiros e rendimentos recebidos;

b) A obrigação de indenizar as perdas, prejuízos e danos resultantes de negligência, culpa ou malversação (35).

5. A hipoteca das *igrejas e corporações* se constitui pelo título de nomeação do funcionário, e desde a sua data (36).

(34) Vej. B. CARN., L. 1, T. 36, § 298, n. 12, SAVIGNY, II,

(35) Ord., 1, 62, § 39. Decret. n. 834, de 2 de Out. de 1851. arts. 45, 46 e 47, B. CARNEIRO, L. 1, T. 35, § 298, n. 11.

(36) Decret. n. 3.453, art. 136, § 7. Os efeitos da hipoteca só começam da data da nomeação, se a inscrição é feita no prazo da pre-
notação.

TÍTULO IV

HIPOTECA LEGAL DOS OFENDIDOS E A DO COHERDEIRO

§ 205. — *Hipoteca dos ofendidos*

1. O delinquente é obrigado a satisfazer o dano que causa com o delito (1).

A reparação dos prejuízos e perdas que resultam do fato criminoso tem um caráter especial que a torna particularmente digna da proteção da lei. A moral, o direito, os interesses da sociedade requerem que a vida jurídica, perturbada pelo delito, seja restabelecida no seu estado normal, tanto quanto o permitem as forças humanas, isto é, que se sanem as consequências do crime, que o ofendido

(1) Cód. Criminal, art. 21 e segs.

A doutrina do Código Criminal acerca da satisfação do dano causado pelo delito é toda tirada do célebre livro de J. BENTHAM — *Princípios do Código Penal*, P. II, cap. 6 e segs.

O delito ou crime é uma das quatro *causas* das obrigações pessoais (contrato, quase-contrato, *delito*, quase-delito); os civilistas denominam as obrigações que resultam do delito — obrigações *ex delicto*. Vej. POTIER, *Oblig.*, n. 116, MAYNZ, *Oblig.*, § 281.

seja colocado na posição em que estaria se a lei não tivesse sido violada (2).

Daí a necessidade que a satisfação seja a mais completa possível (3).

E como meio de assegurá-la naqueles termos, a lei confere ao ofendido hipoteca sobre os imóveis do delinquente (4).

2. A *causa* da hipoteca é o delito — a ação ou omissão punida pela lei.

A hipoteca compete ao ofendido, quer seja ele uma pessoa física, como o homem, quer seja uma pessoa moral, como o Estado, ou uma corporação de mão-morta, uma sociedade mercantil (5); grava os imóveis do autor do delito (6), garante a obrigação de indenizar o dano causado e os juros simples e compostos

(2) BENTHAM, *Princíp. do Cód. Penal*, II, cap. 7.

(3) Cód. Criminal, art. 22, BENTHAM, *obr. cit.*, cap. 9 e 11.

(4) Cód. Criminal, art. 27, Lei n. 1.257, art. 3, § 7.

O Cód. Criminal (art. 30) conferia também hipoteca legal sobre os bens do delinquente pelas *multas* em que fosse condenado. Nesta parte a lei n. 1.257 derogou o Cód. Criminal. “Não há outras hipotecas senão as que esta lei estabelece”. Lei n. 1.257, art. 1.º. Ora, a hipoteca legal pelas multas não se acha entre as que a dita lei estabelece. A multa é pena e não reparação do dano causado.

(5) Lei n. 1.257, art. 3, § 7... “ao Estado e aos ofendidos”. Vej. SAVIGNY, II, § 92.

(6) Lei n. 1.257, art. 3, § 7, “sobre os imóveis do *criminoso*”. Se o crime é cometido por mais dum delinquente, a hipoteca afeta os imóveis de todos eles, porque são solidariamente responsáveis pela obrigação. Cód. Cr., art. 27.

O Cód. Criminal (art. 11), desviando-se da verdadeira doutrina (POTHIER, *Oblig.*, n. 118 e seg.), impõe aos que, segundo o artigo 10

3. O dano consiste nas perdas e prejuízos, suscetíveis de apreciação pecuniária, que o ofendido, em consequência do delito, sofre em sua fazenda e direitos (8).

(como menores de quatorze anos e loucos) não se devem julgar *criminosos*, a obrigação de reparar o mal causado.

O ofendido por ato daquelas pessoas terá hipoteca legal nos imóveis delas pela satisfação do dano causado? Sim, no domínio exclusivo de Código... “os seus bens contudo serão sujeitos a satisfação do dano causado”. Não, diante da lei n. 1.257:

1.º Porque a lei (cit. art. 3, § 7), diz... sobre os imóveis do *criminoso*, e as pessoas a que se refere o art. 10 do Cód. Criminal não se reputam *criminosos*. A lei de hipotecas é *strictissimi juris*; não admite interpretação ampliativa.

2.º Porque não subsiste a razão que determina a hipoteca. O mal causado por quem não tem imputação, ou por quem obra sem intenção, é um desastre, uma calamidade, mas não é a violação de um direito.

O Cód. Criminal (art. 28) também torna responsáveis pela satisfação do dano causado o senhor do escravo, autor do delito (até o valor do mesmo escravo), e o que gratuitamente participa dos produtos do crime (até a concorrente quantia). É a satisfação que BENTHAM, cap. 17 chama — *substitutiva*. Terá o ofendido hipoteca legal sobre os imóveis daqueles responsáveis pela satisfação substitutiva? Não, porque não são *criminosos*. Lei n. 1.257, art. 3, § 7.

(7) Cód. Criminal, art. 26, BENTHAM, obr. cit., cap. 11.

(8) As obrigações *ex-delicto*, obrigações que a hipoteca legal garante, não são senão obrigações de *dar coisa* (restituição da coisa destruída, Cód. Crim., art. 23) ou de *dar dinheiro*, o valor equivalente (Cód. Crim., art. 25).

O mal causado pelo delito pode consistir simplesmente em um sofrimento físico ou moral, sem relação direta ou indireta com o patrimônio do ofendido, como é o que resulta de ferimento leve que não impede de exercer a profissão, ou de ataque a honra. Nestes casos não há necessidade de satisfação pecuniária. Todavia não tem faltado quem queira reduzir o simples sofrimento físico ou moral a valor: são extravagâncias do espírito humano.

O mal que dá lugar a satisfação pecuniária é o que direta ou indiretamente (por via de consequência) ofende o indivíduo nos seus direitos relativos à propriedade no sentido amplo (§ 24 acima) e nos seus interesses legítimos: — Tal é o que ocorre quando a coisa é

4. O direito à indenização e com ele a hipoteca legal que lhe serve de garantia, passam aos herdeiros dos ofendidos, assim como a obrigação de satisfazê-la pelos bens da herança aos herdeiros do delinquente (9).

Esta hipoteca é *constituída* pelo delito e desde sua data (10).

CÓDIGO CIVIL

Art. 827 — *A lei confere hipoteca* : — 840.

VI — *Ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas* (art. 842, n. I). — 829.

§ 206. — *Hipoteca legal do coherdeiro pela torna ou reposição*

1. Nas partilhas de herança (*familiæ eriscundæ*) muitas vezes se costuma adjudicar a um herdeiro um bem que excede o seu quinhão, ou porque um tal bem não admite divisão, ou porque a divisão seria inconveniente: fi-

destruída ou subtraída; tal é o prejuízo que resulta ao ofendido que o delito inhabilita temporária ou perpetuamente de exercer a sua profissão. Nestes casos dá-se a obrigação de satisfazer o dano causado e com a dita obrigação nasce a hipoteca legal.

(9) Cód. Crim., art. 29, Lei n. 1.257, art. 3, § 7... "ao ofendido ou aos *seus herdeiros*". § 1. J. de perpet. et temporal. act. 4, 12.. Não é mister dizer que o herdeiro só fica obrigado pela satisfação dentro das forças da herança.

(10) Decret. n. 3.453, art. 136, § 8. Subsiste para a hipoteca a data do delito, se a inscrição é feita no prazo da prenotação. Vejl. § 227 e seg. adiante.

cando o mesmo herdeiro obrigado a repor aos outros o excesso em dinheiro (11).

Esta prática, a princípio tão somente fundada na autoridade do Direito Romano, recebeu afinal a consagração da lei escrita (12).

2. Na partilha em que se põe por obra o alvitre da *torna*, o herdeiro que é privado da parte em bens, a que corresponde a mesma *torna*, peora de condição, porque pelo domínio, pela própria coisa que perde, adquire um direito pessoal — o direito de haver o valor da reposição (13).

A prática da *torna* ou reposição se traduziria, pois, em uma injustiça, se a lei não viesse em auxílio do coherdeiro e não lhe desse uma garantia destinada a resguardá-lo contra as contingências a que o expõe a mudança de sua posição de credor de domínio para credor de uma simples obrigação pessoal.

(11) § 4, I. de offic. judicis, 4, 17: Et si in alterius persona praegravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia, sicut jam dictum est. condemnare. Fr. 52, §, D. famil. erisciscund. Vej. PONA, cap. 6, ns. 59, 60 e 61, PEREIRA DE CARVALHO, nota 191, MENEZES, cap. 3, § 12.

(12) Artig. de SIZA, cap. 6, § 4. “Outrossim, muitas vezes acontece entre os herdeiros que herdaram alguns bens de raiz, quando os querem partur por vir a boa igualdade e cada um haver diretamente o que lhe pertence haver, *tornarem* uns aos outros dinheiro por alguma melhoria que não em alguma parte da partição que assim fazem nos ditos bens”.

Alvará de 14 de Dezembro de 1775, § 9: “E mando outrossim que mais não torne a vir em dúvida a questão de se lançar a décima às *tornas* compensativas dos maiores valores de bens com que ficam aqueles que as fazem e as recebem”.

(13) A obrigação, imposta pelo juiz a um herdeiro para repor a outro o excesso do valor, é toda pessoal.

Esta segurança é a hipoteca legal que lhe é conferida contra o herdeiro obrigado à *torna* ou reposição (14).

3. A dita hipoteca recai sobre os bens de raiz da herança quinhoados ao herdeiro reponente (15): daí resulta que ela não grava os imóveis adjudicados a outros herdeiros (16); nem tão pouco os imóveis que o reponente possui e adquiriu por outro título, como compra e venda ou por herança de pessoa diversa.

A hipoteca garante a importância da torna.

4. Nas outras ações divisórias (*communi dividundo e finium regundorum*) é também admissível a prática

(14) Lei n. 1.257, art. 3, § 8.

(15) Lei n. 1.257, art. 3, § 8: “sobre o imóvel da herança adjudicado ao reponente”.

(16) Lei n. 1.257, art. 3, § 8... “pela torna”.

O citado § 8 do art. 3, foi, como se depreende de sua estrutura, evidentemente tirado do art. 1.272 do *Dig. Port.*, III.

O aludido art. do *Dig. Port.* consagra duas hipotecas legais em favor dos coherdeiros, — a hipoteca pela garantia do lote ou quinhão e a hipoteca pela torna. São duas coisas diversas.

O herdeiro que sofre evicção de um bem que lhe foi dado no seu quinhão, por esse bem não fazer parte da herança, tem direito a que cada um dos outros coherdeiros lhe refaça o prejuízo resultante. Segundo C. TELLES, no art. citado (1.272), o herdeiro que sofre a evicção naquele caso, tem hipoteca legal contra os outros herdeiros, sobre os imóveis da herança que lhe foram adjudicados.

Eis o art. do *Dig. Port.*:

“Os coherdeiros pelas *garantias* dos seus *lotes*, e pelas *tornas* que tem a haver de outros para serem inteirados, tem privilégio nos bens de raiz da herança, que a estes herdeiros foram adjudicados”. Artigo 1.272.

Teria o art. 3, § 8 da lei n. 1.257 consagrado a idéia de C. TELLES, quanto à hipoteca pela garantia do *lote* ou *quinhão* nos termos ditos? A redação do dito § 8 ressenete-se manifestamente das palavras

das tornas (17). Mas as tornas decretadas nestas ações não tem a garantia da hipoteca legal, porque a lei só a confere pelas tornas nas partilhas da herança (*familiæ esciscundæ*) (18).

5. A dita hipoteca se constitui pela partilha depois de julgada e desde a sua data (19).

CÓDIGO CIVIL

VIII — Ao co-herdeiro para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imovel adjudicado ao herdeiro reponente.

de C. TELLES; mas o § termina de uma maneira que parece excluir a hipoteca pela garantia do quinhão.

“Aos coherdeiros (art. 3, § 8) pela *garantia do seu quinhão ou torna da partilha sobre o imovel da herança adjudicado ao herdeiro reponente*”.

As palavras “*pela garantia do seu quinhão*” como que dão a entender a consagração da hipoteca legal pela obrigação que tem os demais herdeiros de comporem o prejuizo sofrido com a evicção. Mas a cláusula final “*sobre o imovel da herança adjudicado ao herdeiro reponente*” só tem sentido em relação à hipoteca pela torna, porque é pela torna que só é obrigado o reponente, ao passo que pela garantia do quinhão, no caso de evicção, são responsaveis todos os mais coherdeiros, e a hipoteca pela dita garantia, a ser concedida, gravaria todos os moveis da herança.

O que a este respeito nos parece, é — que houve equívoco. O legislador trasladando as palavras de C. TELLES tomou a frase — garantias pelos seus lotes — como se fossem sinônimas de *torna*.

Seja como for, o § 8, como está redigido, não pode ser entendido, senão como estabelecendo a hipoteca legal pela torna e não pela garantia do quinhão no sentido exposto.

(17) Quanto à *communi dividundo*, § 5, I, de officiis judic. 4, 17.

Quanto à *finium regundorum*, § 6, I, loc. cit.

(18) Lei n. 1.257, art. 3, § 8, pela *torna da partilha*.

(19) Decret. n. 3.453, art. 136, § 9.

CAPÍTULO III

HIPOTECA JUDICIÁRIA

§ 207. — Noção

1. Importa à ordem social que as decisões dos tribunais recebam a mais plena e completa execução (1). No sentido de assegurar essa execução, a lei confere às sentenças proferidas sobre questões do Direito Privado a virtude de criar, em favor do vencedor, hipoteca sobre os imóveis do condenado (2).

(1) Vej. PEREIRA E SOUZA, Not. 758, *LOBÃO, Execuç.*, § 1.º, TROPLONG, II, n. 435 bis, PONT., I, n. 569.

(2) O Direito Romano não conhecia a hipoteca judiciária no sentido que modernamente se lhe dá: o *pignus praetorium* e o *pignus judiciale* eram coisa diversa. Vej. MAYNZ, § 243, TROPLONG, II, n. 435 bis.

A hipoteca judiciária é propriamente criação do Direito Moderno. Em França ela foi pela primeira vez consagrada na Orden. de *Moulins*, art. 35. (Vej. TROPLONG, art. n. 435 bis).

Entre nós tem ela a sua fonte na Ord., 3, 84, § 14. A citada Ord. a concedia em caso particular. Das sentenças proferidas pelas relações subalternas ou por juizes de elevada categoria não era lícito apelar, mas sim interpor o recurso de *acovao ordinário* para a Casa da supplicação de Lisboa (PEREIRA E SOUZA, *Seg. Linh.*, § 344 e seg.). Este recurso suspendia a execução da sentença por seis meses, dentro

Esta hipoteca denominada — *judiciária* ou *judicial* (3), resulta direta e imediatamente da sentença, é um corolário della, como as hipotecas legais o são dos atos ou fatos que lhes servem de causas (4).

Há pois uma perfeita analogia entre a hipoteca judiciária e as legais no ponto de vista da sua geração (5); mas como divergem quanto aos efeitos, a lei separa uma de outras e da judiciária faz uma espécie distinta.

2. A hipoteca judiciária consiste no direito de se-
quela que compete ao exequente sobre os imoveis do con-

dos quais devia ser processado e julgado. Se o condenado não possuía bens de raiz, era obrigado, enquanto corriam os seis meses, a dar fiança, sob pena de se lhe fazer incontinentemente execução. Se, porém, tinha *bens de raiz*, esses bens ficavam desde logo hipotecados ao pagamento da execução.

Na hipótese aludida, a sentença estava como que passada em julgado, mas como por virtude do recurso não podia ser executada nos seis meses, a Ord. concedia ao vencedor a garantia da fiança ou hipoteca. E é esta a especialidade do caso.

Nos outros casos, que aliás são os que entram na regra comum, como a sentença quando passada em julgado pode logo ser executada, não havia necessidade, no conceito da Ord. da garantia da fiança ou da hipoteca.

No entanto os velhos praxistas e os antigos tribunais deram à disposição da citada Ord. um valor absoluto, e applicaram-na a todas as sentenças condenatórias, passadas em julgado, quer pendessem de *agravo ordinário*, quer não. No Alv. de 5 de Dez. de 1805 se faz alusão à citada Ord.

A lei n. 1.257, art. 312, refere-se claramente a aquela Ord. (4, 84, § 14), entendida com a amplitude que lhe dera a opinião dos es-
critores e a prática dos tribunais.

(3) Denominação do Direito francês, aceita pela Lei n. 1.257 (art. 9, § 27) e Decreto n. 3.453, art. 224.

(4) Vej. § 187 acima.

(5) Pont., I, n. 571.

denado, e por virtude do qual esses imóveis ficam sujeitos por um vínculo *real* à execução (6). Na natureza *real* do dito direito resulta que os imóveis por ele gravados podem ser penhorados e executados ainda em poder de terceiro, a quem fossem alienados com ou sem fraude (7).

E nisto se encerra toda a força da hipoteca judiciária. Falece-lhe, como já se observou em outro lugar, o segundo efeito da hipoteca — o direito de preferência (8).

CÓDIGO CIVIL

Art. 824 — Compete ao exequente o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado; mas, para ser oposto a terceiros, conforme valer e sem preferência, depende de inscrição e especialização.

§ 208. — *A hipoteca judicial e o direito de penhorar bens alienados em fraude da execução*

Não se deve confundir a hipoteca judicial e o direito de penhorar bens alienados em fraude da execução. São

(6) Ord., 3, 84, § 14: “E o que tiver *bens de raiz* que valham o conteúdo na condenação, *não os poderá alheiar*, durante a demanda, *mas logo ficarão hipotecados* por esse mesmo feito e por esta ordenação, para pagamento da execução”. Lei n. 1.257, art. 3, § 127. “Não se considera *derrogado* por esta lei o direito que ao exequente competê de *prosseguir* a execução da sentença contra os *adquirentes* dos bens do condenado”.

(7) A Ord., 3, 48, § 14, diz: ficarão “*hipotecados*”. A lei número 125, “contra os *adquirentes* dos bens”. A hipoteca judiciária, pois, subsiste, ou os bens tenham sido alienados em boa fé, ou em fraude da execução.

(8) *Dig. Port.*, III, art. 1.298, *Consolid. das L. Cívís*, artigo 1.278 e not. Decret. n. 3.453, art. 111.

direitos distintos, procedentes de causas diversas, regulados por princípios diferentes, e independentes um do outro.

1. O direito de penhorar bens alienados em fraude da execução (9) tem este fundamento — que a alienação fraudulenta, pois que é nula, não tira os bens do domínio do executor para o domínio do adquirente (10). Os ditos bens, portanto, continuam sujeitos ao pagamento das dívidas do executado (11).

O direito de sequela, efeito da hipoteca judiciária, resulta imediatamente da sentença e não requer como condição de sua existência a fraude da alienação (12).

(9) Ord., 3, 88, § 16. Esta Ord. trata da alienação de coisa *certa* que o réu é condenado a entregar, ou por ação real como a de reivindicação, ou por ação pessoal como a *ex empto*; não é porem expressa a respeito da alienação que faz de seus bens em fraude da execução o condenado a pagar coisa de quantidade, como dinheiro. Mas os tribunais e os praxistas, apoiando-se nos textos do Direito Romano acerca da ação *Pauliana*, ampliaram a disposição da citada Ord. à esta última hipótese. (Vej. *Pegas forens.*, capít. 5, n. 120, SILVA ad Ord., 3, 86, § 1.º, n. 33, PEREIRA E SOUZA, Nota 777). O Reg. n.º 737, de 25 de Nov. de 1850, art. 491, §§ 6 e 494 deu força legal àquela doutrina em matéria comercial.

(10) PEREIRA E SOUZA, Nota 777, n. V: “A alienação que é feita em fraude da execução *sempre é nula*... e por título nullo nunca sai a coisa do domínio do alienante”.

O Decret. n.º 3.453, art. 224, pressupõe a dita doutrina quando permite que a hipoteca judicial recaia em bens alienados em fraude da execução. Por que pode a hipoteca judicial ser inscrita sobre esses bens? — Porque eles continuam a permanecer no patrimônio, no domínio do executado.

(11) Vej. § 174, n. 5 acima.

(12) Ord., 3, 84, § 14... mas logo ficarão hipotecados. Lei n.º 1.237, art. 3, § 12: — “a prosseguir a execução da sentença contra os adquirentes dos do condenado”.

VOET, (*Pandect.*, 42, 8, n. 12) caracteriza perfeitamente bem a notada diferença: Pro fundamento non habet *fraudem* accipientis, sed

2. O direito de penhorar os bens alienados em fraude da execução só pode ser exercido, concorrendo os requisitos seguintes:

I. fraude da alienação.

II. ciência da fraude por parte do adquirente (*consciūs fraudis*).

III. que o executado não tenha outros bens (13).

A hipoteca judiciária, uma vez inscrita produz o seu efeito, contra o adquirente do imóvel declarado na inscrição, de uma maneira absoluta, incondicional sem dependência dos supracitados requisitos (14).

3. Do exposto resulta:

1.º Que o direito de penhorar bens alienados em fraude da execução é independente e pode existir sem a hipoteca judicial (15). Assim o exequente, a quem falece

jus pignoris prætorii, quod creditores per missionem in possessionem adepti sunt, adeoque quædam actionis hypothecariæ ex pignore prætorio descendens species est; competens... adversus eos, in quos facta ets alienatio... sive in bona fide fuerint, sive conscii fraudis atque participes, uti et adversus quosvis alios bona vel mala fide possidentes, cum propter nexum prætoris pignoris res in quem vis possessorum cum suo onore transferatur”.

(13) PEREIRA E SOUZA, Nota 777, n. V, VOET, *Pandect.*, 42, 8, n. 4.

(14) VOET, cit. n. 12.

(15) VOET, cit. n. 12: *Vel secundo intervenit alienatio ante missionem in possessionem, sed conscio fraudis atque participe eo, in quem res translata fuit; atque tunc rescissoria quidem actio dare non poterit, cum et hic deficiat jus pignoris prætorii, sed actionis Paulianæ termini habiles, — fraus nempe accipientis — his inveniuntur*

o favor da hipoteca judicial por não havê-la inscrito, não está inibido de fazer penhora nos bens alienados em fraude da sua execução (16).

2.º Que por seu turno o exequente que se acha armado da hipoteca judiciária, pode exercer o direito de penhorar e executar os imóveis sujeitos à dita hipoteca, embora a alienação não houvesse sido feita em fraude da execução, e tenha o executado outros bens (17).

(16) Este direito não carece do vínculo hipotecário, porque, como acima se disse, a alienação em fraude da execução é nula, e como tal deixa os bens no domínio do executado, — caso em que, segundo as regras comuns e sem necessidade do favor da hipoteca, ficam sujeitos à execução.

(17) VOET, cit. n. 12: Vel denique post missionem res a debitores translatae sunt in alium, sed *fraudis hinc conscium*; atque tunc sola locum invenit actio rescissoria *ex jure* in ré seu pignore praetorio; *non item* regulariter *Pauliana actio*, cui *plerumque sebducti* habentur qui *fraudis participes non sunt*.

Tem-se querido sustentar doutrina contrária a que fica exposta no nosso texto, isto é, — que o direito de penhorar bens alienados em fraude da execução não pode ser exercido pelo exequente, se a sentença não foi inscrita. E' um erro, e um tal erro provem de se pensar que a lei n. 1.237, art. 3, § 12, nas palavras “não se considera derogado por esta lei o direito que ao exequente compete de prosseguir a execução...” se refere ao direito de penhorar bens alienados em fraude da execução.

A lei naquelas palavras não alude ao dito direito, isto é, à Ord., 3, 86, § 16, mas sim à Ord., 3, 84, § 14, na qual se acha consagrada em termos expressos a hipoteca judiciária.

Não alude, nem pode aludir à Ord. 3, 86, § 16, porque o direito deduzido desta Ord. nada tem de hipotecário; é o direito comum de todo o exequente de executar os bens do executado, enquanto se conservam sob seu domínio, porque a alienação em fraude da execução, nula como é, não tira os bens do patrimônio do executado.

No entanto a Ord., 3, 84, § 14 firma a existência da hipoteca judiciária nos termos os mais positivos. E a hipoteca por ela reconhe-

§ 209. — *Quais as sentenças que produzem a hipoteca judiciária*

1. Nem toda a sentença produz a hipoteca judiciária; produzem-na tão somente as que *condenam* a parte a cumprir uma *obrigação* (18). Na verdade não há hipoteca, senão como acessório de uma obrigação.

2. Assim que: não criam hipoteca, por serem meramente declaratórias ou confirmativas (19): a sentença

cida, ainda no domínio exclusivo da mesma Ord., produzia os seus efeitos contra os terceiros adquirentes, embora a alienação não fosse fraudulenta. *Veja Doutrina das Ações*, § 119 e nota 213.

Ainda mais: o direito de executar bens alienados em fraude da execução não é senão a própria ação Pauliana exercida diretamente por via da penhora, independentemente do processo ordinário, favor concedido, quando a alienação é feita estando já a execução aparelhada (PEREIRA E SOUZA, Nota 777).

Ora o direito que faz objeto da ação Pauliana e a hipoteca são coisas diversíssimas (VOET, *Pandect.*, 42, 8, n. 12). É preciso, pois, forçar a natureza das coisas e atribuir ao legislador ignorância para dizer que ele tivera a intenção de converter um direito tal em hipoteca, e sujeitá-lo às formalidades da hipoteca.

(18) Ord., 3, 84, § 14:... “o *condenado* que não tenha bens de raiz. “E o que tiver bens de raiz que equivalham o conteúdo na *condenação*... mas logo ficam *hipotecados*... para *pagamento* da execução”. Lei n. 1.237, art. 3, § 12:... prosseguir a execução da sentença contra os adquirentes dos bens do *condenado*. *Veja* TROPLONG, II, n. 438.

(19) TROPLONG, cit. n. 438, MOURLON, III, n. 1.462

A sentença, como se sabe, pode ser condenatória (de dar ou de fazer ou não fazer) ou declaratória, como nas questões de estado das pessoas, ou conter adjudicação, como as vezes acontece nas ações divisórias, ou simplesmente confirmativas, como quando homologa atos judiciais ou extrajudiciais, como a de partilhas, a que insinua doações.

que julga nulo o reconhecimento de filiação natural (20), a que declara procedente a ação de negação de paternidade (21), a que julga partilhas judiciais ou amigáveis, a que homologa concordatas (22).

3. Mas, eis que a sentença condena a uma obrigação, a hipoteca se gera, quer a obrigação seja de dar (*dandi*), quer de fazer ou não fazer (*faciendi aut non faciendi*) (23).

Se a obrigação é de dar dinheiro, cessa toda a dúvida. Se é de entregar coisa, e a coisa não pode ser entregue por dolo ou culpa do condenado, resolve-se a obrigação na de indenizar o valor (24). Se é de *fazer* ou *não fazer*, e a parte não quer executá-la, converte-se igualmente na de perdas e danos (25).

(20) Quando é intentada só para a questão de estado da pessoa e não se cumula com outras, como com a petição de herança.

(21) Nos mesmos termos da nota antecedente.

(22) A concordata é um puro acordo entre o falido e os credores. Homologando-a, o juiz não faz senão confirmar, aprovar um tal acordo, mas não condena o falido a cumpri-lo. No direito francês prevalece doutrina contrária porque o C. C., art. 2.123 é mais amplo: "Elle résulte aussi des reconnaissances ou verifications faits en jugement".

(23) Vej. § 177, n. 1, acima.

(24) Ord., 3, 86, §§ 16 e 17. PEREIRA E SOUZA, Nota 786, LOBÃO, *Execuç.*, § 199, *Doutr. das Aç.*, § 348. O réu que é condenado ou em ação real ou em ação pessoal, como a *ex empto*, a entregar coisa certa, pode ser forçado pela sentença a pagar a estimativa, se extraviou a coisa ou a deixou perecer por culpa sua. Ord. cit. e § 177, n. 1, acima.

(25) POTHIER, *Oblig.*, n. 157, MELLO, 4, 2, § 5.

PEREIRA E SOUZA (Nota 722 e 869) reproduzindo a doutrina dos velhos praxistas sustenta que o réu pode ser forçado a cumprir pessoalmente a obrigação de fazer, sob *pena de prisão*. Esta opinião, alem

4. Por força da mesma doutrina não tem a virtude de produzir hipoteca, ainda quando homologados por sentenças, os termos e os atos judiciais, pelos quais as partes contraem obrigações uma para com outras (26). Em casos tais a obrigação tem por fonte o acordo ou ato livre

de repugnar à dignidade do homem, não tem apoio na nossa legislação. Não há lei impondo a prisão em tal caso e, como é sabido, a prisão não pode ser decretada sem lei expressa.

Se a coisa, que o condenado se obrigou a fazer, é de natureza tal que pode ser feita por terceiro, como construção ou demolição de obras, recusando ele cumprir a sentença, o vencedor pode mandar fazer a obra por outrem e após executá-lo pelo custo com a própria sentença condenatória depois de liquidada.-C. TELLES, *Doutr. das Aç.*, § 378, *Manual do Process. Civil*, § 428.

Nos nossos *preceitos cominatórios* ou ações de *embargos à primeira* o réu pode ser condenado a fazer ou não fazer coisa determinada, sob certa pena que pode ser pecuniária; mas no caso de infração ou inobservância do *preceito*, a pena não pode ser havida senão por nova ação (*Doutr. das Aç.*, 205, *Loz.*, *Aç. Sum.*, § 570).

Produz hipoteca a sentença que impõe o preceito? Parece que sim, porque a sentença condena a uma obrigação e traz de ordinário liquidado o prejuízo da *execução*, que vem a ser a pena cominada. A nova ação só é necessária para firmar a inobservância ou quebra do preceito.

Os escritores franceses disputam se a sentença que condena à prestação de contas, gera a hipoteca judiciária. TROPLONG (II, n. 439) resolve que não. Na nossa prática esta questão não tem objeto. A sentença condena a prestar contas, sob pena de ser tomada à revelia. Se o réu não a presta, é tomada à revelia, isto é, a sentença, a despeito da inação do condenado, é executada. A hipoteca é produzida pela sentença que julga as contas e condena o réu no alcance.

(26) Tais são os termos de fiança, as transações, pendente a lide, os termos, pelos quais as partes se conciliam perante os juizes de paz.

das partes, e não é objeto de condenação por sentença (27).

5. A hipoteca judiciária só se reputa constituída, depois que a sentença passa em julgado, isto é, depois que se torna exequível (28).

Se o objeto da condenação é ilíquido, como acontece no caso de indenização do valor da coisa, ou de perdas e danos, esta circunstância não influe na geração da hipoteca, mas importa para a inscrição. A sentença não poderá ser inscrita senão depois de liquidada (29).

(27) As sentenças de homologação, como é sabido, nada acrescentam ao acordo das partes, comunicam-lhe apenas um maior grau de autenticidade.

Os termos, pelos quais as partes se conciliam, embora sejam exequíveis, como sentenças passadas em julgado, não são todavia sentenças condenatórias; tem apenas o caráter e a natureza de acordo formulado em juízo. TROPLONG, II, n. 448. Não se deve confundir os ditos termos com as sentenças que os juizes de paz proferem em causas de sua alçada; estas sentenças, quando condenatórias, produzem a hipoteca judiciária.

(28) Ord., 3, 84, § 14, Decret. n. 3.453, art. 136, § 10.

(29) A hipoteca, ou tenha por causa a convenção, ou a lei, ou a sentença, se reputa existente desde que ocorre o ato ou fato de que ela resulta. A inscrição, atributo da hipoteca, a pressupõe e só é necessária para que ela valha contra terceiros.

O Decret. n.º 3.453 não previne esta hipótese.

O art. 224 diz que a hipoteca judiciária se considera *especializada* pelo valor da sentença. Mas se o valor é ilíquido, como tantas vezes acontece? A sentença não poderia ser inscrita senão depois de liquidada.

CAPÍTULO IV

HIPOTECA CONVENCIONAL

§ 210. — *Condições*

A hipoteca é um desmembramento do domínio (1). Aquele que a constitui transfere um direito real sobre o imóvel: pratica, portanto, um ato de alienação (2).

Daí vem que a hipoteca requer na pessoa de quem a confere duas condições, a saber:

- I. Capacidade para alienar o imóvel.
- II. Domínio na coisa que vai ser hipotecada (3).

Na falta destas condições ou de uma delas, a hipoteca não pode ser estipulada.

(1) Vej. § 175 acima.

(2) BARBOSA ad. Ord., 4, 48, n. 10, GUERREIRO, *Tract.*, 2, L. 6, cap. 2, n. 14, PONT, II, n. 508, TROPLONG, II, n. 460.

A alienação no caso sujeito não é do domínio todo, senão de um fragmento. O direito real denominado — hipoteca se destaca da pessoa do senhor do imóvel, e passa para o credor hipotecário. Vej. os parágrafos 25 e 175 acima.

(3) Lei n. 1.237, art. 2, § 4.º: Só pode hipotecar quem pode alheiar. E só pode alheiar quem tem o domínio e está na livre administração de seus bens. Vej. PONT, II, n. 608 e ZACHARIAE, § 266.

CÓDIGO CIVIL

Art. 756 — *Só aquele que pode alienar, poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar. Só as coisas que se podem alienar, poderão ser dadas em penhor, anticrese, ou hipoteca. — 70, 72.*

Parágrafo único. O domínio superveniente revalida, desde a inscrição, as garantias reais estabelecidas por quem possuía a coisa a título de proprietário. — 622, 848.

I. § 211. — A) Capacidade para hipotecar

A capacidade para hipotecar é determinada, não pela capacidade de se obrigar, mas pela capacidade de alienar.

Há com efeito pessoas que podem contrair obrigações, mas que não podem alienar imóveis: — tais são os menores emancipados (5); os casados que ainda não completaram vinte e um anos de idade (6), e os herdeiros ou curadores provisórios (7).

A dita proibição compreende virtualmente a hipoteca convencional, porque a hipoteca envolve a alienação duma parte do domínio (8).

(4) Lei n. 1.237, art. 2, § 4. *Prohibitum alienari, hypothecare prohibitum etiam censetur.*

(5) Ord., 1, 88, § 28. *Direit. de família*, § 159.

(6) Ord., cit., *Direit. de família*, cit. § 159.

(7) ROCHA, § 397, *Direit. de família*, § 178.

(8) *Olea*, de Cess. jur. T. 2, q. 1, n. 33: *Qui immobilia alienare non potest, nec jus quod ad ea habet, transferre valet.*

Certamente as dívidas que o menor emancipado ou casado contrai, obrigam os imóveis que lhe pertencem. Mas vai grande diferença entre obrigá-los indiretamente e obrigá-los diretamente pela hipoteca

Assim pois a capacidade de *se obrigar* não inclui em si a capacidade de hipotecar: mas a capacidade de alienar contém a de hipotecar.

Daí a regra fundamental: — só pode hipotecar quem pode alienar (9).

§ 212. — B) *Quais as pessoas capazes de hipotecar*

Toda pessoa, física ou moral, que está no exercício pleno da capacidade de alienar imóveis, pode hipotecá-lo para segurança de dívida sua ou de terceiro (10).

1. O homem casado, sem outorga da mulher, não pode alienar imóveis comuns ou próprios (11); nem, por consequência, sem a dita outorga, hipotecá-lo (12).

2. A lei reconhece naquele que é senhor de um imóvel e se acha na livre administração de seus bens, o direito de hipotecá-lo para garantir obrigação de terceiro. É um

convencional. Esta diferença se acha fortemente acusada em outras disposições de lei: O marido, por exemplo, não pode alienar ou hipotecar sem outorga da mulher, imóveis do casal. Não obstante, os ditos imóveis ficam sujeitos às dívidas que contrai independentemente de consentimento da mulher.

(9) Lei n. 1.237, art. 2, § 4, Decret. n. 3.457, art. 124.

(10) Lei n. 1.237, art. 2, §§ 4 e 7. Decret. n. 3.453, art. 127.

(11) Ord., 4, 48, *Lobão à Mello*, 2, 8, § 18.

(12) Lei n. 1.237, art. 2, § 4, Cód. Com., art. 267. Já era a opinião dominante no Direito preexistente. Vej. GAMA, Decis. 108, n. 6, GUER., *Trat.*, 2, L. 6, cap. 12, n. 14, BARBOSA ad Ord., 4, 48, número 10.

direito que deriva logicamente do domínio: quem é dono de uma coisa, pode dar-lhe o destino que lhe aprouver, como, por exemplo, sujeitá-la ao pagamento de dívida alheia (13).

3. E', porem, de notar, que a hipoteca em favor de dívida de terceiro não reveste a natureza de fiança, salvo declaração expressa (14).

Aquele que constitue uma hipoteca nos termos ditos, não toma a responsabilidade pessoal pela dívida, mas tão somente submete, por um vínculo real, o imóvel seu ao pagamento da dívida garantida: contrae, não uma obrigação *pessoal*, mas uma obrigação *hipotecária*, isto é, a de pagar a dívida pela coisa hipotecada e dentro das forças e valor dela (15). Não lhe são, pois, aplicáveis as regras da fiança. Assim, não responde por seu patrimônio pela dívida, ainda que o imóvel hipotecado pereça ou o valor dele não seja suficiente para cobrir toda a dívida (16); nem tão pouco pode invocar o benefício de ordem (17).

Todavia aquele que hipoteca bens seus por dívida de terceiro não está inibido de tomar a responsabilidade de

(13) Lei n. 1.237, art. 2, § 7. Decret. n. 3.453, art. 127.

(14) Lei cit., art. 4, § 7: Não só o fiador, *porem, qualquer terceiro* pode hipotecar seus bens pela obrigação alheia.

(15) MERLIN, verb. *Hypoth.*, Sect. 2, § 3, art. 6, n. 6, ZACHARIAE, § 266, nota 6, PONT, II, n. 608.

(16) PONT, II, n. 608. O fiador responde pessoalmente por toda a dívida.

(17) Vej. Ord., 3, 92; 4, 59 pr., *Doutr. das Aq.*, § 339, n. 1 e nota 768.

fiador (18). Neste caso, além da obrigação hipotecária, contrae a obrigação pessoal do fiador.

CÓDIGO CIVIL

Art. 764 — Salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por dívida alheia, não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando, por culpa de outrem, se perca, deteriore, ou desvalie.

§ 213. — C) Incapazes de hipoteca: a mulher casada

A mulher casada, qualquer que seja o regime de bens do casamento, incide sob o poder do marido e fica por esse fato constituída em estado de incapacidade (19). Não pode, portanto, alienar nem hipotecar os imóveis comuns ou próprios (20).

Todavia o dito princípio não é tão rigoroso que não sofra derrogações. Há na verdade situações em que é lícito à mulher casada alienar e hipotecar bens: — o que ocorre nos casos seguintes:

1. Quando se acha separada do marido por divórcio perpétuo passado em julgado. A mulher, desquitada

(18) Lei, art. 2, § 7: “Não só o fiador... Decret. n. 3.453, art. 127, PONT, II, n. 608.

(19) ПРИБ., Decis. 62, n. 5; Decis. 98, ns. 3 e 4, CABEDO, P. I. Decis. 106, n. último, LOB., *Not. à Mello*, L. 2, 8, § 18, número 40.

(20) Lei n. 1.237, art. 2, § 4. Vej. *Direito de família*, § 38, n. 4, §§ 65, 70, 83 e 91.

nos termos ditos, readquire a plenitude de sua capacidade (21).

2. Quando é maior de dezoito anos e exerce, de consentimento do marido, profissão mercantil (22).

A mulher casada comerciante é reputada em Direito capaz para todos os atos de mercância; pode, pois, alienar e hipotecar os imóveis incomunicáveis que são próprios dela (23) e ainda os dotais (24). Nesta faculdade, porém, não se compreende a de alienar ou hipotecar os imóveis comuns e os incomunicáveis do marido, salvo consentimento dele (25).

3. Pode finalmente a mulher casada hipotecar os imóveis que o marido doou à concubina e que ela reivin-

(21) *Peg. Forens.*, 9, n. 354, GUERREIRO, T. 2, L. 6, cap. 8, ns. 37, 40, 50, 51, 68 e 81, *LOB., Not. à Mello*, 2, 9, § 21, n. 9. *Vej. Cód. Com.*, art. 1.º, § 4. *Direit. de família*, § 35.

(22) *C. Com.*, art. 27.

(23) *Cód. Com.*, cit., art. 37, verb. "Poderá, porém, obrigar, etc. Imóveis incomunicáveis; ou no regime dotal, ou no de simples separação de bens.

(24) *Cód. Com.*, art. 27: "Poderá, porém... hipotecar validamente os bens *dotais*". Neste ponto o nosso *Cód. Com.* se afastou imprudentemente da doutrina do *Cód. Com. Francês*, art. 7, segundo o qual não é ilícito à mulher casada comerciante alienar e hipotecar os imóveis dotais.

O dote é a garantia da mulher e da família contra as vicissitudes da fortuna. A permissão à mulher comerciante para aliená-lo destrói pela raiz aquela garantia, e dá lugar a graves abusos de que já abundam exemplos.

Não basta a simples autorização para comerciar conferida pelo marido; é preciso que a mulher exerça efetivamente a profissão de comerciante.

(25) *Cód. Com.*, art. 27. A redação deste artigo é defeituosa. Veja-se a Nota III do *Direito de família*.

dicou (26). Nestes bens a mulher adquire domínio exclusivo e dispõe livremente deles.

§ 214. — D) *Filho-famílias, menores e interditos*

A) 1. Os *filho-famílias*, enquanto menores, se conservam sob a absoluta tutela dos pais; não podem, portanto, alienar nem hipotecar os imóveis de sua propriedade (27).

Depois que se tornam maiores, nada há que lhes vede hipotecar os imóveis, que pertencem à classe dos castrenses ou quase-castrenses, ou dos adventícios extraordinários (28); porquanto, em relação a estes pecúlios, são havidos como pessoas revestidas de plena capacidade (29).

Quanto aos adventícios ordinários, não lhes é permi-

(26) Ord., 4, 66: . . . “E essa coisa que ela a si demandar e vencer, queremos seja *sua própria insolidum*, sem seu marido haver em ela parte, e que *possa fazer dela tudo que lhe aprouver*, assim e tão perfeitamente como se não fosse casada”.

Poderá a mulher casada hipotecar, sem consentimento do marido os imóveis, sobre os quais reservou em pacto ante-nupcial a livre administração e disposição, e os que lhe foram doados ou deixados com uma tal cláusula? — Não, porque, segundo o nosso Direito, nenhum dos cônjuges pode alienar imóveis, ainda próprios e sob sua exclusiva administração, sem acordo do outro (Ord., 4-48), salvo nos casos expressos em lei.

(27) Vej. *Direit. de família*, § 116, n. II.

(28) Vej. a Obr. citada §§ 115 e 116.

(29) C. 6. 7. C. de bonis quæ liber. (6, 61); fr. 2, D. ad Senat. Maced. 14, 16, HUBER, *Pandect.*, 20, 3, n. 4.

tido aliená-los e hipotecá-los, enquanto permanecem sob o pátrio poder e subsiste o usufruto do pai (30).

2. Podem alienar e por consequência hipotecar bens de raiz para acudir às necessidades de seu comércio.

a) O filho-famílias, maior de dezoito anos que exerce profissão mercantil, de consentimento do pai dado por escritura pública (31);

b) O filho-famílias maior de vinte e um anos associado ao comércio do pai (32);

c) O filho-famílias maior de vinte e um anos que com autorização *escrita* do pai levanta estabelecimento comercial (33).

B. 1. Os *menores* e os *interditos* não podem alienar seus bens, nem portanto hipotecá-los (34).

(30) Vej. Ord., 4, 97, § 19, T. 98, L. 1, 88, § 6, C. 1, C. de bon. matern. 6. 60.

(31) Cód. Com., art. 1, n. III, verb. "Os filho-famílias..."

(32) Cód. Com. citado, art. 1, n. III, ver. "O filho maior de vinte e um anos..."

(33) Cód. Com., cit., art. 1, n. III, verb... "e o que com sua aprovação..."

Se o filho-família é maior de dezoito anos e menor de vinte e um, para comerciar precisa de autorização do pai provada por *escritura pública*; se é maior de vinte e um anos, basta autorização por *escrito particular*, ou que esteja associado ao comércio do pai.

(34) Não podem constituir hipotecas por convenção, porem são incapazes, mas os seus imoveis estão sujeitos à hipotecas legais, e à judiciária. Assim, se o menor de vinte e um anos, mas maior de dezete anos comete um delito, os seus bens ficam legalmente hipotecados à indenização do dano causado. VOET, *Pandect.*, 27, 9, n. 4: *Diversum est, si de pignore non conventional sed legali questio sit: quippe quo etiam pupillaria bona gravari obtinuit.* TROPLONG, II, números 481 e 482.

2. Não podem igualmente hipotecar os seus imóveis os menores emancipados e os menores casados, enquanto não completam vinte e um anos de idade, salvo precedendo decreto judicial (35).

3. Os menores emancipados, quando exercem profissão mercantil, não ficam inibidos de alienar e hipotecar os seus bens, sempre que assim o exijam as necessidades da sua mercância (36).

§ 215. — E) *Falidos, herdeiros provisórios e corporações de mão-morta*

I. 1. Os falidos ficam privados do direito de administrarem os seus bens e dispor deles, desde o *dia da publicação* da sentença de abertura da falência (37). E

(35). Ord., I, 88, § 28: E havendo o menor *tal carta* ou sendo *casado e de idade de vinte anos...* vendendo ele ou enlheando ou obrigando alguma possessão de raiz, com consentimento e autoridade da justiça... não poderá usar do benefício de restituição. E fazendo ele a dita enlheação ou obrigação *sem autoridade de justiça*, o *tal contrato* será *nenhum e de nenhum valor*. C. 4, C. de his qui veniam ætatis: Eos qui veniam ætatis... impetraverunt... non solum alienationem^a sed etiam hypothecam minimé posse decreti interpositione rerum suarum immobilium facere jubemus.

(36) Cód. Com., art. 1, n. II e art. 26. *Menores emancipados*, isto é, os que obtiveram carta de emancipação. Vej. *Direito de família*, § 158, n. 2.

A capacidade dos menores, dos filho-famílias e das mulheres casadas comerciantes é restrita aos atos do comércio; a hipoteca; portanto, por eles contraída, só é válida quando conexa com a mercância. Na dúvida, os atos de uns e outros se *presumem comerciais*. Cód. Com., art. 26.

(37) Cód. Com., art. 826. A lei respeita a boa fé dos terceiros que entram em negócio com a pessoa falida, e por isso faz datar a incapacidade da publicação da sentença que abre a falência.

por consequência não podem dessa data por diante hipotecá-los.

Ainda mais: a hipoteca que estipularem entre a *data da sentença* e a *da publicação* da mesma sentença será sempre ineficaz, porque a inscrição depois da data da sentença é nula (38).

2. Da doutrina exposta resulta que são válidas as hipotecas constituídas pelos falidos, antes da data da sentença que lhes abre a falência.

Este princípio, porem, sofre uma exceção:

E' nula de pleno direito a hipoteca estipulada pelo falido dentro dos quarenta dias, precedentes à época legal da quebra, para garantir dívida contraída em data anterior à escritura da mesma hipoteca (39).

A circunstância de ser a hipoteca constituída dentro do prazo dos quarenta dias por *dívida que já se achava contraída*, firma a presunção de fraude, presunção à que a lei dá um caráter absoluto e indiscutível.

Mas se a hipoteca, estipulada no aludido prazo, garante dívida que se contrae na mesma data, desaparece a presunção de fraude e a hipoteca é válida (40).

3. A incapacidade do falido não é absoluta, senão relativa aos bens, direitos e ações que estão obrigados ao seu passivo. Os bens incomunicáveis da sua mulher, o pe-

(38) Decret. n. 3.453, de 26 de Abril de 1865, art. 134.

(39) Cód. Com., art. 827, § 2, lei n. 1.237, art. 2, § 11, Decret. n. 3.453, art. 132.

(40) Decret. n. 3.453, art. 133.

pecúlio dos filhos e as coisas que lhe houverem sido doadas ou deixadas com a cláusula de não ficarem sujeitas às suas dívidas, se conservam e continuam sob sua posse e administração. Em relação a estes bens subsiste a capacidade do falido. E' pois fora de dúvida, que podem hipotecar aqueles cuja condição jurídica não repugna à hipoteca (41).

4. As pessoas não comerciantes que caem em estado de insolvabilidade, conservam em toda a plenitude a capacidade civil; não ficam, portanto, inibidas de validamente hipotecarem os seus imóveis a qualquer dos seus credores (42).

II. Os herdeiros provisórios, isto é, aqueles a quem é deferida a curadoria de herança de pessoa que se presume morta, não podem enquanto a sucessão não se torna definitiva (43), dispor de bens de raiz, nem por consequência hipotecá-los (44).

(41) Como são os bens incommunicaveis da mulher, quando alienaveis, o pecúlio adventício do filho em certos casos, como para contrair empréstimo destinado a pagar dívida de que o pecúlio venha onerado.

(42) ZACHARIAE, § 266: "Le débiteur non commerçant qui se trouve en état de *deconfiture* ne perd pas le droit de hypothéquer ses immeubles". TROPLONG, III, n. 662, PONT, II, n. 622.

(43) Vej. Ord., I, 62, § 38. Reg. do Desemb. do Paço; art. 40, Decret. de 15 de Junho de 1859, art. 47 e seg. *Direit. de família*, § 176 e seg. A estes herdeiros o nosso Direito denomina curadores provisórios.

(44) ROCHA, § 397, *Dig. Port.*, II, art. 761 e 762, Cód. C. P. Port., art. 76.

A hipoteca que o herdeiro provisório constitui em imóvel da herança fica sujeito à condição resolutiva inerente à sucessão, isto é, se

III. Não podem igualmente as ordens regulares hipotecar os seus imóveis, sem licença do govêrno (45).

Não compreende a dita proibição as igrejas, confrarias e irmandades, às quais é permitido dispor dos seus moveis e imóveis, guardadas as prescrições dos seus compromissos e as solendades de direito (46).

II. § 216. — A) *Segundo elemento da capacidade de hipotecar: — domínio*

1. A capacidade de hipotecar, alem do poder de alienar, requer na pessoa de quem constitue a hipoteca, domínio sobre a coisa hipotecada (47).

Assim só pode hipotecar aquele que é senhor do imóvel (48).

E' nula a hipoteca constituída em bens de terceiro (49).

resolverá, se aparecer o ausente ou parente mais próximo. Vej. *Direito de família*, § 179.

(45) Lei de 9 de Dezembro de 1830. Decret. n. 655, de 28 de Novembro de 1849, Decret. n. 834 de 2 de Out. de 1851, art. 44, § 3, *in fine*, Avis. n. 115, de 21 de Março de 1863.

(46) Avis. de 26 de Fev. de 1851, e n. 248, de 17 de Novembro de 1853.

(47) Lei n. 1.237, art. 2, § 6, art. 4, § 8.

(48) C. 6, C. Si aliena res pignori dat. 8, 16, MAYNZ, § 241, nota 9.

(49) Lei n. 1.237, art. 2, § 6; C. Unic. C. Si com res pignorat. sit, 8, 21, MAYNZ, § 241, not. 10, TROPLONG, II, n. 518.

2. Mas não raro acontece hipotecar o devedor coisa que não lhe pertence, mas que posteriormente entra para seu domínio por título oneroso ou gratuito (50).

Terá a aquisição posterior a virtude de revalidar a hipoteca preexistente? A nossa lei resolve expressamente esta questão. A aquisição posterior do domínio só revalida a hipoteca anterior quando quem a constituiu estava na posse do imóvel, em boa fé e com justo título (51), isto é, quando tinha o imóvel sob sua posse, com os requisitos para a prescrição aquisitiva ordinária (52).

(50) Como doação, herança, compra e venda.

(51) Lei n. 1.237, art. 2, § 6, Decret. n. 3.453, art. 126.

A citada lei aceitou a opinião de ACCURSIO: *Accursius ait dare hypothecariam si tempore conventi pignoris debitor eam rem bona fide possidebat, quoniam propter bonam fidem eo tempore quodam modo in bonis debitoris fuisse intelligitur; non, si eam rem mala fide possidebat.*

Quer isto dizer que a aquisição posterior só revalida a hipoteca, quando o devedor ao tempo em que a constituiu, tinha sobre o imóvel a propriedade *publiciana*, isto é, estava em via de prescrevê-la.

Se o devedor possui em boa fé, mas não tem justo título? A aquisição, a não ser pela prescrição trintenária, não revalida a hipoteca. A lei não admite discussão; é terminante — exige justo título.

Sempre que a aquisição se consuma por prescrição, ordinária ou extraordinária, a hipoteca, que fora constituída no decurso do prazo, se reputa revalidada porque a prescrição para todos os efeitos retrotraí a sua virtude ao começo da posse. (Veja acima § 79, n. 5).

A lei (art. 2, § 6) requer a boa fé no devedor. A má fé, portanto, do credor, isto é, a ciência de que o imóvel não pertencia ao devedor, não impede a revalidação da hipoteca. VOET, *Pandect.*, 20, 3, n. 4: *Nec interest sciverit tempore obligationis, an ignoraverit, rem alienam esse, si modo postea vere dominium obliganti quæsitum sit.* No mesmo sentido MERLIN, *Quest: de Droit*, verb. *Hypoth.* e TROPLONG, II, n. 525.

(52) Entre os Romanos a aquisição posterior do domínio revalidava de fato a hipoteca, quer o devedor estivesse de boa, quer de

Se o devedor não estava na posse do imóvel, ou estava na posse, mas lhe faltava boa fé, ou justo título, a hipoteca não se revalida com a aquisição posterior: é sempre nula (53).

3. Revalidada nos termos expostos, a hipoteca se considera subsistente para todos os efeitos desde a inscrição (54), e, em consequência, prevalece contra as hipó-

má fé. Eram estas as razões: 1.^a, o devedor não podia alegar a nulidade da hipoteca contra o credor, porque seria repellido com a exceção de dolo — *exceptione doli mali submovebitur* (fr. 3, § 2, S. C. Maced.); 2.^a, os terceiros que depois da aquisição pelo possuidor houvessem dele o imóvel, ou em favor de quem o possuidor constituísse hipoteca, não poderiam ter melhores direitos do que o mesmo possuidor; se, pois, o próprio possuidor não podia anular a hipoteca, nem tão pouco os que receberam coisa dele. CUIACIO, Lei 41, D. de pig. act. Zazius, ao t. *qui potiores*; VOET, tit. eodem (20, 4) n. 31; CORVINUS: “Contra creditorem, quia... venit contra factum suum et doli mali replicatio ei obstat. Contra eos qui a debitores causam habent, quia debent authoris sui jure uti”. Vej. o fr. 41, D. de pignor. act. MAYNZ, § 241.

Esta é a verdadeira doutrina acerca do assunto. Não foi todavia aceita pela nossa lei, e por um motivo singular: — temeu-se que filhos perdulários hipotecassem em vida dos pais a parte de suas futuras legítimas em imóveis. Vej. Parecer da comissão de legislação do Senado de 11 de Set. de 1857. Um tal receio era perfeitamente pueril, em presença das próprias disposições do projeto: 1.^o, porque o projeto vedava a hipoteca de coisas futuras e indeterminadas; 2.^o, porque a revalidação pressupunha sempre a posse do imóvel e os filhos em vida dos pais não têm a posse das legítimas que lhes têm de tocar, salvo doação antecipada, caso em que a hipoteca é possível, porquanto hipotecam o que é seu.

(53) ACCURSIO: “Non si eam rem mala fide possidebat. Vej. nota 5.

(54) Lei n. 1.237, art. 2, § 6: “O domínio superveniente revalida desde a inscrição as hipotecas...”

tecas que o devedor constituísse mais tarde, ainda mesmo depois que adquiriu o domínio (55). A revalidação retrotraí a sua força ao tempo em que foi praticado o ato revalidado.

Mas as hipotecas anteriormente constituídas pelo verdadeiro dono perimem as que foram estipuladas pelo possuidor. A razão é manifesta: a hipoteca constituída pelo dono é desde sua data válida e não se desfaz por ato posterior translático do domínio (56).

CÓDIGO CIVIL

Art. 756 — Só aquele que pode alienar, poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar. Só as coisas que se podem alienar, poderão ser dadas em penhor, anticrese, ou hipoteca. — 70, 72.

Parágrafo único. O domínio superveniente revalida, desde a inscrição, as garantias reais estabelecidas por quem possuía a coisa a título de proprietário. — 622, 848.

(55) VOET, *Pandect.*, 20, 4; 31. Quod si priori a non domino pignus devinctum sia, posteriori autem illud ipsum ab eodem, sed jam domino facto, adhuc prior potior est; eo quod ipso primo domini acquisiti momento firmatum priori fuit pignoris jus. TROPLONG, II, número 522.

(56) MAYNZ, § 241, nota 10: “La ratification retroagit alors, sauf à l’égard des dispositions que le propriétaire a pu faire avant d’avoir ratifié”. E nota 14, *in fine*: “Il va sans dire, au reste, que les hypothèques, validées ainsi par une considération d’équité, seront toujours primées par celles que le véritable propriétaire a pu sentir”. POTHIER, T. 20, n. 23. TROPLONG, II, n. 526.

§ 217. B) *Poder de administrar não contém poder de hipotecar*

Do princípio de que só pode hipotecar quem tem domínio sobre a coisa, deriva o corolário — que não podem constituir hipoteca aqueles que só exercem poderes de administração.

Não podem, pois, constituir hipoteca:

1. O pai sobre os bens do pecúlio castrense, quase-castrense ou adventício extraordinário do filho menor (57); pode-o, porem, nos bens do pecúlio adventício ordinário, nos casos em que lhe é permitido aliená-los (58);

2. Os tutores e os curadores, sobre os bens dos menores e interditos, exceto com decreto judicial e mediante as formalidades legais (59);

(57) Enquanto o filho-famílias é menor, o seu pecúlio castrense e o quase-castrense permanecem sob a administração do pai. Vej. *Direit. de família*, § 116, n. II.

Poderá o pai hipotecar em utilidade do próprio filho bens de um ou de outro daqueles pecúlios, com decreto judicial? Parece que sim. Se o tutor pode hipotecar bens do menor com autorização da justiça, por que não o poderá o pai, e com mais força de razão?

(58) C. 4, C. de bonis quæ liber 6, 61, C. 4, §§ 4 e 5. C. eodem; C. 1. 2. C. do bonis matern 6, 60; B. CARNEIRO, 21, § 188, ns. 3 e 4. Vej. *Direito de família*, § 116, III.

(59) Fr. 1, § 2, D. de rebus eorum qui sub tutel. 27; 9: Si forte res alienum tantum erit. ut ex rebus cæteris non possit exsolvi, tunc *praetor... adestur* qui pro sua religione æstimet, quæ possint

3. Os prepostos e mandatários, ainda com poderes de livre administração (60).

4. Os gerentes, diretores e liquidantes de sociedades mercantis ou civis, ou de companhias anônimas, salvo concessão de poderes expressos (61).

5. Os inventariantes, sem o acordo de todos os herdeiros (62).

6. Os que se acham na posse de bens de terceiro e ainda não adquiriram legalmente o domínio (63).

alienari *obligarive* debeant. Fr. 5, § 10: Item prætor æstimare debebit utrum vendere potius an obligare permittat.

HUBER. *Pandect.* 27, 9, ns. 2 e 3, MELLO, 3, 14, § 11, n. 5, B. CARN., § 239, ns. 10 e 14.

Há muitas vezes grande conveniência para os menores e interditos em constituir-se hipoteca em seus bens, ou para obter de seus credores prazos que permitam a amortização da dívida com os rendimentos dos bens, ou para levantar quantias com que se evitem execuções, que realizadas de pronto, lhes trariam ruína. B. CARN., § 239, n. 27.

(60) VINNIO, § 42, J. de rerum divis. 2, 1, MELLO, 3, 14, § 11, n. 3. TROPLONG, *Mandat*, ns. 276 e 286, PONT, II, n. 663.

(61) TROPLONG, *Société*, n. 686, DELANGLE, n. 146, PONT, II, n. 633, MARTOU, III, n. 957. Vej. Cód. Com., art. 351. Os poderes especiais podem ser confiados no contrato ou em procuração em separado.

(62) LOBÃO, Fascíc. 3. Dissert. 2, ROCHA, II, Nota U. O inventariante, como é sabido, não pode alienar imóveis de herança, nem por consequência hipotecá-los.

(63) TROPLONG, II, n. 468, PONT, II, n. 631, MARTOU, III, n. 954. A razão é óbvia: não é permitido hipotecar bens de terceiro. Vej. § 216, acima.

§ 218. — *Nulidade da hipoteca de menores e interditos proveniente da falta de decreto judicial*

1. A hipoteca constituída pelo menor ou por seu tutor, sem decreto judicial, é nula *ipso jure*, isto é, independentemente da prova de lesão (64).

Esta nulidade, porem, não é absoluta, senão relativa; foi introduzida em favor e proveito do menor, e só pode ser declarada, mediante reclamação dele ou de seu representante legal (65).

2. Aos credores, no sentido de assegurarem o pagamento de suas dívidas, é lícito invocar e exercer certos direitos do devedor (66). Assim se lhes permite anularem a renúncia que o devedor faz de uma herança, quando dessa renúncia lhes vem prejuízo (67). Por força do mesmo princípio se entende que os credores podem alegar e fazer prevalecer a nulidade de hipoteca constituída sem decreto judicial por menores, seus devedores (68).

(64) GUER. T. 3, L. 7, C. 2, n. 120. B. CARN. L. 1, T. 27, § 239, n. 38 e seg. Lobão à Mello, 2, 13, § 8, n. 3.º, VOET, *Pandect.*, 4, 4, n. 52, 27, 9, ns. 4 e 9. TROPLONG, II, n. 488.

(65) Fr. 13, § 29, D. de act. empt. (19, 1): "Si quis a pupillo sine tutoris autoritate, emerit, *ex uno latere constat contractus*; man qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. B. CARN., L. 1, T. 26, § 224, ns. 6 e 7, POTHIER, *Cout. de Orleans*, t. 20, n. 24. TROPLONG, II, n. 497.

(66) MELLO, 4, 6, § 5, Nota, *Doutrina das Ações*, § 109 e notas.

TROPLONG, II, n. 494. Vej. No Direito francês esta doutrina tem uma grande amplitude.

(67) *Doutrina das Ações*, cit., § 109.

(68) TROPLONG, II, n. 494, VOET, 27, 9, n. 9.

3. A hipoteca afetada da aludida nulidade se reputa ratificada, se o menor, depois de maior, a deixa em silêncio durante o prazo de cinco anos, a contar da maioridade (69). Pode ainda ser ratificada por convenção expressa (70).

A dita ratificação, pois que se trata de uma nulidade de existência relativa e não absoluta (71), valida o ato desde a sua data, e retrai os efeitos da hipoteca à data da inscrição, não só entre os contratantes, como contra terceiros (72).

Daí vem que as hipotecas que o menor, depois de maior, constitue entre a data da hipoteca nula e a data da

(69) C. 3, C. Si maior fact. (5, 76): Ideoque præcipimus si per quinque continuos annos post impletam minorem ætatem, id est, post XXV annos connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione, vel *suppositione*, is que eam fecit, vel hæres ejus, minime posse retractari eam, occasione prætermissionis decreti, sed sic teneri quasi *ab initio* legitimo decreto fuisse res alienata, vel *supposita*. B. CARN., § 239, n. 43. Lobão à Mello, 2, 13, § 8, ns. 16 e seg. TROPLONG, II, n. 489, PONT., II, n. 616.

(70) FABER, Cód. 4, T. 33, def. 3: aut pacto expresso aut longi temporis silentio. VOET, *Pandect.*, 27, 9, n. 14; LOBÃO, loc. cit., ns. 28 e segs.

(71) ULP.: *Ex uno latere constat contractus.*

(72) Cont. 3, C. Si maior fact. (5, 74): Sed sic teneri quasi *ab initio* legitimo decreto fuisse res alienata vel *supposita*. TROPLONG, II, ns. 488 e 490, PONT., II, n. 616.

A razão é clara. O ato, visto como a nulidade é relativa, se considera como subsistente, enquanto não for anulado. A ratificação neste caso não vai criar o ato, mas tão somente confirmá-lo. Ao contrário, quando a nulidade é absoluta o ato se considera como não existente; a ratificação, portanto, dá-lhe existência, e ele só começa a existir dessa data. Veja-se POTHIER, *Orleans*, t. 20, n. 24.

O princípio de Direito, pois — si agatur de præjudício tertii, — retrotrahatur nunquam ratihabitio — só procede quando a nulidade do

ratificação, embora válidas e inscritas, não prevalecem contra a hipoteca constituída na menoridade, tácita ou expressamente ratificada (73).

4. Toda esta doutrina se aplica às hipotecas constituídas pelos interditos, evadas do mesmo vício da falta do decreto judicial (74).

§ 219. — *Influência, sobre a hipoteca, das condições a que está sujeito o domínio*

A hipoteca só pode ser constituída por quem tem domínio sobre o imóvel (§ 210).

Mas pode o domínio estar sob condição resolutiva (75); pode a aquisição dele depender de condição suspen-

ato ratificado é absoluta. Pegas, For. 3, cap. 36, n. 91, faz aplicação daquela regra sem distinção alguma.

GOUDSMIT, *Pandect.* I, § 67: Il ya de plus entre la nullité absolue et la nullité relative cette difference que, quant à la première, ni la rénonciation... ni quelque autre moyen... ne peuvent l'effacer... Si plus tard l'acte est confirmé expressement au tacitement par celui qui était en droit de se prevaloir de la nullité, cette confirmation ne constitue pas une corroboration avec effet retroatif d'une chose déjà existente, mais plutôt une formation nouvelle de l'acte qui avait été fait antérieurement, mais alors sans effect."

"Il en est tout autrement si la nullité n'est que relative. Cette nullité n'est pas introduite que dans l'intéret exclusif d'une personne déterminée: si celle-ci préfere ne pas l'invoquer, l'acte qui n'était nul que conditionnellement est censé avoir été absolument valable dès le principe."

(73) TROPLONG, II, n. 494 e 495, Pont. II., n. 616; POTHIER, *Orleans*, t. 20, n. 24; ZACHAR., § 226, nota 4.

(74) TROPLONG, II, n. 500, Pont. II, ns. 615 e 616.

(75) Condição *resolutiva* é um acontecimento futuro e *incerto*, de que por vontade das partes fica dependendo a extinção de um direito.. MAYNZ, § 123. Se o acontecimento é certo, não há condição mas *termo* com efeito resolutivo. MÜHLENBRUCH, § 105.

siva (76); pode o imóvel se achar em estado de comunhão; pode finalmente estar na posse de terceiro usurpador.

Qualquer destas circunstâncias exerce influência na hipoteca.

I. A condição resolutiva do domínio não inibe o proprietário de hipotecar o imóvel (77). Mas, como ninguém pode transferir a outrem nem mais nem melhores direitos do que tem, a hipoteca fica subordinada à resolução do domínio, isto é: deixa de existir desde que se resolve o domínio de quem a constituiu (78).

Todavia, se a resolução do domínio procede, não de causa *necessária, inerente* ao título de aquisição, mas de

(76) Condição *suspensiva* é um acontecimento futuro e *incerto*, do qual por vontade das partes fica dependendo a aquisição de um direito. E igualmente se o acontecimento é certo, não há condição, mas termo. MAYNZ, loc. cit. e II, §; MÜHLENBRUGH, § 105.

(77) NOODT, *Pandect.*, 20, T. 6. VOET, *Pandect.*, L. 20, T. 6, n. 8. TROPLONG, II, 465; ZACARIAE, §§ 266 e 196. Pont. II, n. 637.

(78) F. 4, § 4, D. de in diem addicione, 18, 2: Marcellus scribit, purè vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset. Fr. 3, D. Quib. mod. pign. vel hyp. solv. 20, 6: Si... forte emptor, antequam melior conditio offerretur, hanc (rem) pignori dedit; finitur pignus, meliore conditione allata. TROPLONG, II, n. 466, Pont. II, n. 645.

Convém notar que se a resolução do domínio depende do acontecimento certo, como a do domínio do fiduciário, a hipoteca seria inútil porque é sabido que o domínio há de cessar e com ele a hipoteca. Ao contrário, no caso da *addictio in diem*, se passa o prazo e ninguém oferece melhor preço, a hipoteca constituída pelo comprador adquire existência definitiva.

causa nova e posterior (79), a hipoteca subsiste de resolução do domínio do donatário por superveniência de ingratidão (80).

II. Se o domínio não está ainda adquirido, mas a aquisição depende de condição suspensiva, como se alguém faz doação a outrem dum prédio, se esse outrem chegar à idade de trinta anos, poderá o donatário hipotecar a casa antes de verificada a condição?

Certo o imóvel, antes de verificada a condição, não faz parte do patrimônio, mas o direito de adquiri-lo nos termos da cláusula condicional é um direito absolutamente deferido (81).

Daí vem que o sujeito do direito condicional pode alienar a coisa, transferindo-a com a condição imposta. E se pode aliená-la, porque não poderá hipotecá-la, sob a mesma condição? (82).

(79) VOET, *Pandect.*, 20, 5, ns. 8 e 9; TROPLONG, II,, 466, Pont. II, n. 646. Vej. MACKELDEY, *Droit Romain*, § 274, ns. 1 e 2.

(80) Se a causa da resolução depende tão somente da vontade daquele que constitui a hipoteca, a resolução do domínio não resolve a hipoteca: fr. 3, D. quib. mod. pig. vel hypoth. solv. 20, 6; Marcellus ait finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quanquam ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisse, pignus finiri non putet. VOET, cit. n. 8. TROPLONG, II, n. 466.

(81) O direito de haver a coisa sob condição suspensiva é um direito adquirido — jus delatum — tanto que passa aos herdeiros. § 4. I. de verb. oblig. 3, 15. MÜHLENBRUCH, § 108, n. 2; MAYNZ, II, § 290, nota 18.

(82) MERLIN, verb. *Hypoth.*, Sect. 2, § 3, n. 5. TROPLONG, II, n. 468 *ter.*, Pont., II, n. 636.

À disposição legal que veda a hipoteca de bens futuros (83) não entende com o caso vertente.

A lei proíbe a hipoteca geral e de bens futuros, isto é, de bens incertos em si, e de aquisição imprevista, de bens que não podem ser *individuados*. Mas o imóvel, cuja aquisição depende de condição suspensiva, é em si certo, e se acha individuado. Só há incerteza quanto à aquisição. E o que repugna à lei, é a incerteza dos bens, incompatível com a *especialidade*, e não a contingência da hipoteca pela incerteza da aquisição; porquanto contingência igual corre a hipoteca de bens sujeitos à condição resolutiva (84).

III. Quando o imóvel se acha *pro indiviso*, não pode ser hipotecado na sua totalidade, senão de consenti-

(83) O art. 4 da lei n. 1.237, diz assim: "A hipoteca convencional deve ser *especial*, com quantia determinada, sobre *bens presentes*. Ficam proibidas e de nenhum efeito as hipotecas *gerais* e sobre bens *futuros*."

A razão deste decreto é que a lei quer, por espírito de sistema, a hipoteca *especial* e condena a hipoteca *geral*.

A especialidade da hipoteca consiste na determinação da quantia e na *individuação* do imóvel sobre que recai (§ 184, acima). A lei, pois, proíbe a hipoteca de bens futuros, porque ordinariamente tais bens, por incertos, não podem ser determinados.

Mas desde que o bem, embora dependente de aquisição futura, pode ser individuado, e o direito de havê-lo, embora subordinado à condição suspensiva, é já um direito definido, cessa a razão da lei e a hipoteca é admissível.

Os franceses entendem no sentido exposto o seu código, sustentando que não há antinomia entre o art. 2.125 e o art. 2.129.

(84) Vej. acima n. 1. Na hipótese aludida, a hipoteca, verificada a condição de que depende a aquisição do imóvel, se entende datar da inscrição, porque, como é sabido (§ 177) a condição, uma vez realizada, retroai o seu efeito à data do ato.

mento de *todos* os comproprietários (85). Cada comproprietário, porem, pode hipotecar isoladamente a parte *ideal* que lhe pertence, se o imóvel é suscetível de divisão (86).

E, feita posteriormente a divisão, a hipoteca recai, e por assim dizer se concretiza na parte que toca ao condômino que a constituiu (87). Se na divisão não couber ao condomínio quinhão algum no imóvel, como às vezes acontece na partilha da herança (*familiæ erisciscundæ*), a consequência é que a hipoteca deixa de existir por não ter objeto (88). Assim a existência da hipoteca de imóveis que

(85) Fr. 68, D. Pro socio 17, 2: Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint. Lei n. 1.237, art. 4, § 8. TROPLONG, II, n. 469 *bis*, Pont. 55, n. 640.

(86) Lei cit., art. 4, § 8. Este § é cópia literal do art. 107 da lei portuguesa de 1.º de Julho de 1863.

A lei diz "*se for divisível*". Fala a lei da indivisibilidade jurídica, como é a do prédio enfiteutico?

Parece-nos que sim, não obstante a explicação em sentido diverso do Avis. n. 2 e 4 de Janeiro de 1869.

1.º Porque fisicamente todo o imóvel é *divisível*;

2.º Porque se a lei aludisse a prédios de difícil ou incômoda divisão, como são as casas, teria usado da expressão conveniente e não de uma frase que exclue absolutamente a divisão — hipótese que em relação a imóveis só se dá com os juridicamente indivisíveis;

3.º Porque não há razão para proibir a hipoteca de partes de coisa de difícil divisão, assim como não há para a alienação. E' melhor ao credor ter hipoteca na parte do prédio de difícil divisão do que não ter garantia alguma. A tutela da lei no caso figurado viria em prejuizo do tutelado.

Assim, pois a frase — *se for divisível* — refere-se às coisas que a lei proíbe dividir.

(87) TROPLONG, II, n. 469 *bis*, Pont. II, n. 640. A divisão, como se sabe, fixa o direito de cada condômino na parte que lhe é quinhoad.

(88) TROPLONG, cit., n. 469 *bis*, Pont. II, cit. n. 640. LOBÃO, Fasc., T. 3, Dissert. 2, C. DA ROCHA, Nota U. A doutrina

fazem parte duma universalidade de bens, depende da partilha.

IV. Quando o imóvel não está na posse do devedor, mas tem ele o direito de se fazer reconhecer legítimo dono e de chamá-lo a si por via de ação de nulidade (89), de reivindicação ou rescisão (90), é fora de dúvida que pode hipotecá-lo. A hipoteca, porem, fica subordinada ao resultado da ação; se a ação vinga, a hipoteca prevalece; se é julgada improcedente, a hipoteca sucumbe (91).

CÓDIGO CIVIL

Art. 757 — A coisa comum a diversos proprietários 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 divisível a coisa, e só a respeito dessa parte vigorará a indivisibilidade da hipoteca. — 623, III, 758.

§ 220 — Formalidades externas da hipoteca convencional

A lei considerando — que a hipoteca importa a cessão de um *direito real sobre coisa imóvel*, — que ela é uma

destes dois últimos escritores acerca da alienação feita por herdeiros antes da partilha, tem perfeita aplicação ao caso de hipoteca.

(89) Como no caso de lesão enormíssima. *Doutrina das Ações*, Nota 845. Se a venda é desfeita por motivo de lesão enorme subsistem as hipotecas constituídas pelo réu, porque a ação de lesão enorme é pessoal. *Doutrina das Ações*, Nota 845.

(90) Como no caso do imóvel ter sido injustamente usurpado por terceiro.

(91) TROPLONG, II, n. 468, Pont. II, n. 642. Vej. acima, § 181, n. 4.

exceção de direito com efeitos contra terceiros, julgou de boa cautela sujeitá-la a formalidades que lhe imprimissem o caráter de enérgica autenticidade. (92).

Dominada destes intuitos, a lei prescreve a escritura pública como forma substancial da hipoteca convencional (93).

A) Desta disposição resulta que são aplicáveis à convenção, pela qual é constituída a hipoteca, os princípios de direito relativos aos contratos, entanto que dependentes da escritura pública para sua validade, a saber:

1. Hipoteca convencional que não se acha reduzida à escritura pública, se considera como não subsistente, embora tenha sido inscrita (94).

2. E' lícito ao devedor, antes de assinada a escritura pública da hipoteca, arrepender-se da promessa de constituí-la (95).

(92) Vej. Pont. II, n. 655. POTHIER (*Hipotec.*, cap. I, Sect. 1, art. 1, § 1.º) diz que a escritura pública é exigida para suprir a tradição. A razão não pode ser outra senão a necessidade de dar à hipoteca convencional o maior grau de certeza e segurança, atento o seu efeito para com terceiros que não são partes na convenção.

(93) Lei n. 1.237, art. 4, § 6: "A escritura pública é da substância da hipoteca convencional, ainda que sejam privilegiadas as pessoas que a constituem." Decret. n. 3.454, art. 135. As últimas palavras da lei "ainda que sejam privilegiadas etc." são ociosas. O escrito de pessoa privilegiada só supre a escritura pública quando ela é exigida *ad probandum*, e não quando é da substância do contrato, como no caso de convenção hipotecária.

(94) Decret. n. 3.453, art. 135. *Consolidação das Leis Civis*, art. 366, nota (1).

(95) Ord. 4, 19, pr. e § 1.º *Consolidação das Leis Civis*, art. 376.

3. A falta de escritura pública não pode ser suprida, ainda por confissão ou juramento do devedor (96).

B) A lei requer em termos expressos e positivos a escritura pública.

São, pois, insuficientes para dar existência à hipoteca convencional quaisquer outros instrumentos ou atos públicos que não entram na definição de escritura pública (97), como termos lavrados em autos (98), termos de conciliação (99), contratos passados nas repartições públicas (100).

C) As cláusulas de que resulta a hipoteca convencional como a designação da coisa hipotecada, a fixação da quantia garantida, devem constar da escritura pública,

(96) *Consolidação das Leis Cíveis*, art. 377, nota 3.

(97) Há diferença entre escritura pública e instrumentos públicos. A escritura pública é a que é lavrada por tabelião ou notário em livro de notas e com formalidades particulares. Instrumento público é o gênero, escritura é uma espécie. Vej. PEREIRA E SOUZA, §§ 214 e 215; C. ROCHA, §§ 187 e 188.

(98) Por exemplo: termos de amigável composição em autos.

(99) TROPLONG, II, n. 505, *bis*; MOULON, III, n. 1.484. Pont. II, n. 662. O termo de conciliação tem força de sentença (Lei de 20 de Set. de 1829 (art. 4, Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 34), mas não é escritura pública.

(100) Os contratos passados nas repartições públicas, de conformidade com as leis e regulamentos da administração, teem, sem dúvida, caráter autêntico, mas não se incluem na definição de escritura pública. Vej. TROPLONG, II, 505, *bis*, Pont. II, 663. Aviso n. 273, de 22 de Agosto de 1871 e Res. de 26 de Outubro de 1867, a que se refere o Aviso n. 373, de 28 de Outubro do mesmo ano.

e não podem ser supridas por declarações de escritos particulares (101).

Mas é de advertir que a constituição da hipoteca é coisa distinta da dívida. A dívida, pois, pode constar de escrito particular nos casos em que o direito o permite (102); bastando que a escritura de hipoteca faça referência a ela, com determinação da quantia.

D) Se a obrigação que a hipoteca garante depende de ulterior liquidação, como no caso de abertura de crédito (103); na escritura se deve declarar o máximo da quantia coberta (104), mas, para se determinarem as quantias efetivamente retiradas, são admissíveis papeis e recibos particulares (105).

(101) As cláusulas que formam a substância do contrato são indivisíveis; devem, pois, constar da mesma escritura. O princípio exposto no texto é geral, portanto, aplicável a todos os contratos para os quais se requer a escritura. A prova complementar por testemunhas ou escritos particulares só pode ser admitida para circunstâncias que não são substanciais. Vej. LOBÃO, *Supl. Leg. Lính. Dissert.*, 5., § 37, Pont. II, n. 656.

(102) Vej. *Consolidação das Leis Cíveis*, art. 369.

(103) Vej. § 177, acima.

(104) Lei n. 1.237, art. 4: "A hipoteca convencional deve ser especial, com *quantia determinada*." Decret. n. 3.453, art. 119.

(105) MERLIN, *Quest. de Droit.*, verb. *Hypothec*: La loi exige l'authenticité dans le titre constitutif de l'hypothèque; mais se borne là, et pour étendre sa disposition jusqu'aux pièces nécessaires pour régler et liquider la créance ainsi hypothéquée, il faudrait être législateur. TROPLONG, II, n. 477 e 508, Pont. II, n. 660. Nesta prática não há quebra do princípio. O máximo da dívida que a hipoteca garante consta de escritura, e se torna pública pela inscrição — é o que importa a terceiros saberem.

§ 221. — *Especialidade da hipoteca convencional*

A hipoteca convencional deve ser especial, sob pena de nulidade (106).

A especialidade da hipoteca tem por fim, como se disse em outro lugar (107), aclarar a situação do devedor, fornecendo elementos para se calcular a extensão da sua responsabilidade hipotecária, e portanto qual a garantia *real* que lhe resta. Sem o dito requisito a publicidade pela inscrição seria incompleta (108).

A especialidade, atento o seu fim, requer duas indicações:

- a) A individuação dos bens submetidos à hipoteca;
- b) A fixação do valor da dívida garantida (109).

I. A especialidade, pelo que respeita aos bens, consiste na *designação* do imóvel ou imóveis por seu *nome e situação*, em ordem a que a sua individualidade fique bem determinada (110).

As declarações do nome e situação devem ser consignadas nas escritura da constituição da hipoteca, e não

(106) Lei n. 1.237, art. 4, Decret. n. 3.453, art. 119.

(107) Vej. 184, acima.

(108) TROPLONG, II, ns. 513 e 515. Pont. II, n. 670.

(109) Lei n. 1.237, art. 4, Decret. n. 3.453, cit., art. 119.

(110) Lei n. 1.237, art. 4, § 1.º: “deve indicar *nomeadamente* o imóvel ou imóveis em os quais ela consiste assim como a sua situação e característicos.”

A *situação* determina-se pela freguesia e município. Decret. n. 3.453, art. 218, § 9 e art. 235.

podem ser supridas por escrito particular ou pelas enunciações da inscrição (111).

Acontece, não raro, não ter o imóvel denominação como se é uma facha destacada. Neste caso a individualidade se determina pelas confrontações e situação (112).

E' de bom conselho inserir na escritura os limites do imóvel, a sua natureza (113) e característicos, se bem que a omissão destes requisitos, uma vez que conste o nome e situação, não induza nulidade (114).

(111) Lei n. 1.237, art. 4, § 1.º. "A hipoteca convencional deve indicar *nomeadamente* o imóvel ou imóveis em os quais ela consiste, assim como a sua situação". Decret. n. 3.453, art. 218, §§ 9 e 10, art. 235. A denominação do imóvel e a situação são cláusulas substanciais da escritura de hipoteca: é o que se deduz dos artigos citados da lei e Decreto.

Convem notar que a escritura e a inscrição são coisas distintas. A inscrição pressupõe escritura válida, e a escritura só é válida quando contem os requisitos legais: "Designer dans l'inscription l'immeuble grevé, c'est satisfaire au vœu de la loi qui prescrit la publicité sans rien faire relativement à la *spécialité*, laquelle ne peut *rencontrer que dans l'acte constitutif de l'hypothèque*." Pont., II, n. 672.

(112) Se o imóvel é rural, determina-se de ordinário pela denominação, se urbano, pela rua e número ou rua e prédios vizinhos (Decreto n. 3.453, art. 218, § 10).

Se é rural e não tem denominação, determina-se pelos limites e situação.

Nisto não pode haver um rigor judaico: o que a lei quer é que o imóvel fique claramente individuado: a denominação (e na falta os limites) e a situação dão, por via de regra, o resultado desejado.

(113) Se está inculto, se tem edifícios, se é cercado ou aberto, etc.

(114) Estas enunciações não são substanciais, porque não são necessárias para determinar a individualidade do imóvel.

A fórmula — "hipoteca todos os imóveis que possui na freguezia tal" não satisfaz a prescrição da lei, porque não individualiza

E' lícito ao devedor e aos seus credores invocarem a nulidade proveniente da falta de qualquer das declarações que são substanciais (115).

II. Quanto ao valor da obrigação, é essencial que seja determinado em quanto precisa (116). Se a obrigação é ilíquida (117), esta circunstância não embaraça a constituição da hipoteca; ela porem não poderá ser inscrita se não por quantia determinada prefixada por acordo expresso entre o devedor e o credor.

os bens. A hipoteca concebida naqueles termos seria geral, e por consequência nula. Vej. Pont. II, n. 674.

(115) TROP LONG, n. 515, Pont. II, n. 672.

(116) Lei n. 1.237, art. 4: A hipoteca convencional deve ser com *quantia determinada*". Decreto n. 3.452, art. 119... "a quantia que ela garante deve ser *determinada ou estimada*." Pont. II, n. 702; TROP LONG, II, número 545.

E' de notar que a obrigação pode ser incerta em sua existência, como se é condicional, mas precisa quanto a quantia. Pont. II, n. 706.

(117) Como se a hipoteca foi constituída para garantir a indenização de perdas e danos que venham a ocorrer, ou o fornecimento de gêneros e materiais ou de dinheiro.

(118) Lei n. 1.237, art. 4, § 5, Decret. n. 3.453, art. 119.

O C. Civil francês, (art. 2.132) dá neste caso direito ao credor de inscrever a hipoteca pela estimação que lhe parecer razoável. E' certo que o credor pode abusar de uma tal faculdade, fixando a quantia em soma exorbitante; mas para corrigir semelhante abuso o mesmo Código confere ao devedor o direito de requerer a redução do valor estimado.

O alvitre do C. C. francês nos parece melhor que o da nossa lei, segundo a qual a inscrição da hipoteca fica dependente do devedor. Pode, pois, o devedor, depois de assinar a escritura, recusar o seu acordo para a fixação do valor, e destarte inutilizar a hipoteca. Pont. II, número 706.

§ 222. — *Direito de pedir reforço da hipoteca*

A convenção hipotecária indica de si mesmo desconfiança na pessoa do credor. Porque não tem fé na *pessoa*, procura o credor a garantia da *coisa* (119).

Assim que: sem a hipoteca, o credor não *fiaria* do devedor. A hipoteca é, pois, a condição do prazo (120).

Daí vem que se o imóvel perece ou sofre *deterioração* que o torne insuficiente para segurança da obrigação, cessa de existir o fundamento do prazo: a dívida se reputa vencida e pode ser exigida pelo credor, salvo se o devedor se oferece a restaurar a garantia, dando novas hipotecas (121).

A escolha da alternativa — pagar *incontinenti*, ou dar reforço de hipoteca, é direito do devedor (122).

A) Da doutrina exposta se depreende que o direito do credor de exigir a dívida, se não lhe são oferecidas novas seguranças reais, pressupõe dois requisitos, a saber:

I. E' mister que o pagamento da dívida esteja suspenso pelo prazo (123). Se a dívida está vencida porque

(119) Fr. 25, D. de reg. jur.: *Plus cautionis in re est quam in persona.*

(120) Pont. II, n. 690. *Habita de pretio fide.*

(121) Lei n. 1.237, art. 4, § 3, Decreto n. 3.453, art. 128.

(122) Lei, cit. art. 4, § 3: "... *pode o credor demandar logo a mesma dívida, se o devedor recusar o reforço.*"

Assim, se o devedor oferece reforço, o credor não pode mais exigir o pagamento. O pedido do credor é alternativo. Em França vigora disposição igual. Vej. TROP LONG, II, n. 542, Pont. II, n. 695.

(123) Lei cit. art. 4, § 3; Pont. II, n. 691.

terminou o prazo, cessa a alternativa: o devedor não pode adiar o cumprimento da obrigação oferecendo novas garantias (124).

II. O segundo requisito consiste na *perda* (125) ou na deterioração do imóvel.

1. É indiferente para o efeito de que se trata, que a perda ou a deterioração resulte de força maior, ou caso fatal; de culpa ou negligência do devedor. A lei não faz distinção alguma (126).

2. O texto fala de deterioração, isto é, de mal material sofrido pelo imóvel (127). A diminuição de valor,

(124) É esse o efeito prático do requisito.

(125) Acerca da perda ou extinção do imóvel, vej. adiante, parágrafo 276.

(126) Em França (C. C., art. 2.131), só se dá o caso de reforço quando a deterioração procede de caso fortuito ou força maior. A razão é porque segundo o artigo 1.188 o devedor perde o benefício do prazo quando cai em falência ou diminui por fato suas garantias do credor: Assim se a perda ou deterioração é o resultado de culpa do devedor, cessa o benefício do prazo, e ele não pode readquiri-lo oferecendo nova hipoteca. É o caso do art. 1.188. Mas se a perda ou deterioração é casual, o devedor pode reconquistar o benefício do prazo, oferecendo reforço. É a hipótese do art. 2.131. TROPLONG, II, n. 542, Pont. II, n. 692.

Entre nós, porém, não prevalece a doutrina do art. 1.118. O devedor só perde o benefício do prazo em falência ou caso de insolvibilidade (Decreto n. 3.453, art. 240, § 6). Portanto vigora a disposição do art. 4, § 3 da lei, quer a perda ou deterioração seja casual, quer o resultado de culpa do devedor, isto é: o cit. art. 4, § 3 não encontra limitação, como o art. 2.131 do C. C. fr. no art. 1.188 do mesmo Código.

(127) *Deterioração* é o mal que ofende a integridade da coisa. Vej. Pont. II, n. 693.

portanto, que é devida, não à mal material, mas a causas econômicas (128), não fundamenta o pedido de reforço (129).

3. Nem tão pouco é capaz do mesmo efeito a deterioração existente ao tempo em que foi constituída a hipoteca (130). Neste caso a insuficiência se reputa conhecida do credor (131), e se nada obstante, confiou na pessoa do devedor e aceitou a garantia dada, não lhe fica razão para dizer que falta a base de sua confiança.

4. Também não autoriza a exigência de reforço a insuficiência do imóvel, procedente da marcha normal de fatos previstos como é, por exemplo, a diminuição de valor que sobrevem pela perda de madeiras destinadas ao córte existentes no terreno hipotecado ou que resulta da extração de pedras e metais de minas já em laboração ao tempo em que foi estipulada a hipoteca (132).

5. Não bastam quaisquer estragos; mas é necessário que sejam de natureza a tornar o imóvel realmente insuficiente, isto é: releva que o valor do imóvel, em conse-

(128) Como, por exemplo, uma fazenda que diminuir de valor por mudança na direção da estrada pública. Assim os prédios da vila da Estrela ficaram reduzidos a menos do terço do seu valor com a abertura da estrada de ferro de Mauá.

(129) Pont. II, cit., n. 693.

(130) Lei cit., art. 4, § 3, Pont. II, n. 693.

(131) Mas, se o devedor iludir a boa fé do credor, ocultando-lhe a deterioração? Neste caso não tem lugar o reforço: quia fraus omnia corrumpit. Vej. Pont. II, n. 693.

(132) Pont. II, n. 693.

quência da deterioração sofra diminuição tal que o seu preço, segundo a estimativa comum, se torne insuficiente para pagar a dívida e os juros que se vencerem até a terminação do prazo (133).

B) Resta finalmente observar que a nova hipoteca que o devedor constitui para substituir a do imóvel perdido ou para reforçar a do imóvel deteriorado, se entende existir para os seus efeitos legais da data em que é inscrita e não há data da hipoteca substituída ou reforçada. Esta doutrina é uma consequência necessária dos dois requisitos — especialidade e publicidade das hipotecas convencionais (134).

§ 223. — *Influência da hipoteca sobre o vencimento da obrigação*

1. Nas obrigações de dinheiro, a termo, é muito usual estipular-se o pagamento por parcelas, em prazos determinados.

(133) Lei cit., art. 4, § 3, “insuficientes para segurança da dívida.” TROPLONG, II, n. 544.

Se o imóvel hipotecado é divisível, se o devedor vende uma parte e o comprador rime essa parte? Haverá neste caso deterioração no sentido da lei? Não, porque o credor recebe o valor da parte remida, e fica o crédito proporcionalmente reduzido. TROPLONG (II, n. 544) e Pont. (II, n. 694) sustentam que em tal caso há razão para a perda do benefício do prazo (art. 188) e não para o reforço, objeto do art. 2.131.

(134) TROPLONG, II, n. 543, Pont. II, n. 696.

O direito de pedir reforço ou pagamento incontinenti compete também aos credores de hipotecas legais, depois de especializadas. Decreto n. 3.453, arts. 185 e 186.

A obrigação de pagar a quantia toda é de sua natureza divisível, e, portanto, nada de mais natural do que, por acordo das partes, cindí-la em tantas obrigações quantas são as prestações convencionadas (135).

2. Mas se uma obrigação estipulada na dita fórmula é garantida por hipoteca, poderiam ocorrer na execução dificuldades graves.

Vence-se a primeira prestação e não é paga. Quer se executar o devedor pela prestação vencida.

Como executar a coisa hipotecada? Executí-la em sua totalidade? Não; porque a dívida toda não está vencida; porque a hipoteca, arrematado o imóvel, se extinguiria (§ 227) e o preço que representa o imóvel, deduzida a prestação vencida, seria restituído ao devedor, que não é obrigado a pagar as prestações não vencidas, e destarte a garantia, de fato, teria desaparecido.

Executir na parte correspondente a importância da prestação vencida? Também não; o prédio bem pode ser indivisível ou de difícil divisão, e quem a faria? Ainda mais: a divisão por partes correspondentes às prestações, as mais das vezes, acarretaria a diminuição das vantagens e utilidades do imóvel, e traria como consequência o enfraquecimento da garantia.

(135) POTHIER, *oblig.* n. 288 e segts. LAURENT, *Princip. de Droit Civil*, XVII, n. 368.

3. Para obviar a estas dificuldades práticas, a lei tomou o alvitre de declarar vencida a dívida toda, se alguma das prestações se vence e não é paga (136).

Há nisto talvez rigor e dureza para com o devedor, mas é um mal previsto, e, pois, fica-lhe tempo e liberdade para se acautelar.

CÓDIGO CIVIL

Art. 762 — A dívida considera-se vencida : — 654.

I — Si, deteriorando-se, ou depreciando-se a coisa dada em segurança, desfalcar a garantia, e o devedor, intimado, a não reforçar. — 764.

II — Si o devedor cair em insolvência, ou falir.

III — Si as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento.

Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata.

IV — Si perecer o objeto em garantia, hipótese na qual a indenização, estando ele seguro, ou havendo quem o tenha afiançado, si subrogará na coisa destruída, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até o seu completo reembolso. — 1.158, I.

Parágrafo único. Nos casos dos ns. IV e V, só se vencerá a hipoteca antes do prazo estipulado, se o ministro, ou

(136) Lei n. 1.237, art. 4, § 9. Decreto n. 3.457, art. 130. Esta disposição foi tirada da lei portuguesa de 1 de Julho de 1863, art. 90. E' de notar que não foi reproduzida no C. Civil Port.

a desapropriação recair sobre o objeto dado em garantia e esta não abranger outros; subsistindo, no caso contrário, a dívida reduzida, com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados, danificados ou destruídos. — 763.

Art. 763 — O antecipado vencimento da dívida nas hipóteses do artigo anterior, parágrafo único, não importa o dos juros correspondentes ao prazo convencional por decorrer.

§ 224. — *Hipoteca convencional constituída em país estrangeiro*

A) A doutrina científica, acerca da hipoteca convencional constituída sobre imóveis sítos em país estrangeiro, é a seguinte:

1. A convenção de hipoteca é aceita e recebida com os seus efeitos no Estado em cujo território se acha o imóvel, desde que a legislação desse Estado admite e consagra o direito real dominado — hipoteca (137).

2. As formalidades externas da convenção são reguladas pela lei do Estado, onde a hipoteca é estipulada (138).

3. A hipoteca, porém, não pode produzir os seus efeitos, senão sob a condição de ser inscrita no lugar da

(137) DEMANGEAT sobre FELIX, n. 476, nota (a), *Fiore, Droit Internation.*, ns .221 e 224.

(138) FIORE, n. 220, b.: como, por exemplo, se a hipoteca pode ser constituída em instrumento particular (Direito Romano).

situação do imóvel, de conformidade com as prescrições da lei desse lugar (139).

4. São igualmente da alçada da lei da situação do imóvel a designação dos bens que podem ser hipotecados, a preferência que a hipoteca confere, a ação e a execução (140).

B) A nossa lei, modelando-se pelas disposições do Código Civil francês (141), e inspirando-se em princípios falsos e condenados (142), afastou-se nesta matéria da doutrina verdadeira.

(139) SAVIGNY, tom. 8, § 368; FIORE, n. 220, b.

(140) SAVIGNY, tom. 8, § 368; FIORE, n. 220, a.

(141) C. C. francês, art. 2.127. A disposição deste artigo foi em geral aceita pelos códigos, que tomaram o francês como tipo. Vej. FELIX, ns. 476 e segs.

Este artigo é objeto de viva crítica de DEMANGEAT, FIORE, número 222 e outros.

“Les rédacteurs de l'article 2.128, se conformant à la tradition de l'ancienne jurisprudence, dans laquelle tout acte notarié importait hypothèque générale, ont confondu mal à propos le droit réel d'hypothèque et la force exécutoire: on ne comprend pas pourquoi le propriétaire qui par un acte passé en pays étranger peut aliéner son immeuble ou le grever de servitude ne pourrait pas également le grever d'un droit d'hypothèque.” DEMANGEAT sobre FELIX, n. 476, nota (a).

(142) A disposição da nossa lei é uma consequência da confusão que introduz nas idéias a célebre distinção de Estatuto Pessoal e Estatuto real. Os sectários desta distinção sustentam que a hipoteca, como direito real que é, deve ser em tudo regida pela *loci rei sita* (FIORE, n. 270, i). Mas não é esse o princípio dominante no assunto. A lei de um Estado, ou regule direitos pessoais ou regule direitos reais, pode ser aceita e produzir efeitos em outro Estado, desde que não ofenda leis de uma natureza rigorosamente obrigatória, ou princípios de ordem ou interesse público. Vej. SAVIGNY, § 349; FIORE, n.

1. Na verdade ela nega, em termos positivos, todo e qualquer efeito às hipotecas estipuladas em país estrangeiro sobre imóveis situados no império (143).

Assim que: não são recebidas nem produzem efeito algum no Brasil as hipotecas constituídas em escrituras ou instrumentos públicos lavrados por notários ou oficiais de nação estrangeira, ainda entre brasileiros ou em favor de brasileiro (144).

2. A citada lei só abre duas exceções àquele princípio, a saber:

1.^a Dá efeito às hipotecas estipuladas no estrangeiro, quando uma tal concessão tenha sido feita em tratados (145).

2.^a Dá igualmente efeito às hipotecas estipuladas em país estrangeiro, entre brasileiros ou em favor de brasileiro, sendo celebrados nos consulados, com as solenidades e requisitos do nosso Direito (146).

3. Os cônsules exercem as funções de notários para as pessoas das nações de que são agentes (147). Nas escri-

(143) Lei n. 1.257, art. 4, § 4, Decreto n. 3.453, art. 129.

(144) Lei cit., art. 4, § 4.

(145) Lei cit., art. Não sabemos de Tratado do Império com potência estrangeira em que se estipulasse a aludida concessão.

(146) Lei, art. 4, § 4: "Salvo... se forem celebrados entre brasileiros ou em favor deles..."

(147) Vej. Decreto n. 520, de 11 de Junho de 1847, art. 96, e Decreto n. 4.968, de 24 de Maio de 1872, art. 97 (§ 7).

turas de hipoteca que lavrarem, são obrigados a observar as solenidades e os requisitos exigidos pela lei (148).

4. Não é preciso advertir que tais escrituras devem ser inscritas no Império, no registro da comarca a que pertence o imóvel hipotecado (149).

(148) Lei, art. 4, § 4.º... “com as solenidades e condições desta lei.” Assim, a escritura deve especificar o imóvel por seu nome e situação, e declarar a importância precisa da dívida.

(149) Lei cit., art. 4, § 4.º

CAPÍTULO V

PUBLICIDADE DA HIPOTECA

§ 225. — *Noções Gerais*

O nosso Direito faz da *publicidade* a condição necessária da eficácia da hipoteca. A hipoteca que não adquire a publicidade pelo *meio legal*, se conserva em estado de perfeita inércia: — não vale contra terceiros, isto é, não produz nem o direito de sequela, nem o de preferência (1).

A publicidade é realizada por via da *inscrição* (2).

Tem a inscrição por fim: I. Ministrar a terceiros uma notícia exata dos onus hipotecários do imóvel; II. Fixar a data legal de cada hipoteca (3).

(1) Lei n. 1.237, art. 9, e §§, Decreto n. 3.453, art. 116, § 2 e art. 120. TROPLONG, II, ns. 554 e seg. e III, n. 725. Pont. II, ns. 723 e seg. Vej. acima, § 173.

(2) Lei n. 1.237, arts. 7 e 9, Decreto n. 3.453, arts. 80 e seguinte.

(3) Lei n. 1.237, art. 9, §§ 4 e 24; Decreto n. 3.453, artigos 116, 213 e seg. 218. Vej. TROPLONG, *Privileg. et Hypoth. Introduct.*

No terreno da lei a hipoteca, qualquer que seja a sua notoriedade, se reputa *oculta*, enquanto não é inscrita (4).

A inscrição não é um elemento componente da hipoteca, senão um requisito *extrínseco*. A hipoteca nasce, forma-se, e subsiste independentemente da inscrição; a inscrição é uma formalidade que se requer para que ela entre em atividade (5).

A inscrição, pois, pressupõe sempre uma hipoteca válida (6). Daí os corolários seguintes:

1. As faltas e vícios que afetam a constituição da hipoteca não podem ser supridos pelas cláusulas da inscrição (7);

2. As omissões e defeitos da inscrição a seu turno não se podem sanar pelas declarações do título constitutivo da hipoteca (8);

3. A nulidade da hipoteca torna inútil e ociosa a inscrição (9):

(4) Lei, art. 9: "As hipotecas legais especializadas, assim como as convencionais, *somente* valem contra terceiros *desde a data da inscrição*." Pont. II, n. 728.

(5) Vej. Decreto n. 3.453, arts. 107 e 107, TROPLONG, II, n. 566 e III, 646. ZACARIAE, § 267.

(6) Decret. n. 3.453, arts. 68 e seg. ZACARIAE, § 267.

(7) ZACARIAE, § 267.

(8) Decret. n. 3.452, art. 235; ZACARIAE, § 267.

(9) Decret., art. 105, §§ 106 e 108.

4. A nulidade da inscrição não importa a nulidade da hipoteca (10).

CÓDIGO CIVIL

Art. 856 — O registo de imoveis compreende :

I — A transcrição dos títulos de transmissão da propriedade. — 530. I, 531.

II — A transcrição dos títulos enumerados no artigo 532.

III — A transcrição dos títulos constitutivos de onus reais sobre coisas alheias. — 676, 697, 796.

IV — A inscrição das hipotecas. — 831.

Art. 857 — Si o título de transmissão fôr gratuito, poderá ser promovida a transcrição :

I — Pelo próprio adquirente.

II — Por quem de direito o represente.

III — Pelo próprio transferente, com prova da aceitação do beneficiado.

Art. 858 — A transcrição do título de transmissão do domínio direto aproveita ao titular do domínio útil, e vice-versa.

Art. 859 — Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu.

Art. 860 — Si o teor do registo de imoveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique. — 967.

Parágrafo único. Enquanto se não transcrever o título de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imovel, e responde pelos seus encargos. — 533.

(10) Decreto, arts. 107 e 108.

Art. 861 — Serão feitas as inscrições, ou transcrições no registo correspondente ao lugar onde estiver o imóvel. — 831.

Art. 862 — Salvo convenção em contrário, incumbem ao adquirente as despesas de transcrição dos títulos de transmissão de propriedade e ao devedor as da inscrição, ou transcrição dos onus reais.

§ 226. — Atos preparatórios da inscrição

A publicidade, no sistema do nosso Direito, requer como condição a especialidade da hipoteca (10).

A inscrição, pois, instrumento pelo qual se realiza a publicidade, deve reproduzir de necessidade os caracteres que determinam a especialidade: — quantia certa e bens individuados (11).

As hipotecas convencionais trazem já em si os elementos da especialidade (12); a inscrição delas, pois, não oferece dificuldade.

Mas as hipotecas legais e a jurídica, no momento em que se constituem, não afetam bens determinados. E nem sempre são certas e precisas as quantias que garantem (13).

A inscrição, portanto, daquelas hipotecas não pode ser consumada, sem que previamente se fixem as quantias

(11) Lei n. 1.237, art. 2, § 10, art. 4 e § 1. TROPLONG, II, n. 513: "La spécialité prépare l'inscription; l'inscription assure la publicité." Vej. acima, § 184.

(12) Lei n. 1.237, art. 3, § 11, art. 4, Decreto n. 3.453, art. 121, §§ 1 e 2.

(13) Vej. § 221, acima.

garantidas e se especifiquem os imóveis sobre que teem de recair.

A fixação prévia da quantia e da designação dos imóveis se fazem mediante certas formalidades. O complexo dessas formalidades constituem o processo denominado — *Especialização* (14).

A especialização, embora sumária e rápida, não é obra para um dia. Assim bem poderá acontecer que as hipotecas que dependem de um tal processo viessem a ser preteridas por hipotecas convencionais posteriores que fossem primeiro que elas inscritas (15). A lei, porém, fornece um remédio para evitar semelhante contingência. Esse remédio é a *Prenotação* (16).

§ 227. — *Hipotecas sujeitas à inscrição; hipotecas dependentes da especialização*

1. São sujeitas à formalidade da inscrição, sob pena de não valerem contra terceiros:

(14) Vej. § 187, acima.

(15) Lei n. 1.237, art. 2, § 10, art. 3, § 10 e art. 9, § 27, Decreto n. 3.453, arts. 157-187.

(16) Por exemplo: um exator de fazenda, enquanto se faz a especialização da hipoteca legal, a que é sujeito, constitue uma hipoteca convencional em imóvel seu em favor de terceiro; esse terceiro inscreve a hipoteca antes de terminada a especialização. A hipoteca convencional prevalecerá contra a da fazenda, salvo o remédio da prenotação, registro provisório, que retrai os efeitos da inscrição à sua data, se a inscrição chega a ser conservada no prazo legal (30 dias). Vej. adiante, § 230.

- a) As hipotecas convencionais (17);
- b) A hipoteca judiciária (18);
- c) As hipotecas legais (19), exceto:
 - I. A das mulheres casadas (20).
 - II. A dos menores e interditos (21).

2. Carecem de ser especializadas para que possam ser inscritas, a judiciária e as legais que dependem da inscrição para valerem contra terceiros, a saber:

A da fazenda pública, de províncias e municipalidades;

A das igrejas e corporações de mão-morta;

A do co-herdeiro;

A do ofendido.

Estas hipotecas podem ser prenotadas (22).

3. A lei, por considerações de justiça, exime da necessidade da inscrição as hipotecas legais da mulher casada, dos menores e interditos (23); todavia no interesse de

(17) Lei n. 1.237, art. 9, § 27, Decreto n. 3.453, artigos 144-156.

(18) Lei n. 1.237, art. 9, Decreto n. 3.453, art. 119.

(19) Lei, art. 3, § 12, Decreto, art. 122.

(20) Lei, art. 3, § 10, art. 9, Decreto, arts. 120 e 122.

(21) Lei, art. 3, § 10, art. 9, Decret. art. 123.

Hipotecas de menores, isto é:

I, de menores orfãos de pais (§ acima).

II, de filhos menores pelo pecúlio adventício (§ acima).

III, de filhos menores do primeiro matrimônio pelos bens que o pai ou mãe bínuba herda de filhos daquele matrimônio (§ acima).

(22) Lei, arts. 3 e 9.

(23) Lei, art. 9, § 27, Decreto, art. 114.

manter o regime da publicidade, tanto quanto é possível, ordena que sejam inscritas, com a declaração, porem, que a falta de inscrição não lhes suprime os efeitos contra terceiros (24). As ditas hipotecas conservam a sua natureza de gerais e portanto, para inscrevê-las não há mister especializá-las (25). E porque produzem os seus efeitos desde a data da sua constituição, dispensam a prenotação (26).

Nada obstante, é permitido aos responsáveis especializá-las, isto é, restringi-las a somas definidas e a bens determinados (27). A especialização neste caso é motivada, não tanto pela necessidade de preparar elementos para a publicidade, como pelo interesse de deixar ao responsável o direito de dispôr livremente dos imóveis que não são compreendidos na especialização.

(24) Lei, art. 2, § 10, art. 3, §§ 10 e 11, art. 9, Decreto, art. 123.

(25) Artigos citados na nota antecedente.

(26) Lei, art. 3, § 11, Decreto, arts. 118, 123, 188 e 212.

(27) Vej. Lei, art. 9, § 27, Decreto, art. 144.

(28) Lei, art. 9, § 11, Decreto arts. 123, 157 e seg.

TÍTULO I

PRENOTAÇÃO

§ 227. a. — O que é a prenotação?

1. A *prenotação* é a inscrição provisória das hipotecas que não podem ser inscritas senão depois de especializadas (1).

Provisória como é, ela vigora por um prazo curto. Esse prazo é concedido para as diligências da especialização e consequente inscrição (2).

2. A utilidade da prenotação consiste na virtude de retrotrair os efeitos da inscrição que se realiza dentro do seu prazo, à data da constituição da hipoteca (3).

(1) Lei n. 1.237, art. 9, § 27, Decreto n. 3.453, art. 144.

(2) Lei, cit. art. 27: "Às hipotecas legais sujeitas à *especialização* e *inscrição*, assim como à judicial, será concedido um *prazo* razoável que não excederá de *trinta dias*, para *verificação dos ditos autos*".

(3) Lei, art. 9, § 27, Decreto n. 1.237, art. 152, §§ 1.º e 2.º.

Em outros países subsiste a prenotação sob o nome de *registro provisório*, não só para os títulos de transmissão de domínio e imposição de onus reais, como para as hipotecas. Vej. a Lei de Espanha, arts. 42 a 46, a portuguesa de 1 de Julho de 1863, arts. 52 e segs. C. Civil Port. arts. 966 e segs. Vej. também TROPLONG, *Privileg. e Hypotheq.* introduction.

3. A prenotação é um favor que a lei concede às pessoas a quem competem hipotecas que dependem da especialização. Aquele, pois, que deixa de requerê-la no prazo legal (4), renuncia apenas a uma vantagem, mas não perde o direito de a todo tempo inscrever a sua hipoteca, uma vez que se apresente com os elementos necessários, isto é, com especialização (5).

§ 228. — *Prazo da prenotação: a quem compete marcá-lo, necessidade de prova da hipoteca*

1. O prazo, dentro do qual vigora a prenotação, e que é concedido, como já se disse, para a especialização e inscrição, não pode exceder o máximo de trinta dias uteis, contados da data da constituição da hipoteca (6).

2. Este prazo é em muitos casos, como o está demonstrando a experiência de todos os dias, insuficiente

(4) O prazo da prenotação não pode exceder de trinta dias, e começa a correr da data da constituição da hipoteca (Decreto, artigo 150). E', portanto, manifesto que, passado o dito prazo, já não é mais permitido requerê-la.

(5) Esta doutrina deriva lógica e necessariamente da natureza e fim da prenotação.

A hipoteca legal do coherdeiro e a judicial não carecem da especialização em forma (Decreto, arts. 223 e 224). O prazo da prenotação relativamente a estas hipotecas é dado para a obtenção do título necessário para a inscrição — formal de partilha e carta de sentença. Vej. Aviso n. 60 de 7 de Fevereiro de 1867, n. 5.

(6) Lei n. 1.237, art. 9, § 27; Decreto n. 3.453, art. 144.

Dias uteis: — quer dizer — que não se contam para o dito prazo os dias feriados. MACKELDEY, § 195, n. 1.

para nele se consumarem as diligências da especialização. Como, por exemplo, especializar em termo tão limitado a hipoteca do ofendido, quando a *pronúncia*, base da prenotação, se retarda por meses e meses (7)? Como especializar no mesmo prazo a hipoteca judicial, quando a sentença condena em quantia que carece de ser liquidada na execução (8)? E nos casos em que há necessidade de se expedir precatória para comarca diversa, afim de se avaliarem os imóveis lá sitos (9)?

3. O prazo da prenotação é fixado dentro do máximo de trinta dias, pelo juiz de direito da comarca, onde são situados os imóveis sujeitos à hipoteca, a requerimento dos interessados ou dos seus representantes legais (10).

(7) Vej. a nota 12, abaixo.

(8) Vej. § acima, 209.

(9) Vej. Decreto, art. 179. Ainda mais, no processo de especialização pode se dar o caso de mais de uma avaliação (Decreto, art. 173) e de mais de um recurso de agravo (Decreto, art. 174, § 2). Como vencer tudo isto em trinta dias?

Nos países onde vigora o *registro provisório*, as leis concedem prazo nunca inferior a um ano. Vej. a lei port. de 1 de Julho de 1863, art. 59, C. C. Port., art. 974, Lei de Espanha, art.

Consagrar a prenotação e estreitá-la nos limites de trinta dias, vale o mesmo que escrevê-la na lei e recusar-lhe os meios de vida.

A preocupação do nosso legislador não foi outra senão a de limitar ao menor espaço de tempo possível a situação, em que a prenotação coloca o responsável, tolhido no seu crédito territorial, enquanto não se consuma a especialização. Mas isso não o justifica: ou a prenotação era uma instituição útil e então convinha adotá-la seriamente, ou não valia o sacrifício; e para que escrevê-la na lei e tirar-lhe ao mesmo tempo os meios de vida prática?

(10) Decreto n. 3.453, art. 145. Se os imóveis são situados em comarcas diversas? Parece que é competente para conceder o prazo o juiz de direito de qualquer das comarcas.

O prazo começa a correr da data da constituição da hipoteca, por exemplo, do dia em que foi perpetrado o delito, se se trata da hipoteca legal do ofendido (11). A data, na relação sujeita, é da maior importância pelos seus efeitos práticos, convem, pois, que seja definida duma maneira positiva e em ordem a excluir dúvidas. É essa a razão por que a lei quer que o juiz a declare no despacho da concessão do prazo (12).

4. Não pode a prenotação ser efetuada sem a prova da existência da hipoteca. Em verdade a prenotação, pondo o responsável sob a ameaça de uma hipoteca de compreensão indefinida, lhe afeta gravemente o crédito: fôra, pois, um perigo e uma injustiça deixar a prática de um ato tal ao arbítrio de quem quer que ostentasse a pretensão de credor hipotecário. A lei, em consequência, requer que o pedido de concessão do prazo seja instruído com documento comprobatório da hipoteca (13).

Assim é mister exhibir: se se trata da hipoteca legal da fazenda pública, geral, provincial ou municipal, o título de nomeação do funcionário, ou certidão da nomeação ou do termo de fiança (14); se da hipoteca das igre-

(11) Lei n. 1.237, art. 9, § 27, Decreto n. 3.453, art. 150.

(12) Decreto, art. 151.

(13) Decreto, art. 146. Neste artigo vem uma remissão entre parênteses ao art. 136, §§ 2, 4 e 8. Há manifesto equívoco na remissão aos §§ 2 e 4 do dito art. 136; porquanto o § 4 da hipoteca dos filhos do primeiro matrimônio sobre os imóveis do pai ou mãe bínuba — hipotecas estas que nem são susceptíveis, nem carecem de prenotação. Vej. Lei, art. 9, § 27 e Decreto, art. 144.

(14) Decret. arts. 146 e 136, § 7.

jas e corporações de mão-morta, o título de nomeação ou certidão autêntica (15); se de hipoteca do coherdeiro certidão do formal de partilha (16); se de hipoteca do ofendido, certidão da pronúncia (17); se de hipoteca judicial, certidão da sentença condenatória (18).

§ 229. — *Como se realiza a prenotação*

A prenotação se faz pela maneira seguinte:

1. Exibindo o despacho do juiz e o documento da hipoteca, o oficial do registro consignará no protocolo

(15) Decret. arts. 146 e 136, § 7. Por exemplo: a provisão de fabriqueiro, a procuração pela qual é nomeado o síndico, a certidão da ata da eleição dos mesários, definidores, etc.

(16) Decret. arts. 146 e 136, § 9. Se o herdeiro já tem o formal de partilha, não carece da prenotação, porque o formal por si só habilita para a inscrição. Decret. art. 223.

(17) Decret. arts. 146 e 136, § 8. Para a prenotação da hipoteca do ofendido é preciso provar quem é o delinquente. E a prova não pode ser outra senão a da pronúncia, que aliás só firma uma *presunção*. Antes da pronúncia não há declaração emanada do juiz, de quem seja o delinquente. Se a prenotação só pode ser feita à vista da sentença condenatória definitiva, então a prenotação da hipoteca do ofendido é absolutamente impossível, porque é impossível que, dentro de trinta dias, a contar da data do crime, se complete o sumário, siga-se o julgamento e se esgotem os recursos legais.

E' de advertir que a hipoteca do ofendido, prenotada e inscrita antes da condenação passada em julgado, é contingente e só se tornará definitiva por essa condenação.

(18) Decret. art. 146 e art. 136, § 10. Vej. Av. n. 60, de 17 de Fev. de 1867, n. 5. Se o exequente pode obter carta de sentença dentro dos trinta dias, não haverá necessidade da prenotação, porque a carta de sentença habilita para a inscrição. Vej. Decret. art. 224.

(19), a nota de apresentação com a respectiva data e número de ordem que competir (20).

Esta nota o oficial a deve reproduzir com as ditas cláusulas no documento da hipoteca (21).

No espaço do protocolo reservado para as anotações (22) é de obrigação do oficial explicar a significação daquela nota, isto é, declarar que ela importa a prenotação da hipoteca constante do documento apresentado, certificando ao mesmo tempo qual o prazo concedido e o dia em que começou a correr (23).

O despacho e o documento ficam arquivados no registro (24).

2. Se dentro do prazo da prenotação, o credor apresentar o documento da especialização, ou o documento

(19) A lei n. 1.237 (art. 9, § 27) dispunha que a prenotação fosse tomada em *livro especial*; o Decret. n. 3.453, porem, fazendo do protocolo a chave e o centro do registro (art. 25) prescreve que nele se façam as prenotações (art. 26 e 148). Esta modificação no plano da lei teve por causa a necessidade de simplificar o registro, e é uma consequência do sistema adotado de constituir o protocolo o regulador do número de ordem, isto é, da prioridade.

(20) Decret. n. 3.453, art. 148.

(21) Decret. cit., art. 148.

(22) Vej. Decret. art. 13, n. 1.º, arts. 24 e 25.

(23) Decret. art. 153: "Na coluna das anotações do protocolo, o oficial do registro lançará a nota seguinte:

"Prenotação durante o prazo (tal) que corre do dia tal, marcado pelo juiz de direito, por despacho de tal data, o qual despacho com o requerimento respectivo fica por mim arquivado". Data e assinatura.

(24) Decret. cit., art. 153.

que a supre (25), realizar-se-á então a inscrição no livro competente (26). Disto lavrará o oficial no protocolo, na mesma coluna das *anotações*, a competente nota, referindo expressamente o número da inscrição e a folha do livro (27).

Se, porem, o prazo se findar sem que se faça a inscrição, o oficial, a requerimento da parte interessada, escreverá a respectiva declaração abaixo da nota da prenotação (28).

E' de advertir, que, ainda quando a parte não requereira cancelamento da prenotação, ela ficará *ipso jure* sem efeito desde que a inscrição não for realizada dentro do prazo (29).

§ 230. — *Efeitos da prenotação*

1. Se a inscrição se consuma dentro do prazo concedido, o número de ordem, sob o qual se fez no protocolo a prenotação, se torna definitivo e como tal determina a prioridade da hipoteca (30).

(25) Formal de partilha ou carta de sentença; Decret. art. 223 e 224.

(26) Decret. art. 155. A inscrição se faz como de ordinário, isto é, de conformidade com os arts. 45 e seg. Vej. § 242 e seg. adiante.

(27) Decret. art. 57, § 1.º. Sempre que se faz a inscrição, é necessário dar disso notícia no protocolo.

(28) Decret. art. 154.

(29) O prazo é improrrogavel: findo ele, não é mais admissivel a inscrição. Vej. Av. n. 60, de 7 de Fev. de 1867, n. 1.

(30) Decret. n. 3.453, art. 152, § 1.º.

A inscrição, no dito caso, retrotrai os seus efeitos à data da constituição da hipoteca e a hipoteca prenotada e inscrita prevalece contra todas as hipotecas que foram posteriormente apresentadas embora houvessem sido inscritas antes (31).

E' nisto que está a virtude e a eficiência da prenotação.

2. Mas, se se findo o prazo e a hipoteca prenotada não é inscrita, a prenotação se reputa anulada por força do decreto da lei, e sem efeito o número de ordem que se lhe dera no protocolo (32).

Assim que: se a mesma hipoteca for mais tarde trazida a registro, como é permitido, tomará no protocolo um novo número de ordem, segundo pela data da nova apresentação lhe competir (33).

(31) Lei, art. 9, § 27, Decret. art. 152, §§ 1 e 2.

A lei n. 1.237 (art. 9, § 27) proibia formalmente a inscrição de outras hipotecas do mesmo devedor durante o prazo da prenotação: — proibição inutil, porque a inscrição dessas hipotecas jamais poderia prejudicar a hipoteca prenotada, segundo o próprio sistema da lei. O Decret. n. 3.453 admitiu a possibilidade da inscrição de tais hipotecas. Se por um lado a dita proibição era inutil, quanto à hipoteca prenotada, por outro lado trazia dificuldades práticas pelo que respeita a inscrição das que se apresentavam dentro do prazo da prenotação: Como determinar o número que se lhes devia dar no protocolo? O Av. n. 60, de 7 de Fev. de 1867, n. 4, confirma a doutrina do Decret. n. 3.453.

Não deixa de ser curiosissimo este sistema de corrigir os erros da lei por via de regulamentos do poder executivo!

(32) Decret. n. 3.453, arts. 149 e 154.

(33) Decret. art. 108 e Av. n. 60, de 7 de Fev. de 1867, n. 2.

TÍTULO II

ESPECIALIZAÇÃO

§ 231. — *Em que consiste a especialização*

As hipotecas legais, com exceção da do coherdeiro, são em sua origem *gerais*. Não recaem, no momento em que nascem, em bens individuais, nem garantem obrigações que representem sempre quantia certa e líquida (1).

Mas a inscrição, no sistema do nosso Direito, presuppõe quantia precisa e bens determinados (2).

(1) A hipoteca do coherdeiro nasce, por assim dizer, especializada: a quantia da torna e o imóvel sobre o qual recai a hipoteca, ficam determinados pelo ato constitutivo da hipoteca — a partilha. As demais hipotecas legais, porém, como a do menor, do interdito, do ofendido, no momento em que se constituem, não abrangem bens determinados, nem a esse tempo é sabido o valor das obrigações dos responsáveis.

A hipoteca da mulher casada e a da fazenda pública, quando constituída pelo termo de fiança, tem quantia certa, mas também não compreendem bens determinados.

(2) Vej. acima § 226.

E' mister, portanto, *converter* as hipotecas legais que dependem essencialmente da inscrição em hipotecas *especiais*, para que possam ser inscritas.

A especialização é o processo por via do qual se obtém aquela conversão (3).

Tem a especialização por fim:

a) Reduzir a responsabilidade garantida pela hipoteca a valor monetário, certo e determinado;

b) Individuar e estimar o imóvel ou imóveis sobre os quais tem de recair a hipoteca (4).

As formalidades e diligências que a lei prescreve para a especialização, são todas calculadas naquele sentido.

A especialização se faz em juízo, mediante fórmulas sumárias (5).

E' permitido especializar as hipotecas legais dos menores, interditos e mulheres casadas, embora possam ser inscritas com o caráter de gerais (6).

§ 231. a. — *Qual o juiz competente para a especialização?
Por quem pode ser requerida?*

A) A competência do juiz para a especialização é determinada pela qualidade da pessoa, a quem pertence a.

(3) Vej. Decret. n. 3.457, arts. 157-187.

(4) Decret. art. 162 e ns. 1 e 2.

(5) A especialização, segundo o C. C. Português (art. 909) é simplicíssima. Eis a sua disposição a respeito: As hipotecas legais podem ser registradas em relação a todos os bens necessários para o cumprimento da obrigação, e tem a faculdade de designar os que para isso quiser.

(6) Decret. arts. 123 e 188-217.

hipoteca. A lei quer que a especialização corra perante o juiz a quem particularmente incumbe a proteção das pessoas e direitos daqueles em cujo favor foi criada a hipoteca (7).

Assim compete:

1. Ao juiz de orfãos a especialização da hipoteca legal dos menores e interditos (8).

2. Ao juiz dos feitos da fazenda a especialização da hipoteca da fazenda pública-geral, das províncias e municipalidades (9).

3. Ao juiz da provedoria a da hipoteca das igrejas e corporações de mão-morta (10).

4. Ao juiz do civil a hipoteca das mulheres casadas e a dos ofendidos (11).

(7) Vej. Decret. n. 3.453, art. 157.

(8) Decret. n. 3.453, art. 157, § 1.º.

(9) Decret. cit., art. 157, § 2. Para requerer a especialização da hipoteca legal da fazenda nacional foram designados por Avis. n. 402, de 12 de Setembro de 1865 os procuradores dos feitos de fazenda e seus agentes.

Não havia razão para submeter a especialização da hipoteca das municipalidades ao juízo dos feitos. As câmaras nas questões de Direito Privado estão sujeitas ao juízo comum. E acresce que havendo para cada província um só juiz dos feitos, residente na capital, torna-se difícil e dispendiosa a especialização das hipotecas das municipalidades de lugares distantes.

Esta dificuldade anula de fato a hipoteca legal das municipalidades.

(10) Decret. art. 157, § 3.

(11) Decret. art. 157, § 4.

B) A tarefa de requerer e promover a especialização, a lei ou a deixa ao cuidado dos interessados, ou a impõe como obrigação a certos funcionários, se à hipoteca se prende um interesse de ordem pública.

Nestes termos:

1. São competentes para requerer a especialização da hipoteca legal da mulher casada, menores e interditos:

a) os responsáveis, isto é, tutores, curadores, pais e maridos (12);

b) Os adquirentes dos imóveis pertencentes aos responsáveis, quando por ventura queiram remí-los (13).

As ditas hipotecas, como já disse, não carecem de ser especializadas para que sejam inscritas, nem de serem inscritas para que valham contra terceiros (14). A especialização, pois, só é útil aos responsáveis e aos adquirentes; aos responsáveis, porque restringe a hipoteca a imóveis determinados, deixando-lhes livres os outros (15), aos adquirentes, porque lhes permite a remissão (16). E pois que são os únicos interessados e de sua negligência nenhum prejuízo pode resultar às pessoas investidas de tais hipotecas, a lei lhes confia a especialização.

(12) Decret. art. 158, § 1.

(13) Decert. art. 158, § 2. Vej. Lei n. 1.237, art. 10, § 11, Decret. art. 304.

(14) Lei n. 1.237, art. 3, § 11 e art. 9, Decret. art. 123.

(15) Vej. §.

(16) Vej. § 262 adiante.

2. A obrigação de especializar a hipoteca da fazenda geral, provincial e municipalidades, incumbe aos responsáveis, aos seus fiadores (17), e particularmente aos empregados que forem para isso designados (18).

Estas hipotecas são daquelas que não prevalecem contra terceiros sem inscrição. E como garantem diretamente interesses públicos, a lei estabelece providências para que sejam especializadas e inscritas quando os responsáveis se hajam a respeito com negligência.

3. A especialização da hipoteca da igreja e corporações de mão-morta deve ser requerida:

- a) pelos responsáveis;
- b) pelos procuradores que para esse fim elas constituírem;
- c) pelo promotor de capelas (19).

A intervenção obrigada do promotor de capelas representa a ação do Estado, corrigindo com a sua vigilância a omissão dos responsáveis e das próprias corporações (20).

4. A hipoteca do ofendido tem um caráter meramente particular; o cuidado, pois, da sua especialização é

(17) Decret. art. 159, § 1.

(18) Decret. art. 159, §§ 2, 3 e 4.

(19) Decret. art. 160.

(20) O Estado intervem porque a igreja e as corporações de mão-morta são equiparados a menores. Vej. acima § 204.

deixado à livre vontade dos responsáveis e das pessoas a quem ela pertence (21) .

Se o ofendido for o Estado, a província, as municipalidades, a igreja, as corporações de mão-morta, os menores, interditos ou as mulheres casadas, a especialização deve ser promovida pelos seus representantes legais (22) .

5. A hipoteca legal do herdeiro e a judicial não carecem de especialização em fôrma (23). A do coherdeiro tem sempre quantia determinada — a *torna*, e recai necessariamente no imóvel quinhoado ao coherdeiro repouante (24). A do exequente traz a quantia precisada na sentença, e grava os imóveis que forem designados nos extratos (25) .

(21) Decret. art. 161.

(22) Os representantes das ditas entidades, como são os procuradores dos feitos, coletores, tutores, maridos, síndicos, são por lei obrigados a promover as medidas conservatórias dos direitos daquelas pessoas, entre as quais figura a da especialização das hipotecas legais pelas obrigações *ex-delicto*.

(23) Decret. art. 223 e 224.

(24) Lei n. 1.237, art. 3, § 8, Decret. cit., art. 223.

(25) Decret. art. 224. Se a sentença condena em quantia ilíquida? Vej. § acima 209.

(26) Decret. n. 3.457, art. 162.

E' de notar que a especialização deve ser requerida com os documentos que comprovam a existência da hipoteca. Vej. § 228 acima.

§ 232. — *Arbitramento da responsabilidade: designação e avaliação dos imóveis*

1. A designação do imóvel ou imóveis que a hipoteca tem de gravar, é um direito de quem requer a especialização (26).

2. O arbitramento da quantia pela qual deve ser especializada a hipoteca, e a avaliação dos imóveis que forem designados, se fazem por lances nomeados pelo juiz a aprazimento das partes (27).

A parte que requer a especialização é obrigada a declarar, segundo a sua estimativa, a importância da responsabilidade e o valor dos imóveis nomeados, instruindo a petição com o documento demonstrativo do seu cálculo e com a relação de outros imóveis que porventura o responsável possua, além dos designados (28).

3. O montante da responsabilidade e o valor dos imóveis devem ser fixados segundo as regras de Direito.

Assim no arbitramento da importância da hipoteca dos menores, interditos e corporações de mão-morta se tomarão em consideração, não só o valor dos bens como o total dos rendimentos que se hão de vencer até o termo da tutela, curatela, ou administração dos responsáveis (29).

(27) Decret. art. 164. A nomeação dos arbitradores se faz em audiência. Se há imóveis sítos em comarca diversa, se avaliam por precatória. Decret. art. 179.

(28) Decret. arts. 162 e 163. A relação dos imóveis, além dos designados, é para o caso de ocorrer algumas das hipotecas previstas nos arts. 173, 177 e 178.

(29) Decret. art. 167.

Não entram, porém, no cálculo os imóveis. Não podem eles ser extraviados ou consumidos; a sua permanência oferece uma garantia igual à da hipoteca (30).

A importância da responsabilidade do criminoso se arbitra segundo as regras da satisfação do dano causado (31).

4. Dispensam o arbitramento da responsabilidade:

a) A hipoteca da mulher casada, porque a estimativa deve constar da convenção antenupcial (32);

b) A hipoteca legal da fazenda pública, quando constituída pelo termo de fiança, no qual já vem fixada a importância da responsabilidade (33).

Dispensam o arbitramento da responsabilidade e a avaliação de imóveis:

A hipoteca do coherdeiro (34).

A hipoteca do exequente (35).

(30) Decret. art. 168. Este artigo alude tão somente à hipoteca legal das mulheres casadas, menores e interditos. Não há razão para excluir da citada disposição os imóveis da igreja e corporações de mão-morta.

(31) Decret. art. 169. Cód. Crim., arts. 21 e seg. Vej. acima § 205.

(32) Decret. 165. Mas se o dote não é estimado, será admissível o arbitramento? Parece que sim. E é naturalmente este o caso à que alude o art. 167, quando aplica ao arbitramento da responsabilidade pela hipoteca da mulher casada as regras que estabelece; aliás estaria em manifesta contradição com o citado art. 165. Vej. acima § 188.

(33) Decret. art. 166. Se o funcionário não estiver sujeito à fiança, há lugar o arbitramento.

(34) Decret. art. 223.

(35) Decret. art. 224.

§ 233. — *Julgamento da especialização por sentença*

1. Arbitrada a importância da responsabilidade e avaliados os imóveis, serão ouvidas a respeito as partes (36).

É-lhes permitido alegar o que lhes ocorrer:

a) Sobre a estimação da responsabilidade, arguindo-a de diminuta ou exagerada.

b) Sobre a qualidade dos bens e suas suficiências, como se são livres ou gravados de onus reais, de valor inferior ou superior à importância da obrigação.

c) Sobre a avaliação que pode ser errônea, ou por baixa ou por alta (37).

2. Satisfeita esta formalidade, o juiz decidirá como for de justiça (38).

Se julgar procedente a especialização, mandará proceder à inscrição da hipoteca, declarando no texto da sentença a importância da responsabilidade e os imóveis sujeitos, por sua denominação, sítio e característicos (39).

3. Pode o juiz deixar de homologar o arbitramento e a avaliação dos louvados, e corrigi-los, se entender que assim o requer a justiça (40).

(36) Decret. n. 3.453, art. 170. Concede-se para o dito fim a cada uma das partes o prazo de quarenta e oito horas. Cit. art. 170.

(37) Decret. art. 170, §§ 1.º, 2.º e 3.º.

(38) Decret. arts. 171, 176, 177 e 178.

(39) Decret. arts. 171, 172 e 176.

(40) Decret. art. 171.

Do despacho que homologa ou corrige o arbitramento e a avaliação, cabe o recurso de agravo (41).

4. Se o juiz, homologando ou corrigindo o arbitramento e a avaliação, se convencer que os bens designados não são livres ou suficientes, e tem o responsável outros bens além dos nomeados, mandará que sejam estes avaliados (42).

Do despacho que julga os bens designados não livres ou não suficientes, compete igualmente o recurso de agravo (43).

5. A especialização será julgada procedente, quando homologando ou corrigindo o arbitramento e avaliação, entender o juiz que os imóveis são livres e suficientes, para garantir a responsabilidade (44).

6. Se os imóveis avaliados, ou não são livres, ou não são suficientes, a sentença pode variar de conclusão, segundo a hipótese ocorrente, a saber:

a) Se os imóveis designados não são ou livres ou suficientes, e o responsável tem outros imóveis, serão estes avaliados, e se reunirem as qualificações legais, neles será especializada a hipoteca (45);

(41) Decret. art. 174, § 1.º. E' a sentença que homologa a especialização na hipótese do art. 171.

(42) Decret. art. 173. Neste caso o juiz não julga ainda a especialização, mas manda proceder a uma nova diligência.

(43) Decret. art. 174, § 2.º. O agravo não suspende a diligência da nova avaliação. Decret. art. 175.

(44) Decret. art. 171.

(45) Decret. art. 173 e 176.

b) Se, porem, são livres, mas insuficientes os imóveis designados, e o responsável não tem outros imóveis, a especialização será julgada procedente, reduzindo o juiz a importância da hipoteca ao valor dos bens dados (46), salvo se se trata da hipoteca legal das mulheres casadas, menores e interditos, casos estes em que a especialização será julgada improcedente (47).

c) Se os bens designados não forem do responsável (48) ou estiverem sujeitos a onus que tornem a hipoteca

(46) Decret. art. 178. A redução do valor da hipoteca ao valor do imóvel, no caso figurado, não tem razão de ser. Era melhor deixar a hipoteca subsistir por toda a dívida sobre o imóvel de valor insuficiente do que reduzir a hipoteca ao valor do imóvel. Vigorando a doutrina do Decreto, a hipoteca só subsiste pelo valor dado ao imóvel na avaliação; o dono da hipoteca portanto será havido como quirografário, mesmo em relação ao imóvel especializado, pela dívida na parte que exceder ao valor a que a hipoteca foi reduzida, se esse imóvel aumentar de valor, como se for melhorado, se nele se fizerem edificações. O direito de preferência, como é sabido, não pode aproveitar à dívida na parte, em que deixou de ser hipotecária.

O citado artigo 178 diz no final: "Salvo os privilégios sobre os outros bens do devedor (lei, art. 5, § 2) não susceptíveis de hipoteca". Estas palavras aludem ao caso de ter o credor da hipoteca legal algum dos privilégios que a lei deixou subsistir: em tal caso o privilégio continua a vigorar, ainda dada a redução de que se trata.

(47) Decret. art. 177.

A razão é clara: A hipoteca das mulheres casadas, menores e interditos, valem sem inscrição contra terceiros, sobre todos os imóveis do responsável; mas uma vez especializadas e inscritas só afetam os bens designados. Se, portanto, os imóveis especializados são insuficientes, seria sacrificar o direito daquelas pessoas especializar a hipoteca em tais imóveis: — perderiam a garantia geral de todos os imóveis que os responsáveis de futuro adquirissem pela garantia especial de bens insuficientes.

(48) Se forem de terceiros, não podem ser hipotecados (§ 216 acima) salvo consentimento do dono, caso em que a hipoteca seria convencional.

inútil (49), e o responsável não tiver outros imóveis, a especialização será julgada improcedente (50).

7. A sentença de especialização devidamente extraída, constitui o título com o qual se requer a inscrição da hipoteca especializada (51).

§ 234. — *Particularidades da especialização da hipoteca legal da mulher casada*

1. No contrato antenupcial pode o marido especificar os imóveis seus sobre os quais deve recair a hipoteca legal da mulher.

Parece que esta designação por si só era suficiente para comunicar à hipoteca o carácter de especial, e destarte autorizar a inscrição, independentemente de mais formalidades, como se pratica com a hipoteca convencional (52).

Todavia a lei sujeita a hipoteca na hipótese figurada à necessidade da especialização, dispensando no entanto o arbitramento e a avaliação (53).

Em vista da escritura antenupcial, donde constam o dote estimado e os imóveis designados, e mediante requere-

(49) Como se estivessem sujeitos a hipotecas anteriormente inscritas, a usufruto, etc.

(50) Neste caso a especialização é impossível, porque o responsável não tem imóveis sobre os quais possa recair a hipoteca.

(51) Decret. art. 220.

(52) Vej. os arts. 2.140 e 2.142 do C. C. francês, TROPLONG, II, n. 637 e III, n. 712. CÚJACIO, sobre a C. de rei uxor. C. *Uba conventionalis est hypotheca, super vacua est legitima.*

(53) Decret. n. 3.457, arts. 182 e 183.

rimento (54), o juiz julga a hipoteca especializada e manda proceder à inscrição, declarando na sentença o valor da responsabilidade e individuando os imóveis (55).

2. Pode bem acontecer que o valor dos imóveis mencionados na escritura antenupcial sejam excessivamente superiores à estimação do dote: — o que se converte em manifesto prejuízo do marido, cujo crédito sofre diminuição desnecessária, e dos credores, a cujo pagamento seria inutilmente subtraído o valor que excede à responsabilidade hipotecária do marido. Ocorrendo o aludido caso, é permitido ao marido e a seus credores impugnarem a especialização, feita pela forma dita, dos imóveis designados na escritura antenupcial, e requerer que a especialização se faça com as suas solenidades regulares, isto é, com arbitramento e avaliação (56).

§ 235. — *Efeitos da especialização*

As hipotecas legais, depois de especializadas e inscritas (57), se transformam em hipotecas especiais, e como

(54) A especialização deve ser requerida pelo marido.

(55) Decret. art. 183.

(56) Decret. art. 184. Depois de especializada e inscrita a hipoteca legal da mulher casada, poderá o marido requerer a redução quanto aos imóveis? Não. A hipoteca legal, depois de especializada e inscrita, é regulada pelos princípios relativos à hipoteca convencional ou especial. Decret. art. 185. Ora, a redução de imóveis sujeitos a hipotecas especiais, é proibida, salvo convindo o credor: art. 240. § 1.º. E a mulher casada não pode convir nisso. Vej. acima parágrafo 191.

(57) Não é preciso dizer que a especialização, não sendo seguida da inscrição, não produz efeito algum.

tais, quanto a seus efeitos, ficam sujeitas aos princípios de direito que regem as hipotecas convencionais (58).

Desta doutrina resultam os corolários seguintes:

1. As ditas hipotecas, especializadas e inscritas, só gravam os imóveis designados.

2. Os responsáveis dispõem livremente dos imóveis que não foram compreendidos na especialização.

3. Os imóveis especializados podem ser remidos pelos terceiros adquirentes (59).

4. Tornando-se os ditos imóveis insuficientes para garantir a responsabilidade, é lícito aos credores pedir reforço da hipoteca (60).

Para o reforço, a designação se faz segundo o processo regular da especialização (61).

(58) Decret. n. 3.453, art. 185.

(59) Lei n. 1.237, art. 10, § 11. Decret. art. 304.

(60) Decret. art. 186.

(61) Decret. art. 187.

CAPITULO II

INSCRIÇÃO

§ 236. — *Pessoas que tem qualidades para requererem a inscrição*

1. A inscrição, em regra, é deixada ao cuidado do credor hipotecário. Tal é a disposição acerca da hipoteca convencional e de algumas das legais (1). Negócio de interesse particular, a lei a confia à vigilância do interessado.

Há, porem, hipotecas, de cuja inscrição a lei faz um dever. Estas hipotecas são:

I. As gerais, isto é, as das mulheres casadas, menores e interditos (2).

II. As hipotecas estabelecidas em favor da coisa pública e de certas pessoas incapazes (3).

(1) Vej. § 239 a diante.

(2) Vej. § 237 e 238 adiante.

(3) Hipotecas da fazenda pública; hipotecas da igreja e corporações de mão-morta. Vej. § 239 adiante.

A citada disposição, pelo que respeita às hipotecas gerais, tem por motivo o pensamento de salvar o princípio da publicidade da indiferença das partes (4): quanto às segundas, é determinada pela necessidade de resguardar os interesses de pessoas, a quem o Estado deve proteção, atenta a incapacidade ou impossibilidade de exercerem por si os seus direitos (5).

2. A bem da ordem e da clareza, podem ser divididas em duas classes as pessoas que tem qualidade para requererem a inscrição, a saber:

a) Pessoas que tem qualidade para requererem a inscrição das hipotecas gerais.

b) Pessoas que tem qualidade para requererem a inscrição das hipotecas especiais ou especializadas.

I. INSCRIÇÃO DAS HIPOTECAS GERAIS

§ 237. — *Pessoas que tem qualidade para requererem a inscrição da hipoteca legal da mulher casada*

E' obrigação do marido inscrever a hipoteca legal da mulher dentro do prazo de oito dias a contar da constituição da mesma hipoteca (6), isto é:

(4) Vej. § 238.

(5) Vej. §. 187. acima.

(6) Decret. 3.453, arts. 188 e 189.

a) da data do casamento, quando a incomunicabilidade resulta de convenção antenupcial (7);

b) da data da aquisição ou do dia em que ela se torna exigível, se se trata de bens deixados ou doados na constância do matrimônio com a cláusula de — não-comunhão (8).

No intuito de assegurar a inscrição, a lei estabelece as prescrições seguintes:

1. O tabelião, em cujas notas se lavrar escritura de pacto antenupcial ou de doação, exclusivos da comunhão, bem como o escrivão da provedoria que registrar testamento contendo herança ou legado incomunicáveis em favor de mulher casada, deverão, sob pena de responsabilidade criminal, notificar o marido para fazer inscrever a respectiva hipoteca. (9).

2. Se o marido não faz a inscrição no dito prazo de oito dias, o pai, qualquer parente da mulher casada ou o doador, são *autorizados*, a requerê-la (10).

3. No caso de herança ou legado com a cláusula de *incomunicáveis*, se a hipoteca não for inscrita dentro de

(7) Decret. art. 189: “oito dias depois de *constituída* a hipoteca da mulher casada” e art. 136, § 5.

(8) Decret. art. 189 e art. 136, § 6.

(9) Decret. art. 190. O tabelião ou escrivão deve certificar à margem da nota ou registro a notificação.

(10) Decret. art. 189. São *autorizados*, mas não obrigados. Poderá requerer a inscrição um estranho? Em França se entende que não, e bem, por uma razão de decoro. PONT, II, n. 845

três meses depois de registrado o testamento, é obrigado a inscrevê-la o testamenteiro (11).

4. A lei vai além e chama ainda a intervenção e a vigilância dos magistrados encarregados da administração da justiça. Assim incumbe:

a) Ao juiz da provedoria — ordenar a notificação do marido para a inscrição da hipoteca por herança ou legado incomunicáveis, se o escrivão for negligente em cumprir o seu dever (12).

b) Ao juiz de direito em correição — examinar se os escrivães da provedoria fazem as notificações, responsabilizando-os pelas faltas (13); e — *constranger*, sob pena de desobediência, a requerer a inscrição aos maridos que, tendo sido notificados, deixaram de fazê-la (14).

5. Para tornar efetiva a execução das providências expostas, a lei estabelece diversas sanções, a saber:

I. Os juizes, escrivães, e tabeliães que não cumprirem os seus deveres relativos à inscrição das hipotecas le-

(11) Decret. art. 191.

(12) Decret. art. 192. Pode o juiz punir correcionalmente o escrivão, que for achado em falta.

(13) Decret. art. 193.

(14) Decret. art. 194. O citado art. diz: "*constrangerá o marido*" mas não especifica o meio: Fica, pois, o caso sujeito à regra geral — imposição da pena de desobediência.

gais das mulheres casadas serão criminalmente responsáveis e ficam obrigados a satisfazer o dano causado (15).

II. O testamenteiro que não requerer a inscrição nos casos em que é obrigado, perderá o direito à vintena (16).

E sem constar da inscrição, a testamentária não será julgada cumprida (17).

III. O marido que alienar algum ou todos os seus imóveis, não estando inscrita a hipoteca legal da mulher, se presume proceder com fraude e fica sujeito às penas de estelionato, salvo se declarar ao adquirente a existência da dita hipoteca (18).

(15) Lei n. 1.237, art. 9, § 21, Decret. art. 197.

Não pode haver dano causado em relação à mulher casada porque a sua hipoteca legal vale contra terceiros, não obstante a falta de inscrição. O dano só pode ocorrer em relação a terceiros que, ignorando a existência da hipoteca por não haver sido inscrita, comprassem imóveis do marido ou aceitassem hipoteca sobre eles.

(16) Decret. art. 195. O art. 9, § 22 da lei diz: “perderá em favor das *partes lesadas* a vintena”. O cit. art. 195 declara que o testamenteiro perderá a vintena em favor da mulher casada.

A falta de inscrição, como se observou em a nota precedente, não lesa, nem pode lesar a mulher

(17) Decret. art. 196.

(18) Lei n. 1.237, art. 9, § 22, Decret. art. 198.

Deve a declaração da responsabilidade que tem pelo dote ou doação, ser *expressa*? Se o marido se limitar a dizer que é casado por convenção ante-nupcial exclusiva da comunhão, será suficiente esta declaração para excluir a presunção da fraude?

A lei requer evidentemente uma declaração expressa: trata-se da boa fé de terceiro e essa boa fé pode ser facilmente iludida por palavras, cuja significação só esteja ao alcance de quem é entendido em Direito. Vej. PONT., II, n. 854.

A presunção de fraude, resultante da falta de declaração da hipoteca, admite prova em contrário? Não, se a prova for deduzida de

Constituem elementos substanciais do estelionato no caso sujeito, pressuposta a alienação:

1.º O fato de não estar a hipoteca inscrita;

2.º A não-revelação da existência da hipoteca ao adquirente (19).

Na falta de um daqueles elementos, a alienação deixa de revestir a natureza de estelionato.

Assim:

Se a hipoteca se acha inscrita, cessa a razão de fraude excluída pela publicidade do registro (20).

Se a hipoteca não está inscrita, mas o marido declara ao adquirente o onus hipotecário do imóvel, cessa igual-

ignorância ou erro de direito; sim, se for deduzida de erro acerca de fato, que se tivesse existido, importaria a extinção da hipoteca, como se o marido acreditava a mulher morta, e se se tivesse aberto o seu testamento, no qual ele fosse instituído herdeiro.

(19) Lei n. 1.237, art. 9, § 22: ficam sujeito às penas de estelionato pela omissão da inscrição, *verificada a fraude*, Decret. art. 198:... fica pela omissão da inscrição sujeito às penas de estelionato... se o caso de *alienação*... não declarar a responsabilidade..."

O Decreto diz "*no caso de alienação*". Nestas palavras estará também compreendida a hipoteca constituída pelo marido? Certamente que sim: 1.º, porque a hipoteca é uma espécie de alienação; 2.º, porque milita maior razão, quanto à hipoteca. Certamente no caso de alienação o adquirente tem meio de resguardar-se da fraude, recorrendo à remissão; mas no caso de hipoteca o prejuízo é inevitável.

O art. 1.236 do Cód. Civil francês alude tão somente ao caso de hipoteca. Os escritores franceses, visto como a hipoteca é menos compreensiva do que a alienação, e tem o adquirente contra a fraude o alvitre da remissão, entendem que o citado art. 1.236 não inclui o caso de alienação. DURANTON, XX, n. 42, PONT., n. 849.

(20) Lei, art. 9, § 21, "*omissão da inscrição*". Decret. art. 198; PONT., II, n. 852.

mente a razão da fraude, incompatível com a ciência da hipoteca preexistente (21).

CÓDIGO CIVIL

Art. 838 — Compete aos interessados, exibindo o traslado da escritura, requerer a inscrição da hipoteca, incumbindo especialmente promover a da legal, às pessoas determinadas nos artigos seguintes — 843, 845.

Art. 839 — Incumbe ao marido, ou ao pai, requerer a inscrição e especialização da hipoteca legal da mulher casada. — 827, I.

§ 1.º — *O oficial público que lavrar a escritura de dote, ou lançar em nota a relação dos bens particulares da mulher, comunicá-lo-á ex-officio ao oficial do registo de imóveis.*

§ 2.º — *Consideram-se interessados em requerer a inscrição desta hipoteca, no caso de não o fazer o marido ou o pai, o dotador, a própria mulher e qualquer dos seus parentes sucessíveis.*

§ 238. — B) *Pessoas com qualidade para requererem a inscrição da hipoteca legal dos menores e interditos*

No mesmo intuito de assegurar a publicidade da hipoteca legal dos menores e interditos, pelo que vai nisso de interesse a terceiros (22), a lei estabelece uma combina-

(21) Decret. art. 198: “Se não declarar a responsabilidade”. *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt*, fr. 145, D. R. J. PONT., II, n. 856.

(22) A lei recomenda a publicidade das ditas hipotecas tão somente por interesse de terceiros e não dos menores e interditos, pois que aquelas hipotecas valem contra terceiros, ainda que não estejam inscritas.

ção de prescrições análogas às que ficam expostas acerca da inscrição da hipoteca legal da mulher casada.

Assim que:

1. São por força da lei obrigados a inscrever a hipoteca legal dos menores e interditos:

a) O tutor e o curador, oito dias depois de assinado o termo de tutela ou curatela, ainda mesmo antes de entrarem no exercício de suas funções (23);

b) O pai ou mãe, oito dias depois de constituída a hipoteca (24).

No caso de omissão do tutor, curador, pai ou mãe, são *autorizados* a inscrevê-la os parentes do menor ou interdito (25).

c) O testamenteiro, se dentro de três meses, a contar do registro do testamento, em que é deixada herança ou legado à menor ou interdito, a respectiva hipoteca não tiver sido inscrita (26).

2. A lei impõe a certos oficiais, revestidos de caráter público, o dever de cooperarem para a inscrição, por via

(23) Lei n. 1.237, art. 9, § 17, Decret. art. 199, § 1.º.

(24) Lei, art. 9, § 17, Decret. art. 199, § 2.º.

(25) Lei n. 1.237, art. 9, §§ 13 e 18 e Decret. art. 200.

Na redação dos §§ 17 e 18 do art. 9 da lei n. 1.237 há manifesto equívoco. O § 17 diz “inscrição da hipoteca do pai”. O pai não tem hipoteca legal, mas sim o filho menor. O § 18 se exprime assim: “pode ser requerida por qualquer *parente do pai*”. É o mesmo engano. A lei deveria ter dito “parente do menor”.

O Decret. n. 3.453, art. 199, corrigiu aqueles erros.

(26) Lei, art. 9, § 12, Decret. art. 204.

de diligências consentâneas com a índole de suas funções. Estas diligências se resumem nas seguintes:

O escrivão de orfãos, quando lavrar termo de tutela, curatela ou de juramento de cabeça de casal, deve notificar o tutor, curador ou pai para fazer a inscrição da hipoteca resultante (27).

O tabelião, em cuja nota se passar escritura de doação em favor de menor ou interdito, bem como o escrivão da provedoria de registrar testamento contendo herança ou legado a algum daqueles incapazes, são obrigados a remeter ao escrivão de orfãos um certificado, no qual mencionarão:

- I. O nome e domicílio do doador ou testador;
- II. O nome, filiação e domicílio do menor ou interdito;
- III. O objeto doado ou legado;
- IV. A data da escritura de doação ou da abertura do testamento (28).

Uma vez de posse do certificado, o escrivão de orfãos o apresentará ao juiz para que nomeie tutor. No caso de já haver tutor ou curador nomeado, ou de menor ter pai vivo, juntará o dito certificado aos autos respectivos. Se o menor tiver pai, mas ainda não houver inventário, o es-

(27) Lei, art. 9, § 14, Decret. 201. O escrivão deve certificar a notificação à margem do termo de tutela, curatela ou do juramento de cabeça de casal. Decret. art. 201.

(28) Lei, art. 9, § 14, Decret., art. 202.

crivão autuará o certificado, o apresentará ao juiz e notificará o pai para a inscrição (29).

3. E' também chamada a intervenção dos magistrados encarregados da administração da justiça.

Assim incumbe:

Ao juiz da provedoria ordenar a remessa do certificado a cargo do seu escrivão (30).

Ao juiz de orfãos, logo que chégué ao seu conhecimento o certificado, dar tutor ou curador ao menor ou interdito, ordenar as notificações, e constringer o tutor, curador ou pai a fazer a inscrição, sob pena de desobediência (31);

Ao juiz de direito em correição verificar se os juizes e oficiais incumbidos da inscrição desempenharam os seus deveres, responsabilizando-os pelas faltas, e constringer os tutores, curadores e pais a fazê-la (32)

4. O curador geral de orfãos tem também por obrigação promover a prática das diligências que são necessárias para a inscrição, e torná-la efetiva (33).

5. A lei completa as disposições acima expostas com as sanções seguintes:

(29) Decret. art. 203 e §§.

(30) Lei, art. 9, § 14, Decret. art. 205.

(31) Lei, art. 9, § 14, Decret. art. 206.

(32) Lei, art. 9, § 14; Decret. art. 207.

(33) Lei, art. 9, § 14, Decret. art. 208.

a) Os juizes, curadores gerais e escrivães que faltarem aos seus deveres relativos à inscrição ficarão sujeitos à responsabilidade civil ou criminal que no caso couber (34).

b) Às partilhas e as contas de tutela, curatela ou da testamentária, sem constar da inscrição, não serão julgadas por sentença (35).

c) O testamenteiro que deixar de fazer a inscrição, nos casos em que é obrigado, perderá a vintena (36).

d) O tutor, curador ou o pai que alienar algum ou todos os imóveis seus, não estando inscrita a hipoteca legal do menor ou interdito, se presume proceder com fraude e incorre nas penas de estelionato, salvo se declarar ao adquirente a existência da dita hipoteca (37).

CÓDIGO CIVIL

Art. 840 — Incumbe requerer a inscrição e especialização da hipoteca legal dos incapazes :

(34) Lei, art. 9, § 21, Decret. art. 211.

(35) Decret. arts. 206 e 210.

(36) Lei, art. 9, § 22, Decret. art. 209. O dito art. 209 do Decreto, enquanto declara que o testamenteiro perderá vintena em favor dos menores e interditos, interpreta o art. 9, § 22 da lei com a mesma infidelidade que o artigo 105. A falta de inscrição da hipoteca legal não pode lezar os menores e os interditos, visto como as ditas hipotecas valem contra terceiros, embora não estejam inscritas. Vej. § 237, nota 11.

(37) Lei, art. 9, § 22, Decret. 212. Tem perfeita aplicação ao caso à doutrina relativa ao estelionato cometido pelo marido. Vej. acima, § 237, n. 5, III, notas, 13, 14, 15 e 16.

I — Ao pai, mãe, tutor, ou curador, antes de assumir a administração dos respectivos bens e, em falta daqueles, ao Ministério Público.

II — Ao inventariante, ou ao testamenteiro, antes de entregar o legado, ou a herança.

Art. 841 — O escrivão do inventário, em se assigando termo de tutela, remeterá de ofício, e com a possível brevidade, uma cópia dele ao oficial do registo de imóveis.

Parágrafo único. Na inscrição desta hipoteca se considerará interessado qualquer parente sucessível do incapaz.

II. INSCRIÇÃO DE HIPOTECAS ESPECIAIS OU ESPECIALIZADAS

A) A inscrição das hipotecas que dependem de uma tal formalidade para que valham contra terceiros, deve ou pode ser requerida pelas pessoas que são competentes para promoverem a especialização (38), a saber:

1. A hipoteca legal do Estado, das províncias e municípios, pelos responsáveis, seus fiadores, ou pelo empregado que for designado para essa tarefa (39);

2. A da igreja e corporações de mão-morta, pelos responsáveis, pelos procuradores nomeados para esse fim ou pelo promotor de capelas (40);

(38) Decret. n. 3.457, art. 233.

(39) Lei n. 1.237, art. 9, § 20, Decret. arts. 233 e 158.

(40) Lei, art. 9, § 16, Decret. arts. 233 e 160.

3. A do ofendido pelos responsáveis, ou pelo próprio ofendido (41);

4. A judicial pelo exequente (42).

Incorrem nas penas de estelionato os responsáveis da fazenda pública e os responsáveis por administração e guarda dos bens de corporações de mão-morta, que por fraude deixarem de inscrever as respectivas hipotecas (43).

B) Para a inscrição das hipotecas convencionais a lei abre aos interessados todas as facilidades:

I. O direito de requerer a inscrição das hipotecas convencionais, como é de razão, pertence particularmente ao credor, o qual o exerce por si ou por procurador, ou por pessoa que compareça por parte dele, embora não exiba procuração (44).

(41) Lei, art. 9, § 15, Decret. arts. 233 e 161. A lei (cit. art. 9, § 15) incumbiu a inscrição da hipoteca do ofendido ao promotor público, ao escrivão e ao juiz do processo e execução e ao juiz de direito em correição. O Decret. n. 3.453 deixou estas entidades no limbo do esquecimento (arts. 233 e 161), e com razão: a hipoteca entende com a reparação do dano causado — coisa de mero interesse privado com que nada tem a ver a justiça pública.

(42) Decret. arts. 233 e 224.

(43) Lei, art. 9, § 22. Assim se o responsável da fazenda pública, depois de nomeado ou de entrar em exercício e antes de inscrever a hipoteca, vende ou hipoteca imóveis seus, e depois é achado em alcance e não pode satisfazê-lo, incorre manifestamente nas penas do estelionato. Se o responsável satisfaz o alcance, não há estelionato, porque em tal caso não se realiza a obtenção do alheio.

(44) Lei, art. 9, § 7 Decret. art. 234 §§ 1.º e 3.º.

No caso de cessão, de morte ou incapacidade do credor, podem requerer a inscrição aqueles que legalmente o representam, a saber:

1. Os cessionários, os herdeiros ou legatários (45).
2. O curador fiscal e os administradores das massas falidas (46).
3. Os curadores e tutores (se o credor é menor ou interdito) (47).

A fazenda pública pode ser credora por hipoteca convencional. Em tal caso a inscrição incumbe aos agentes encarregados da defesa e conservação de seus direitos (48).

(45) Lei, art. 9, § 7, Decret., art. 234, § 3.º: “As pessoas que os representam”. PONT., II, n. 931; MORTON. III, n. 1.052.

(46) Decret. art. 234, § 3.º, Cód. Com., art. 834, e Reg. n. 738, de 20 de Novembro de 1850, arts. 156 e 157.

O curador fiscal e os administradores das massas falidas são obrigados, segundo os citados artigos do Cód. Com. e Reg. n. 738, a praticar todos os atos conservatórios dos direitos do falido. Assim, se há uma hipoteca estipulada em favor do falido e, quando ocorre a falência, ela ainda não está inscrita, deve o curador fiscal fazê-la inscrever. Não é para se confundir esta hipoteca com a da inscrição da hipoteca constituída pelo devedor que falio. Vej. § 215 acima e MARTOU, III, n. 1.403.

(47) Decret. art. 234, § 3.º. Os tutores e curadores são igualmente obrigados a promover as diligências necessárias para conservar os direitos dos menores e interditos. Se pois, se estipula alguma hipoteca em favor de menor ou interdito, como está acontecendo todos os dias, ao tutor ou curador cumpre inscrevê-la, sob pena de responsabilidade pelos danos resultantes. Alude-se aqui à hipotecas convencionais em favor dos menores ou interditos, e não às legais.

(48) Vej. Dr. PERDIGÃO MALHEIRO, *Manual*, § 45.

II. A lei consente que a inscrição da hipoteca convencional possa ser requerida:

a) Pelos devedores e seus representantes (49).

b) E por todas as pessoas que forem interessadas nisso, como são: — o credor de credor hipotecário (50); o senhor da nua propriedade, quando a hipoteca é em favor do usufrutuário por quantia que faz objeto do usufruto (51); o fiador do devedor (52).

CÓDIGO CIVIL

Art. 838 — Compete aos interessados, exibindo o traslado da escritura, requerer a inscrição da hipoteca; incumbindo, especialmente promover a da legal às pessoas determinadas nos artigos seguintes. — 843, 845.

Art. 839 — Incumbe ao marido, ou ao pai, requerer a inscrição e especialização da hipoteca legal da mulher casada. — 827, I.

§ 1.º — *O oficial público que lavrar a escritura do dote, ou lançar em nota a relação dos bens particulares da mulher, comunicá-lo-á ex-officio ao oficial do registo de imóveis.*

(49) Decret. art. 234, §§ 2.º e 3.º. O devedor não tem interesse em inscrever a hipoteca; só o pode fazer por lealdade.

(50) Decret. art. 234, § 4.º. MARTOU, III, n. 1.054.

(51) Vej. acima, § 110. E' certo que o senhor da propriedade tem a garantia da caução *de bene utendo* (§ 103, acima), mas essa garantia pode não ser suficiente.

(52) Muitas vezes o credor não se satisfaz com a hipoteca e exige ainda fiança. Nesta hipótese é manifesto o interesse do fiador em requerer a inscrição: — a eficácia da hipoteca lhe aproveita, pois que, pelo menos, importará diminuição do seu prejuízo.

§ 2.º — *Consideram-se interessados em requerer a inscrição desta hipoteca, no caso de não o fazer o marido ou o pai, o dotador, a própria mulher e qualquer dos seus parentes sucessivos.*

Art. 840 — *Incumbe requerer a inscrição e especialização da hipoteca legal dos incapazes :*

I — *Ao pai, mãe, tutor, ou curador, antes de assumir a administração dos respectivos bens, e, em falta daqueles, ao Ministério Público.*

II — *Ao inventariante, ou ao testamenteiro, antes de entregar o legado, ou a herança.*

Art. 841 — *O escrivão do inventário, em se assinando termo de tutela, remeterá, de ofício, e com a possível brevidade, uma cópia dele ao oficial do registo de imóveis.*

Parágrafo único. *Na inscrição desta hipoteca se considerará interessado qualquer parente sucessível do incapaz.*

Art. 842 — *A inscrição da hipoteca legal do ofendido compete, além deste :*

I — *Si ele fôr incapaz, ao seu tutor, ou curador, para satisfação do estatuido no art. 827, n. VI.*

II — *Ao Ministério Público, para o disposto no artigo 827, n. VII.*

Art. 843 — *Os interessados na inscrição das referidas hipotecas podem pessoalmente promovê-la; ou solicitar a sua promoção oficial ao Ministério Público.*

Art. 844 — *A inscrição da hipoteca dos bens dos responsáveis para com a Fazenda Pública será requerida por eles mesmos, e, em sua falta pelos procuradores e representantes fiscais. — 827, V.*

Art. 845 — As pessoas a quem incumbir a inscrição e a especialização das hipotecas legais, ficarão sujeitas a perdas e danos pela omissão.

§ 240. — *Lugar em que deve ser feita a inscrição*

1. A inscrição, como já se disse, não tem outro fim senão fornecer, por via da publicidade, aos terceiros que porventura hajam de entrar em relação de negócio com o senhor do imóvel, informação certa e exata acerca da existência dos onus hipotecários que gravam o mesmo (53).

E' de intuição que aquele fim não poderá ser alcançado se fosse permitido fazer a inscrição em qualquer dos registros do Império (54).

A lei, pois, marca com a devida precisão qual o lugar em que a inscrição deve ser tomada.

2. Cada registro, como se sabe, corresponde à circunscrição territorial da nossa divisão judiciária denominada — *comarca* (55). A competência do registro é determinada pela situação do imóvel.

A inscrição, portanto, deve ser feita no registro da comarca, onde é situado o imóvel hipotecado (56).

(53) Vej. acima, §§ 173 e 225.

(54) Na verdade se a inscrição pudesse ser feita em qualquer dos registros do Império, os terceiros que quisessem saber se existem onus hipotecários sobre o imóvel, teriam de examinar todos os registros — o que, por impossível, anularia de fato a publicidade.

(55) Lei, n. 1.237, art. 7, §§ 1.º e 3.º, Decret. n. 3.453, art. 1.

(56) Lei, art. 7, § 1.º, Decret. art. 226.

O decreto da lei a este respeito é imperativo e absoluto, daí os corolários seguintes:

1.º A inscrição que é tomada em registro de comarca diversa da da situação do imóvel, não tem validade, isto é, não produz efeito contra terceiros (57);

2.º Os terceiros, por consequência, que são interessados em averiguar da existência dos onus hipotecários sobre o imóvel, não tem a consultar senão o registro da comarca onde é sito o imóvel, única fonte legal de informação (58).

3. Se os imóveis hipotecados pelo mesmo título são diferentes e se acham situados em comarcas diversas, deve o título ser inscrito em cada uma dessas comarcas (59).

Pode acontecer que o imóvel hipotecado encerre em seu âmbito partes que penetram em uma ou mais comarcas limítrofes. Neste caso a hipoteca será inscrita em cada um dos registros dessas comarcas (60).

(57) É uma consequência necessária do sistema da lei. Vej. TROPLONG, III, n. 671 bis. ZACHARIAE, § 268, MARTOU, III, n. 1.034, PONT., II, n. 867.

(58) Não é mister dizer que o registro, quanto às hipotecas gerais das mulheres casadas, menores e interditos, não pode servir de fonte de informação, porque tais hipotecas não carecem da inscrição para valerem contra terceiros. A ausência da inscrição, quanto a estas hipotecas, não prova que elas não existam.

(59) Decret., art. 227.

(60) Decret., art. 228.

A inscrição, na hipótese aludida, em uma só das comarcas, só dá valor à hipoteca contra terceiros na parte do imóvel compreendida nessa comarca: a hipoteca relativamente aos seguimentos de terreno em comarcas, em que não se fez a inscrição, se considera como não inscrita, e, portanto, despojada de vigor contra terceiros (61).

CÓDIGO CIVIL

Art. 831 — Todas as hipotecas serão inscritas no registo do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, si o título se referir a diversos. — 848, 852, 856, IV, 861.

Art. 832 — Para a inscrição das hipotecas haverá em cada cartório do registo de imóveis os livros necessários.

Art. 833 — As inscrições e averbações, nos livros de hipotecas, seguirão a ordem, em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo.

Parágrafo único. O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas. — 759, 847.

(61) A resolução exposta resulta logicamente do fim e da necessidade da inscrição. Vej. MARTOU, III, n. 1.035, PONT., II, número 867.

Nem a lei, nem o decreto definem o lugar onde devem ser inscritas as hipotecas legais não especializadas das mulheres casadas, menpores e interditos. Essas hipotecas, enquanto não são especializadas, conservam o caráter de gerais e portanto não afetam bens designados. Esta consideração deixa ver que a inscrição não produzirá o efeito desejado, senão sendo feito em todas as comarcas, onde o responsável possui imóveis. E assim se pratica em França. PONT., II, n. 841.

Art. 852 — As hipotecas sobre as estradas de ferro serão inscritas no município da estação inicial da respectiva linha.

§ 241. — *Tempo em que a inscrição deve ser feita*

A regra dominante é que a inscrição só produz seus efeitos da data em que é tomada (62).

Daí vem que em princípio não há prazo marcado para dentro dele se realizar a inscrição. O interesse da parte está em inscrever a hipoteca o mais cedo que lhe for possível, porque a preferência é determinada pela prioridade, e o direito de sequela só produz efeito da data do registro em diante (63).

Assim que: é permitido à parte inscrever validamente a hipoteca a todo tempo (64).

Todavia há pelo que respeita ao *tempo* particularidades que convem notar e são as seguintes:

1. A inscrição, que é feita depois que o imóvel saiu do domínio do devedor por título legal, não vigora contra o título anteriormente transcrito (65).

(62) Lei n. 1.237, art. 9, Decret. n. 3.457, arts. 115 e 116.

(63) Vej. §§ 173 e 225.

(64) Desde que a lei não marca prazo para a inscrição e estabelece que os efeitos dela se produzem da sua data em diante, a consequência é que a inscrição pode ser tomada a qualquer tempo. Vej. TROPLONG, III, n. 647, PONT., II, n. 870.

(65) Lei, art. 8, Decret. arts. 256 e 259. Vej. acima § 48 e adiante, § 257.

2. A inscrição das hipotecas legais que não podem ser inscritas senão depois de especializadas (66) deve ser consumada dentro do prazo da prenotação (67). A infração deste preceito rouba à inscrição a virtude de retrotrair-se à época da constituição daquelas hipotecas (68).

3. As hipotecas legais, que sem a inscrição não valem contra terceiro, e as convencionais, não podem ser validamente inscritas depois da sentença de abertura da falência do responsável ou devedor (69). Esta doutrina é uma consequência do princípio que os direitos dos credores do falido se reputam fixados, de uma maneira definitiva e inalterável, pela sentença que abre a falência (70).

§ 242. — *Títulos em virtude dos quais pode ser requerida a inscrição*

A lei, por uma razão que é óbvia, faz depender a inscrição da *prova* da hipoteca.

(66) Lei, art. 9, § 27, Decret. art. 144. Vej. acima, § 227.

(67) Decret. art. 152, §§ 1.º e 2.º. Vej. acima § 227 a.

(68) Vej. § 230, acima.

(69) Decret., art. 134. Vej. MARTOU, III, ns. 1.043 e 1.045 bis, e § 215 acima, nota.

(70) DELAM. et LE POITVIN, III, n. 263. TROPLONG, III, n. 649. PONT., II, n. 871.

Nesta disposição há rigor excessivo. A inscrição é uma medida de *conservação* e não de aquisição de direito. Seria, pois, de justiça permitir a inscrição depois da abertura da falência, uma vez que a hipoteca tivesse sido constituída de uma maneira legal. O dito rigor aumenta de intensidade em relação às hipotecas legais, a respeito das quais é inadmissível a suspeita de fraude. Vej. TROPLONG, III, n. 653.

A inscrição acusa a existência de onus hipotecários sobre o imóvel: o onus hipotecário diminui na proporção do seu valor o crédito real do devedor; não seria, pois, de bom conselho deixar o crédito alheio exposto ao capricho, à imprudência e à malignidade de terceiros (71).

Em consequência a inscrição não pode ser feita sem a exibição do título ou documento, donde consta a constituição da hipoteca (72).

A) 1. Assim para a inscrição das hipotecas gerais (73) é mister apresentar o título da constituição delas ou o documento que atesta o fato de que derivam, a saber:

a) Se a hipoteca é de mulher casada, — a escritura antenupcial e a certidão do casamento (74): — a escritura de doação ou certidão de testamento, no caso de bens doados ou deixados com a cláusula de incomunicáveis (75);

b) Se é de orfãos ou interditos — o termo de tutela ou curatela (76);

c) Se é de filho menor contra o pai pela legítima materna, — a certidão de óbito da mãe ou do termo de juramento de cabeça de casal (77);

(71) Vej. § 173, acima.

(72) Decret. n. 3.457, art. 53, § 1.º, 214, § 1.º, 220.

(73) Vej. §§ 237 e 238.

(74) Decret. art. 214, § 1.º, 136, § 5.

(75) Decret. art. 214, § 1.º, 136, §§ 6, 190 e 191.

(76) Decret. art. 214, § 1.º, 136, § 1.º.

(77) Decret. art. 214, § 1.º, 136, §§ 2 e 201.

d) Se de filho menor contra o pai por bens adventícios adquiridos de terceiros — o título ou a certidão do título de aquisição (78);

e) Se de filhos menores do primeiro matrimônio contra o pai ou mãe bínuba por bens herdados de filho do dito matrimônio — a certidão das segundas núpcias e a do óbito do irmão falecido (79).

2. Para a inscrição das hipotecas legais especializadas deve a parte exibir a sentença de especialização (80). A dita sentença prova a hipoteca, pois que a especialização não pode ser consumada sem a demonstração da existência da hipoteca (81).

3. Serve de título para a inscrição da hipoteca do coherdeiro o formal de partilha, e para a do exequente a respectiva carta de sentença (82).

4. A inscrição das hipotecas convencionais se faz à vista das escrituras pelas quais são constituídas (83).

B) Ou a hipoteca seja convencional ou legal, não são admissíveis para a inscrição, senão títulos ou documentos legais, isto é:

(78) Decret. art. 214, § 1.º, 136, §§ 3 e 202.

(79) Decret. art. 214, § 1.º, 136, § 4. A hipoteca data das segundas núpcias, se ao tempo em que se realizam, o filho do primeiro matrimônio já era falecido; do falecimento, se quando ocorre, já existem as segundas núpcias. Vej. acima, § 202, n. 3.

(80) Decret. art. 220.

(81) Vej. §§ 231 e seg., acima.

(82) Decret., arts. 223 e 224.

(83) Decret. arts. 53 e 77, §§ 1.º e 135.

1.º Instrumentos públicos (84).

2.º Os escritos particulares assinados pelas partes, reconhecidos pelos oficiais do registro e selados, nos casos em que a lei permite a prova por tais escritos (85).

3.º Os atos autênticos passados em países estrangeiros, legalizados pelos cônsules brasileiros e traduzidos na língua nacional (86).

C) O oficial do registro não deve fazer a inscrição, se não lhe é apresentado o título ou documento legal; todavia se a inscrição é tomada, apesar de não haver sido exibido o documento ou de não ter sido exibido em devida forma, sem embargo ela vale e produz todos os seus efeitos (87). É por uma razão decisiva:

No sistema da lei a publicidade da hipoteca resulta da inscrição tomada no registro e não da *nota de registrado* lançada no título ou documento da hipoteca, título ou documento que é entregue à parte e que não está su-

(84) Decret. art. 77, § 1.º.

(85) Decret., art. 77, § 2. Há casos em que a hipoteca legal pode resultar de escrito particular, como no de doação, dentro da taxa da lei, à menor ou à mulher casada com a cláusula de incomunicabilidade; no de doação além da taxa, feita por mulher casada por contrato exclusivo da comunhão, a seu filho menor, por antecipação da legítima de bens a ela pertencente e de que tem a livre administração.

(86) Decret. art. 77, § 3. Tais são os atos contendo termos de tutela ou contratos antenuptiais passados no estrangeiro. Vej. §§ 194 e 200, acima.

(87) A lei não decreta nulidade, nem ela resulta da sua razão. Vej. Decret. art. 235.

jeito ao exame de terceiros. A inscrição, portanto, lavrada no livro competente satisfaz plenamente o intuito da lei, realiza em toda plenitude a publicidade e deve prevalecer, não obstante não ter sido apresentado o título ou documento, se a hipoteca foi legalmente constituída (88).

§ 242. *Formalidades a preencher para se realizar a inscrição — A) Registro no protocolo*

1. O título da hipoteca, apresentado para a inscrição, é primeiro registrado no protocolo.

Consiste o registro do protocolo em uma ementa contendo a declaração da apresentação do título, da data em que é feita, da qualidade do mesmo e do número de ordem que lhe compete (89).

A data da apresentação e o número de ordem se reproduzem no título (90).

2. O número de ordem, dado no protocolo ao título, exprime a data do registro e como tal firma a prioridade (91), ainda contra títulos que, sendo posteriormente

(88) TROPLONG, III, n. 677. ZACHARIAE, § 275, nota 6. PONT., II, n. 940.

(89) Decret. n. 3.453, arts. 45 e 25. Vej. o modelo n. I anexo ao citado Decreto.

(90) Decret. cit., art. 45. A data da apresentação e o número de ordem se reproduzem no documento por esta forma:

“N. 28, pág. 3 do protocolo. Apresentado no dia 27 de Junho de 1875 das seis horas da manhã ao meio dia. O oficial F.”

(91) Lei n. 1.237, art. 9, § 4, Decret. art. 46.

apresentados, venham por algum motivo legal a ser anteriormente inscritos (92).

Confere-se ao título o número de ordem que imediatamente se segue ao número de ordem do último título registrado (93).

3. Pode acontecer que se apresentem a registro dois ou mais títulos *ao mesmo tempo*.

A locução "*ao mesmo tempo*" significa o espaço de tempo que vai das seis horas da manhã ao meio dia; — e do meio dia às seis da tarde: cada um destes espaços constitui a unidade que a lei indica pelas palavras — *ao mesmo tempo* (954).

a) Os títulos de hipoteca que forem apresentados a registro *ao mesmo tempo* por pessoas *diversas* terão o mesmo número de ordem, quer as hipotecas sejam relativas aos mesmos imóveis, quer a imóveis diferentes (95).

(92) Decret. cit., art. 46. No caso da prenotação (Decret. art. 152) ou de dúvida oposta pelo oficial (arts. 69 e 74) pode acontecer que as hipotecas posteriormente apresentadas sejam inscritas antes. Vej. § 230. Mas prevalece sempre o número de ordem do protocolo.

(93) Lei n. 1.237, art. 9, § 4, Decret. arts. 24 e 45.

(94) Lei, art. 9, § 5, Decret. 48.

(95) Lei, art. 9, § 5, Decret. art. 47. Parece que quando os títulos se referem a imóveis diferentes, embora apresentados por pessoas diversas, não havia necessidade de se lhes dar o mesmo número, porque é impossível o conflito de direitos. Mas pode haver dúvida na ocasião do registro se os imóveis são ou não diferentes, e em tal caso o mais seguro é conferir-se aos títulos o mesmo número de ordem.

b) Mas se dois ou mais títulos forem apresentados pela *mesma* pessoa: 1.º, se se referem aos mesmos imóveis, receberão o mesmo número adicionando-se-lhe na repetição uma letra segundo a ordem alfabética (96); 2.º, se disserem respeito a imóveis diferentes terão números seguidos (97).

4. O oficial do registro não tem competência para julgar da validade ou nulidade dos títulos apresentados para a inscrição. E', pois, obrigado a tomar no protocolo a nota de apresentação sob o número de ordem que competir ao título (98).

Feito o registro do dito livro, e assegurado destarte o número de ordem (99), poderá recusar à inscrição, se duvidar da validade do título e nesse caso deve entregá-lo à parte com a dúvida escrita, fazendo no protocolo a devida anotação (100).

Ao juiz de direito da comarca, a cujo conhecimento a parte levará a dúvida, compete resolvê-la (101).

(96) Decret. art. 51. E' uma mera questão de clareza: O número de ordem se repete desta maneira:

N. 221.

N. 221 A.

N. 221 B. Vej. o modelo n. I anexo ao Decret.

(97) Decret. arts. 50 e 51.

(98) Decret. arts. 68 a 74.

(99) A nota de apresentação do título e o número de ordem tomados no protocolo resguardam os direitos do credor e evitam os abusos, a que daria lugar a faculdade de suscitar dúvidas, exercidas com má fé.

(100) Decret. arts. 69 e 70.

(101) Decret. art. 71.

Se a dúvida é julgada improcedente, o oficial consumará a inscrição (102); se procedente, o oficial cancelará o registro à vista da certidão do despacho enviado pelo escrivão do juiz (103).

CÓDIGO CIVIL

Art. 833 — As inscrições e averbações, nos livros de hipotecas, seguirão a ordem, em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo.

Parágrafo único. O número de ordem determina a prioridade e esta a preferência entre as hipotecas.

Art. 834 — Quando o oficial tiver dúvida sobre a legalidade da inscrição requerida, declara-la-á por escrito ao requerente depois de mencionar, em forma de prenotação, o pedido no respectivo livro.

Art. 835 — Si a dúvida, dentro em trinta dias, fôr julgada improcedente, a inscrição far-se-á com o mesmo número que teria na data da prenotação. No caso contrário, desprezada esta, receberá a inscrição o número correspondente à data, em que se tornar a requerer.

Art. 836 — Não se inscreverão no mesmo dia duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real, sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas, salvo determinando-se precisamente a hora, em que se lavrou cada uma das escrituras.

(102) Decret. art. 73. Deve o oficial declarar na coluna das anotações que a dúvida foi julgada improcedente por despacho do juiz, mencionando a data.

(103) Decret. art. 72. O cancelamento se faz pela competente declaração na coluna das anotações. Vej. modelo n. I anexo ao Decreto.

Art. 837 — Quando, antes de inscrita a primeira, se apresentar ao oficial do registro, para inscrever, segunda hipoteca, sobrestará ele na inscrição desta, depois de a prenotar, até trinta dias, aguardando que o interessado inscreva primeiro o precedente.

§ 243. — B) *Inscrição no livro competente*

Registrado o título da hipoteca no protocolo, seguem-se os atos da inscrição.

1. A inscrição se faz no livro para ela destinado (104), à vista do título, já registrado no protocolo, e do extrato do mesmo título (105).

Se o título é escrito particular, nos casos em que a lei o admite, deve a parte apresentar dois do mesmo teor (106).

2. O extrato é um resumo, em separado, das forças do título e deve de necessidade conter as declarações que constituem as cláusulas obrigadas da inscrição (107). Exibem-se dois de igual teor, ambos assinados pela parte ou por seu advogado ou procurador (108).

(104) Decret. n. 3.457, arts. 26 e 27. Para a inscrição das hipotecas especiais ou especializadas — o livro n. 2; para a inscrição das hipotecas gerais — o livro n. 3.

(105) Decret. arts. 52 e 53, §§ 1.º e 2.º. Vej. acima, § 242.

(106) Decret. art. 54. Vej. § 242, acima.

(107) Decret. art. 53, § 2.º. Quanto às cláusulas ou requisitos da inscrição, vej. adiante §§ 244 e 245.

(108) Decret. art. 53, § 2.º, seg. parte.

Cumpra que os extratos sejam conformes entre si e que encerrem com fidelidade os elementos da inscrição.

É da obrigação do oficial conferi-los entre si com o título (109). Se são errados ou insuficientes, o oficial, fazendo a inscrição, pelo título emendará os erros e suprirá as omissões (110).

3. Consiste a inscrição em trasladar para o livro competente as cláusulas que, segundo a lei a constituem (111), e que devem constar dos extratos, suprindo-se-lhes as omissões com o título (112).

(109) Decret. art. 98, § 2.º e art. 55.

(110) Decret. arts. 55 e 56.

(111) Decret. art. 53, § 2 e arts. 213 e 218.

(112) No sistema de legislação francesa os extratos (*borderaux*) são uma necessidade; no sistema da nossa lei uma perfeita inutilidade.

Em França o extrato foi estabelecido para poupar trabalho ao conservador (oficial do registro) e subtrai-lo a uma responsabilidade além dos seus meios. O conservador não examina o título da hipoteca, não confere com ele o extrato, mas toma o extrato como a fonte da inscrição, e tão somente por ele faz a inscrição. E desde que o extrato é tomado como a base legal da inscrição, era mister exigir dois do mesmo teor, um para o conservador e outro para a parte, para que cada um pudesse ressaltar a sua responsabilidade. Assim se o erro ou omissão acontecida na inscrição é do extrato, cessa a responsabilidade do conservador e ele defende-se com a cópia que retem em seu poder; se porém o erro ou omissão não estão no extrato, mas somente na inscrição, a responsabilidade é do conservador e a parte tem a prova no extrato que se lhe restituiu. (Vej. TROPLONG, III, ns. 678 e 695, PONR., II, ns. 946 e 947, MARTOU, III, n. 1.060).

No nosso sistema, porém, os extratos não são a fonte legal da inscrição: o oficial deve conferi-los com o título e pelo título supri-lhes as omissões (Decret. art. 98, § 2, arts. 55 e 56). Portanto os extratos não abreviam nem facilitam a tarefa do oficial, ao contrário

4. Feita a inscrição, acusa-se a sua realização no protocolo onde já se acha notada a apresentação do título consignando-se sob a rubrica — anotações — a competente observação (113), a qual deve ser reproduzida no título (114).

Se a inscrição é de hipoteca prenotada e se verifica no prazo legal (115), o número de ordem da prenotação será transportado para a sentença de especialização que serve de título para a inscrição (116).

5. Consumada pela maneira exposta a inscrição, e numeradas e rubricadas as folhas dos extratos, o oficial entregará à parte o título e um dos extratos, e arquivará o outro, com um dos títulos quando exibidos em dobro (117).

umentam-lhe o trabalho, pois tem de examinar título e extratos e de conferi-los. E desde que os extratos não são a fonte obrigada da inscrição, desde que o oficial deve suprir-lhes as omissões pelo título, o erro ou a omissão da inscrição serão sempre filhos da culpa ou negligência do oficial, porque se os extratos eram imperfeitos, à ele cumpria emendar os erros ou suprir as omissões com o título, e por consequência não havia também razão para duplicar os extratos.

Para que, pois, os extratos no nosso sistema? Para facilitar trabalho? Não, porque ao contrário aumentam-no. Para mostrar de quem é o erro ou omissão na inscrição? Também não, porque a culpa do erro ou da omissão é sempre do oficial, fossem ou não suficientes os extratos. Para certificar que a inscrição se fez? Ainda não, porque no próprio título se fazem as notas de apresentação e inscrição.

(113) Decret. art. 57, § 1.º. A nota aludida é assim: "Registrado no livro da inscrição especial (ou geral) número tal, página tal. Vej. modelo n. I, anexo ao Decreto.

(114) Decret. art. 58.

(115) Vej. Decret. arts. 149 e 152 e o § 230, acima.

(116) Decret. art. 221.

(117) Decret. arts. 58 e 59.

6. Se a hipoteca é das gerais que não são constituídas por títulos, mas por fatos que se provam com documentos, as notas que se escrevem no título constatando a apresentação e a inscrição (118), serão lançadas no extrato que se entrega à parte, arquivando-se o outro extrato com os documentos oferecidos (119).

7. Quando a hipoteca é constituída em um só título e o imóvel ou imóveis são situados na mesma comarca, basta uma só inscrição (120), ainda quando ocorra alguma das hipóteses seguintes:

1.^a A de serem diferentes os créditos garantidos;

2.^a A de ser um o credor e mais de um os devedores;

3.^a A de ser um o devedor e mais de um os credores;

4.^a A de serem mais de um os credores e os devedores (121).

Nestes dois últimos casos, como são mais de um os credores, bastará uma só inscrição, se todos os credores co-

(118) Decret. arts. 45 e 58.

(119) Decret. art. 215.

(120) Decret. art. 226.

(121) MARTOU, III, ns. 1.063 e 1.065. PONT., II, ns. 951 e seg. E' esta a doutrina francesa, e nem na lei, nem no Decreto há disposição alguma que a exclua.

letivamente a requererem. Não havendo acordo para este fim, cada credor promoverá a sua inscrição. (122).

8. Se sobre o mesmo imóvel houver já outra hipoteca inscrita, o oficial deve mencionar na coluna das averbações do protocolo o número de ordem da hipoteca anterior, e certificar no título que a hipoteca dele constante é a segunda ou terceira, referindo ao mesmo tempo o número ou números de ordem das hipotecas anteriores (123).

CÓDIGO CIVIL

Art. 837 — Quando, antes de inscrita a primeira, se apresentar ao oficial do registo para inscrever segunda hipoteca, sobrestará ele na inscrição desta, depois de a prenotar, até trinta dias, aguardando que o interessado inscreva primeiro a precedente.

(122) A doutrina exposta é uma consequência do princípio de que a inscrição só pode ser requerida pelo credor, seu representante, ou por quem tiver interesse em que ela se faça, em nenhum dos quais casos se acham, uns para com os outros, os credores pelo mesmo título. O interesse de cada um é inscrever a hipoteca na sua parte.

Se a dívida for indivisa, isto é, por partes não definidas na escritura? Parece que a inscrição requerida por um só dos credores aproveita a todos.

(123) Decret. art. 225. A prescrição deste artigo não tem utilidade alguma prática no sentido da publicidade e é inútil ao credor, ao qual só interessa saber da existência de outras hipotecas, enquanto não se constitui a sua.

§ 244. — C) *Cláusulas ou requisitos da inscrição*

A inscrição, instrumento da publicidade, deve conter as informações que são necessárias para esclarecer os terceiros acerca da responsabilidade hipotecária do devedor (124).

Em todo o rigor três são as indicações necessárias para se conseguir aquele resultado: 1.^a a do imóvel hipotecário; 2.^a, a do nome do devedor; 3.^a, a da quantia garantida (125).

Todavia a nossa lei, imitando a legislação dos povos civilizados, além daquelas, exige outras, que sem serem determinadas por uma necessidade lógica, são no entanto úteis.

As enunciações ou requisitos variam segundo a inscrição é de hipotecas especiais e especializadas ou de hipotecas gerais (126).

I. São requisitos ou cláusulas obrigadas da inscrição da hipoteca especial ou especializada:

1. “O número de ordem”, isto é, o número que lhe compete no livro da inscrição. Não se deve confundir este número de ordem com o número de ordem do protocolo (127).

(124) TROPLONG, III, n. 665.

(125) TROPLONG, III, n. 668 bis.

(126) Vej. Decret. arts. 213 e 218.

(127) Decret. art. 218, § 1.^o Vej. modelo n. 2, anexo ao Decreto.

2. “A data em que é feita a inscrição” (128). Este requisito e o antecedente não são substanciais. O número de ordem da inscrição e a data não têm efeitos práticos. A prioridade, como se sabe, é determinada pelo número de ordem do protocolo e pela data da apresentação (129).

3. “O nome, o domicílio e profissão do credor” (130): — requisito essencial, segundo a lei, suposto nada importe para o conhecimento da situação do devedor (131).

Se o credor é uma firma social, basta declarar o nome da firma (132); se é falido, ou se fez cessão da hipoteca, sem embargo inscreva-se-lhe o nome, fazendo-se a competente nota nas averbações (133).

(128) Decret. art. 218, § 2.

(129) Decret. art. 46. Nos casos dos arts. 152 e 69 a 70 do Decreto pode acontecer que uma hipoteca inscrita em data posterior à outra tenha prioridade em relação a essa outra, por ter sido primeiro que ela apresentada e registrada no protocolo. Vej. acima, parágrafo 230.

(130) Lei, n. 1.237, art. 9, § 24, Decret. art. 218, § 3.

(131) TROPLONG, III, n. 668 bis, ver. Et d'abord: PONT., II, n. 969. Para se conhecer o onus hipotecário sobre o imóvel e a situação do devedor, é evidente que não há necessidade de saber-se o nome do credor.

(132) MARTOU, II, n. 1.608, PONT., II, n. 963.

(133) PONT., II, n. 963.

Trata-se do caso em que o credor falece ou faz cessão da hipoteca antes de inscrita.

Em França entende-se que a inscrição pode ser feita no nome coletivo dos herdeiros ou no nome do cessionário. Entre nós parece mais consentâneo com as disposições do Decreto que a inscrição se faça sempre em nome do credor, fazendo-se menção do óbito dele ou da cessão nas averbações, mediante a prova apresentada ao oficial.

4. “O nome, o domicílio e profissão do devedor (134).

A indicação do nome do devedor é necessária para determinar a identidade do imóvel (135).

A inscrição deve acusar sempre o nome do devedor, quer ele já não exista, quer o imóvel já lhe tenha saído do poder (136). Se a hipoteca é constituída por um terceiro que não o devedor, inscreve-se conjuntamente o nome do devedor e o deste terceiro (137).

5. “O título, a sua data e o nome do tabelião que o lavrou (138). A indicação do título consiste na declaração de aus fôrma como se é escritura pública, sentença condenatória, formal de partilha ou sentença de especialização (139). Requer-se a data para calcular-se a prescrição, e o nome do tabelião para facilitar a busca.

(134) Lei, art. 9, § 24, Decret. art. 218, § 4.

(135) TROPLONG, III, n. 668 bis, PONT, II, 977.

(136) MARTOU, III, ns. 1.111 e 1.114, PONT, II, ns. 973 e 975. Na hipótese de não estar o imóvel em poder do devedor, porque ele o alienou a terceiro, a inscrição só é útil se é feita antes que o adquirente tenha transcrito o seu título. Vej. acima §.

(137) DELEBECQUE, *Com. Legisl.*, n. 441. PONT, (II, n. 976) e MARTOU (III, n. 1.074) sustentam que só se deve inscrever o nome do dono do imóvel, e com razão, porque, não sendo o imóvel do devedor, nada importa o seu nome para se saber o onus hipotecário que grava esse imóvel, nem um tal onus afeta o crédito real do devedor.

(138) Lei, art. 9, § 24, Decret. art. 218, § 5, MARTOU, III, número 1:075.

(139) PONT, II, n. 982.

6. “O valor do crédito ou a sua estimação pelas partes” (140). A enunciação do valor é indispensável para se conhecer a extensão do onus hipotecário do imóvel (141).

7. “Época do vencimento”, circunstância de importância para os terceiros, no estado atual do nosso Direito (142).

8. “Juros estipulados”: — elemento do valor da responsabilidade (143).

9. “Freguezia da situação do imóvel”.

10. “Denominação do imóvel se for rural”; a indicação da rua se urbano” (144). Este e o requisito do número antecedente são indispensáveis para manter o princípio da especialidade e determinar a identidade do imóvel.

(140) Lei, art. 9, § 24, Decret. art. 218, § 6.

(141) TROPLONG, III, n. 683. PONT, II, n. 985, MARTOU, III, ns. 1.078 e 1.079.

(142) Lei, art. 9, § 24, Decret. art. 218, § 7. TROPLONG (III, ns. 668 e 685) e PONT, (II, n. 992) entendem que esta declaração não tem importância para terceiros. Assim é no sistema do C. C. francês e da Lei Belga.

Entre nós, porém, interessa muito aos terceiros conhecerem aquela cláusula, porque o credor hipotecário que ocupa o primeiro lugar e cuja dívida ainda não se acha vencida pode impedir a execução do que está em segundo lugar. Vej. adiante, § 273.

(143) Lei, art. 9, § 24, Decret. art. 218, § 8.

(144) Lei, art. 9, § 24, Decret. 218, §§ 9 e 10, TROPLONG, III, n. 689, PONT, II, n. 999.

11. “Os característicos do imóvel”. É um requisito que pode ser omitido (145).

É lícito ao credor eleger na inscrição um domicílio, onde receba as notificações relativas à inscrição (146).

A lei declara radicalmente nula a inscrição que não contém os requisitos expostos, exceto os mencionados sob os números 1, 2 e 11, e os relativos à profissão do credor e devedor (147).

Há nisso excesso de rigor. O princípio científico é — que a inscrição só deve ser nula quando se omite algum dos requisitos que são necessários para dar conhecimento da situação do devedor. Estes requisitos são os que se acham acima mencionados sob os números 4, 6, 9 e 10. E tal é hoje em França a opinião dominante (148).

CÓDIGO CIVIL

Art. 846 — A inscrição da hipoteca, legal, ou convencional, declarará :

I — O nome, o domicílio e a profissão do credor e do devedor.

(145) Lei, art. 9, § 24, Decret. art. 218, § 11 e art. 235.

(146) Lei, art. 9, § 24, Decret. art. 218, § 12, 2.^a parte. O domicílio escolhido só vale para as ações que são relativas à inscrição, como são as ações para anulá-la ou rescindí-la e para a remissão; para as outras ações prevalece o domicílio real.

PONT, II, 966, MARTOU, II, n. 1.069.

(147) Decret. art. 235.

(148) TROPLONG, III, n. 668 bis, e PONT, II, ns. 956 a 960. Na Bélgica a doutrina exposta foi consagrada na lei de 16 de Dezembro de 1851, art. 85. Vej. MARTOU, III, n. 1.104.

II — A data, a natureza do título, o valor do crédito e o da coisa ou sua estimação, fixada por acôrdo entre as partes, o prazo e juros estipulados.

III — A situação, denominação e os característicos da coisa hipotecada.

Parágrafo único. O credor, além do seu domicílio real, poderá designar outro, onde possa também ser citado. — 42.

Art. 847 — Os credores quirografários e os por hipoteca não inscrita em primeiro lugar e sem concorrência, só por via de ação ordinária de nulidade ou rescisão poderão invalidar os efeitos da primeira hipoteca, a que compete a prioridade pelo respectivo registro.

Art. 848 — As hipotecas somente valem contra terceiros desde a data da inscrição. Enquanto não inscritas, as hipotecas só subsistem entre os contraentes.

Art. 862 — Salvo convenção em contrário, incumbem ao adquirente as despesas da transcrição dos títulos de transmissão da propriedade e ao devedor os da inscrição, ou transcrição dos onus reais.

§ 245. — D) Particularidades da inscrição da hipoteca judiciária

II. A hipoteca judiciária, ao constituir-se, não afeta bens certos (149). Parece, pois, que devia passar pelo processo regular da especialização para que pudesse ser inscrita.

(149) Vej. § 226 acima.

Todavia a lei a dispensa das formalidades daquele processo (150): — dá a quantia como liquidada pela sentença e deixa a especialização à *vontade* do exequente (151).

E' na verdade o exequente quem por própria autoridade faz a especialização e a faz, designando nos extratos os imoveis do condenado sobre os quais deve a hipoteca recair (152).

No exercício deste direito o exequente pode designar qualquer ou quaisquer dos imoveis existentes no patrimônio do condenado.

Ainda mais: é-lhe permitido designar os que tiverem sido alienados em fraude da execução (153).

§ 246. — E) *Inscrição das hipotecas gerais*

III. Suposto as hipotecas gerais não careçam da inscrição para que valham contra terceiros, a lei por mo-

(150) Decret. n. 3.453, art. 224.

(151) Decret. art. 224.

(152) Decret. cit., art. 224: “a qual recaira nos imoveis do devedor condenado... *designados pelo exequente* nos extratos”.

(153) Decret. art. 224: “existentes na posse dele ou *alienados em fraude da execução*”.

PEREIRA F SOUZA, *Prim. Linh.* Not. 777 dá a razão: “A alienação que é feita em fraude da execução *sempre é nula* e... por *título nulo nunca sai a coisa do domínio* do alienante”.

Quando a venda se entende feita em fraude da execução? Vej. PEREIRA E SOUZA, 777 e Reg. n. 737 de 20 de Novembro de 1850, art. 494.

Se a alienação foi feita legalmente, não pode o exequente designá-los nos extratos.

tivos de conveniência óbvia e por força das exigências do sistema adotado, recomenda que elas sejam inscritas, estabelecendo para esse fim uma combinação de meios coercitivos.

As cláusulas da inscrição de tais hipotecas são calculadas para lhes dar a publicidade, compatível com a sua natureza de gerais.

Gerais, como são, é manifesto que no registro delas não se pode precisar a importância da responsabilidade, nem tão pouco designar bens certos em que recaiam.

As cláusulas ou indicações que a inscrição das aludidas hipotecas devem conter, são as seguintes:

1.^a O nome, o domicílio e profissão do responsável (154);

2.^a O nome do credor — mulher casada, menor ou interdito, domicílio e filiação (155);

3.^a A causa da responsabilidade (casamento, tutela, curatela, herança materna, aquisição de bens adventícios, doação ou testamento) (156);

4.^a A data da responsabilidade (157): — circunstância importante, porque as hipotecas gerais produzem os seus efeitos desde o momento da sua constituição (158).

(154) Decret. n. 3.453, art. 213, §§ 1, 2, e 3.

(155) Decret. art. 213, §§ 4, 5 e 6.

(156) Decret. art. 213, § 7.

(157) Decret. art. 218, § 8.

(158) Vej. acima, §§ 192, 199, 201 e 202.

As irregularidades ou omissões que porventura ocorreram na inscrição destas hipotecas, podem motivar a responsabilidade do oficial do registro, mas são absolutamente inócuas em relação às pessoas a quem as ditas hipotecas aproveitam.

§ 247. — *Averbações*

A inscrição, ou seja de hipotecas especiais ou especializadas, contém uma rubrica geral destinada a receber a nota dos fatos e circunstâncias que influem ou podem de qualquer modo influir sobre o direito hipotecário.

A dita rubrica tem o título de — *averbações* (159).

Constituem objeto de *averbações*, entre outros, os fatos seguintes:

1. O fato de ser a inscrição de hipoteca prenotada (160);
2. A existência de outra hipoteca sobre o mesmo imóvel anteriormente inscrita (161). Consiste a averbação em declarar o número de ordem do protocolo da hipoteca anteriormente inscrita (162);

(159) Lei n. 1.237, art. 9, § 26, Decret. n. 3.453, art. 78. Vej. modelo n. 2 anexo ao Decret.

(160) Decret. art. 78. A comemoração desta circunstância tem a utilidade de explicar a razão porque a hipoteca, suposto inscrita posteriormente a outras, tem prioridade sobre elas. Vej. Decret. art. 152, §§ 1.º e 2.º.

(161) Decret. art. 225.

(162) Vej. § 242, acima.

3. A circunstância de ser a hipoteca inscrita constituída para firmeza da transmissão do próprio imóvel hipotecado, constante do mesmo título. A averbação deve fazer referência à transcrição (163);

4. A cessão ou subrogação da hipoteca feita antes ou depois da inscrição (164);

5. A extinção da hipoteca ou da inscrição (cancelamento) (165).

Todas as averbações devem ser numeradas, datadas e assinadas (166).

As averbações que não são tomadas ao mesmo tempo que a inscrição (167), mas em data posterior, se fazem com as mesmas formalidades da inscrição (168).

§ 248. — *Irregularidades da Inscrição*

Determinam a nulidade da inscrição as irregularidades que resultam de erro ou omissão de formalidade essencial.

(163) Decret. art. 229.

(164) Decret. art. 78.

(165) Decret. art. 78. A averbação, em que se consigna a extinção da hipoteca ou da inscrição, tem o nome de cancelamento. Vej. § 250, adiante.

(166) Decret. art. 76.

(167) Tais averbações sob ns. 1, 2 e 3 do nosso texto.

(168) Decret. art. 60. A parte que requer a averbação deve apresentar o título ou documento donde consta o fato que é objeto da averbação, como, por exemplo, a escritura de cessão ou documento da extinção da hipoteca, com os respectivos extratos; faz-se no protocolo a nota de apresentação, data e número de ordem; reproduz-se esta nota no título e procede-se em seguida à averbação no livro da inscrição.

1. Assim são nulas as inscrições:

1.º Quando tomadas em comarca diversa daquela em que é sito o imóvel (169);

2.º Quando se deixa de dar ao título apresentado o número de ordem que lhe compete no protocolo (170);

3.º Quando se omite alguma ou algumas das enunciações substanciais, como a do nome do devedor, a da situação do imóvel (171).

Os êrros e as omissões dos extratos, que não passarem para a inscrição, em nada a afetam (172). Mas o êrro ou omissão da inscrição produz o seu efeito irritante, ainda que os extratos sejam completos (173). E por uma razão óbvia: A fonte de informações para os terceiros é a inscrição; os extratos não são instrumentos de publicidade, nem como tais se exibem, mas se conservam subtraídos ao exame do público (174).

2. A hipoteca, como se sabe, contém uma exceção das regras gerais de direito (175): daí resulta que todos aqueles a quem aproveita a nulidade da inscrição, como são os credores hipotecários do mesmo devedor, tem o di-

(169) Vej. acima, § 239.

(170) Vej. § acima, 243.

(171) Decret. art. 235.

(172) Decret. art. 56. MARTOU, III, n. 1.062.

(173) Decret. art. 236, MARTOU, art. n. 1.062.

(174) TROPLONG, III, n. 695, PONT, II, n. 1.012. Vej. acima parágrafo 243.

(175) Vej. acima, § 185.

reito de invocar as irregularidades que substancialmente viciam a inscrição (176).

Os terceiros adquirem aquele direito desde o momento em que acontece a nulidade (177).

3. Uma vez terminada a inscrição, não é lícito ao oficial do registro reparar as nulidades ocorrentes (178). A admissão de uma prática tal, além de importar ofensa de direitos de terceiros, abriria espaço a graves abusos (179).

Ao credor em tal caso não resta outro recurso senão o de requerer nova inscrição (180).

§ 249. — *Perempção do registro*

A) As inscrições das hipotecas especiais ou especializadas vigoram por trinta anos, mas podem ser renovadas enquanto as ditas hipotecas não se extinguem (181).

Ao cabo daquele prazo as inscrições, não tendo sido renovadas, se consideram peremptas e perdem por conse-

(176) Decret. art. 237. Podem invocá-lo os terceiros adquirentes. E os credores quirografários? Não, porque não lhes assiste direito real algum sobre o imóvel.

(177) Decret. art. 237.

(178) Decret. art. 237.

(179) Atenta a importância dos direitos resultantes da inscrição, é mister afastar dela tudo quanto possa criar suspeitas.

(180) TROPLONG, III, n. 655 *bis*, PONT, II, n. 1.012.

(181) Decret. n. 3.453, art. 238.

quência a virtude de dar valor à hipoteca contra terceiros (182).

2. O dito termo conta-se da data da inscrição, excluindo-se o primeiro e incluindo-se o último dia (183).

3. A perempção da inscrição não traz de si mesmo a prescrição da hipoteca. A hipoteca prescreve com a obrigação, mas a obrigação, pelas suspensões e interrupções de que é suscetível a prescrição a que está sujeita, pode durar indefinidamente (184). E pois ocorre muitas vezes a perempção da inscrição, continuando no entanto a subsistir o direito hipotecário (185).

4. O renovamento da inscrição pode ser feito no decurso dos trinta anos, ou depois de terminado este prazo (186). Feita dentro do prazo, a renovação restaura a inscrição originária com todos os seus efeitos e lhe conserva

(182) TROPLONG, III, n. 713, MOURLON, III, n. 1.584, MARTOU, III, n. 1.147.

(183) *Dies á quo non computatur in termino*. Dies termini computatur in termino. Vej. TROPLONG, III, n. 714, PONT, II, número 1.039.

(184) Pode a obrigação por via de sucessivas interrupções da prescrição, vir a perdurar quarenta, cinquenta, cem anos. Vej. PONT, II, n. 1.035.

(185) Decret. art. 238: "Se entre ela e a segunda não houver interrupção". MOURLON, III, n. 1.584, PONT, II, n. 1.035.

Há todavia casos em que a perempção da inscrição dá lugar à extinção da hipoteca, como, por exemplo, se, perempta a inscrição e antes de ser ela renovada, o devedor aliena o imóvel e o adquirente transcreve o título, ou se se abre falência ao devedor. PONT, II, n. 1.036, MOURLON, III, n. 1.585.

(186) Decret. art. 238, *in fine*.

o número de ordem que lhe competia (187). Realizada, porém, depois do prazo, vale como uma nova inscrição, donde resulta que só produz efeito da sua data em diante (188).

5. A renovação só é necessária quando a inscrição não tem produzido todos os seus efeitos dentro do prazo dos trinta anos. Assim, se os bens hipotecados são excutidos ou remidos dentro do prazo, seria inútil a renovação (189).

Há, porém, casos em que a inscrição se reputa ter produzido o seu efeito, sem que todavia a dívida esteja paga (190). Daí a necessidade de determinar com precisão o momento em que se verifica aquele fenômeno, isto é, em que a inscrição tem preenchido o seu destino.

A inscrição, pelo que respeita à preferência, é havida como tendo produzido o seu efeito desde o momento em que, arrematados os bens, se deposita o preço. Na verdade, depositado o preço, os direitos dos credores se consi-

(187) Decret. artº 238: "Conservando, porém, a hipoteca o mesmo número de ordem da primeira inscrição, se entre ela e a segunda não houver interrupção." Vej. TROPLONG, III, n. 716 bis, MOURLON, III, n. 1.584, PONT, II, n. 1.053.

(188) Decret. cit., art. 238.

(189) Diz-se que a inscrição tem *produzido os seus* efeitos quando ela há dado o resultado que é destinado a gerar e que portanto pode cessar sem prejuízo do credor.

(190) MOURLON, III, n. 1.590: "Il y a évidemment un moment où l'inscription ayant produit tout son effet, il n'est plus nécessaire de la renouveler, quoique le créancier n'ait pas encore encaissé sa créance".

deram fixados de uma maneira irrevogável, substituindo as preferências existentes até aquele momento (191).

Desta doutrina resulta:

a) Que, se no prazo dos trinta anos se acha incluída a época do depósito do preço, não há necessidade de renovação;

b) Que, ao contrário, se no tempo em que se verifica o depósito do preço, já está findo o prazo dos trinta anos, o credor não pode ser aceito como hipotecário, salvo se oportunamente renovou a inscrição (192).

Pelo que respeita ao direito de sequela, a inscrição se há como tendo preenchido o seu destino, desde que o preço da remissão é pago ou depositado (193).

6. A renovação pode ser requerida pelas mesmas pessoas que são competentes para fazer a inscrição e se consuma pela mesma maneira e com as mesmas formalidades com que se opera a inscrição (194).

B) As inscrições das hipotecas gerais subsistem por todo o tempo do casamento, tutela, curatela, ou administração dos pais, e por mais um ano (195).

(191) TROPLONG, III, n. 722 bis, PONT, II, ns. 1.056 e 1.057. MOURLON, III, ns. 1.590 e 1.591. É tanto é verdadeira a doutrina exposta que a arrematação purga o imóvel da hipoteca. Vej. § 277.

(192) PONT, II, n. 1.056.

(193) Decret. arts. 238, 298 e 308. Vej. MOURLON, III, número 1.591, 2.º, PONT, II, ns. 1.060 e 1.061.

(194) Decret. art. 238: "devem ser renovados pela mesma forma estabelecida neste capítulo."

Há apresentação do título e extratos, registro no protocolo e inscrição no livro competente, com averbação.

(195) Decret. art. 216.

Todavia, se ao findar o ano, penderem em juízo ações relativas às responsabilidades que aquelas hipotecas garantem, as inscrições continuarão a subsistir enquanto as ditas ações não forem decididas (196).

Convém notar que o prazo da prescrição das hipotecas gerais coincide com o prazo da preempção da inscrição. As hipotecas gerais cessam de existir nos mesmos casos em que a inscrição se entende preempta (197).

Mas a prescrição das hipotecas gerais é distinta da prescrição das obrigações que elas garantem. Assim que pode a hipoteca estar prescrita, subsistindo no entanto a obrigação (198).

§ 250. — *Cancelamento da inscrição*

1. O *cancelamento* de uma inscrição é uma nota lançada no registro por via da qual se faz constar que daí em diante cessa a inscrição de existir (199).

(196) Decret. cit., art. 216.

(197) Lei n. 1.237, art. 9, § 3.

(198) A regra de direito é que a hipoteca, acessório da obrigação, só prescreve, quando prescreve a obrigação. (Vej. adiante, § 278). No caso vertente se dá uma exceção da dita regra: — a hipoteca prescreve, mas a obrigação pode subsistir. A obrigação do tutor, do curador, do pai, por atos de administração, só prescreve em trinta anos. Pode acontecer que o menor, quatro ou cinco anos depois de cessar a tutela, peça contas ao tutor. Em tal caso subsiste a obrigação do tutor, mas sem a garantia da hipoteca.

(199) Decret. n. 3.453, art. 102; TROPLONG, II, n. 737, PONT, II, n. 1.069. Na nossa prática o cancelamento é conhecido pelo nome de *baixa*. Vej. o Reg. de 14 de Novembro de 1846, artigos 18 e 19.

A inscrição cria a eficácia da hipoteca contra terceiros; o cancelamento suprime-lhe aquela virtude.

2. O cancelamento não é em si mesmo senão a manifestação legal da causa, por efeito da qual a inscrição deixa de ter existência real.

O cancelamento, pois, é determinado:

- a) Pelas causas que tornam a inscrição nula (200).
- b) Pelas causas que acarretam ou a nulidade ou a extinção da hipoteca (201).

3. São competentes para requerer o cancelamento as pessoas a quem a inscrição prejudica, a saber:

- O devedor ou o senhor do prédio hipotecado;
- Os terceiros, adquirentes ou possuidores do imóvel;
- Os credores por hipotecas posteriormente inscritas (202).

4. O cancelamento é ou voluntário ou necessário.

- a) O cancelamento voluntário é o que se opera de consentimento do credor (203). Deve o consentimento ser expresso e constar de documento autêntico, isto é:

(200) Decret. n. 3.453, art. 108, TROPLONG, III, n. 746, PONT, n. 1.082.

(201) Decret. arts. 78 e 108, verb... e não na nulidade ou solução de contrato". Quanto aos modos de extinção da hipoteca, vej. § 275, adiante.

(202) Decret. art. 104, PONT, II, 1.071. Não podem requerer o cancelamento os credores quirografários, porque não lhes assiste nenhum direito *real* sobre a coisa. Vej. § 274, adiante.

(203) Decret. art. 105, § 2.º. É competente para dar o consentimento o herdeiro ou cessionário do credor. Carece o herdeiro provar a sua qualidade, isto é, exhibir o formal de partilha. Vej. MARTOU, III, n. 1.182.

De instrumento público,

Ou de instrumento particular reconhecido nos casos permitidos por lei (204).

O consentimento para o fim declarado importa virtualmente a *confissão* de um fato que tem a virtude de extinguir uma garantia de direitos; não pode, portanto, ser dado senão por pessoas que estão na livre administração dos bens (205).

Se o credor pertence à classe dos incapazes, o consentimento é prestado por seu representante, mediante as formalidades legais (206).

b) Cancelamento *forçado* é o que é feito em virtude de sentença passada em julgado (207).

Assiste à parte a quem aproveita o cancelamento, ação para pedi-lo judicialmente (208). O cancelamento pode ser o objeto principal da ação (209) ou pode ser pedido como consequência do objeto principal (210).

(204) O cancelamento tem a natureza de ato *liberatório*.

(205) TROP LONG, III, n. 738 *bis*, PONG, II, n. 1.075, MARTOU, II, n. 1.183.

(206) Se é um menor o credor, deve proceder alvará do juiz de orfãos.

(207) Decret. art. 105, § 2.

(208) Esta ação é ordinária, tem por fundamento qualquer das causas que determinam o cancelamento, como a de nulidade da inscrição e é dirigida contra o credor. É competente o juiz do domicílio eleito na inscrição e na falta de domicílio eleito, o do domicílio real. Vej. § 248, acima.

(209) Como se a ação tem por único objeto a nulidade da inscrição.

(210) Por exemplo, se pede a nulidade do contrato e por via de consequência a nulidade da inscrição.

E' suficiente para determinar o cancelamento toda a sentença que firma a existência de causa que importa a extinção da hipoteca (211).

5. O oficial do registro é obrigado a fazer o cancelamento, desde que lhe são apresentados em forma legal os instrumentos respectivos, isto é, a prova do consentimento do credor, ou a sentença passada em julgado (212).

6. O cancelamento se consuma por meio de uma certidão lavrada na coluna das averbações do livro da inscrição, datada e assinado pelo oficial. Nessa certidão deve o oficial declarar o cancelamento, a razão dele e o título em virtude do qual é feito (213).

7. Pode o cancelamento ter por objeto, não a inscrição toda, mas uma de suas cláusulas, como acontece quando por acordo do credor a hipoteca é reduzida a um dos imóveis inscritos (214).

8. O cancelamento não importa de si mesmo a extinção de hipoteca que já não esteja extinta por uma causa legal. O credor, pois, se a hipoteca continúa a subsistir,

(211) Como por exemplo:

a) A sentença que julga provado o pagamento da dívida, ou a própria dívida prescrita;

b) A que julga o pagamento feito por depósito;

c) A que julga a remissão (Decret. art. 308);

d) A carta de arrematação ou de adjudicação (Vej. § 277, adiante).

(212) Vej. PONT, II, ns. 1.097 e 1.098, MARTOU, III, número 1.180.

(213) Decret. art. 102. O cancelamento é uma das espécies de averbação. Vej. § 247, acima.

(214) Decret. arts. 78 e 109.

pode requerer nova inscrição (215). A nova inscrição, porém, só valerá da sua data em diante (216).

9. E' o cancelamento suscetível de ser anulado ou por vício substancial ou por ulterior revogação da sentença que o motivara (217). Neste caso não revive a antiga inscrição; há necessidade de se tomar nova que só subsistirá de sua data (218). Assim o requer o regime da publicidade, cuja virtude repousa na fé absoluta que devem merecer as declarações do registro.

10. Enquanto não é cancelado, o registro produz todos os seus efeitos, ainda que se prove por outra maneira que o contrato está desfeito, extinto, anulado ou rescindido (219).

(215) Decret. art. 107.

(216) Decret. cit., art. 107.

(217) Como se houve concessão de Revista e o Tribunal Revisor reformou a sentença em virtude da qual se fez o cancelamento. Vej. PONT, II, n. 1.107.

(218) TROPLONG, III, n. 746, PONT, II, n. 1.107, MARTOU, III n. 1.224.

(219) Lei, art. 11, § 6, Decret. art. 106.

Esta disposição contraria princípios fundamentais de direito, dá lugar a absurdos intoleráveis e não é reclamada pelas necessidades lógicas do sistema da publicidade.

1. E' um princípio fundamental de Direito que o contrato nulo *ipso-jure*, como é o de dívida de jogo confessado na escritura e de dívida proveniente de compra de bens da tutela ou testamentária pelo tutor ou testamentário, não pode ser aceito em juízo. Mas, segundo a citada disposição do artigo 106 do Decreto, se um contrato tal se acha garantido por escritura de hipoteca inscrita, enquanto a inscrição não for anulada por ação ordinária, o juiz há de aceitá-lo e dar-lhe execução!

2. O credor hipotecário é pago da dívida, passa quitação por escritura pública, mas omite-se o consentimento para o cancelamento.

CÓDIGO CIVIL

Art. 850 — A extinção da hipoteca só começa a ter efeito contra terceiros depois de averbada no respectivo registro.

Art. 851 — A inscrição cancelar-se-á, em cada um dos casos de extinção de hipoteca, à vista da respectiva prova ou, independente desta, a requerimento de ambas as partes, si forem capazes, e conhecidas do oficial do registro.

Se este credor se apresenta em concurso de preferência, não poderá ser repellido porque a inscrição não está cancelada.

A inscrição é nula, porque nela se omitiu o nome do devedor ou o quantum da dívida (Decret. art. 235). O credor vem a concurso de preferência; há de ser recebido, há de triunfar, porque a inscrição ainda não foi cancelada por virtude de sentença!

Pode a razão humana tolerar absurdos deste quilate?

3. A razão do sistema da publicidade não exigia a consagração do absurdo arguido.

O princípio dominante do sistema é que não vale contra terceiro *onus* ou *direito real* que não esteja *acusado no registro*. Nisto é que está a virtude e a utilidade do registro.

Mas o sistema não requer, nem é da sua natureza que valha por força contra terceiro um *onus* inscrito mas que não tem existência jurídica. Em que aproveita à terceiro que valha um *onus*, um *direito real* extinto?

O citado art. 11, § 6 e o art. 106 do Decret. são evidentemente o resultado de confusão de idéias aliás claras. Sem dúvida não pode valer contra terceiros um *onus*, um *direito real* que não consta do registro. Mas seria absurdo concluir deste princípio que todo o *onus*, só porque consta do registro, deve prevalecer contra terceiros. São duas ordens de idéias muito distintas.

MARTOU, III, n. 1.215: "Une inscription périmée, une inscription viciée par une nullité, une inscription, dont la créance est éteinte par le paiement, la remise de la dette ou la prescription, existe aussi matériellement, mais ne s'en trouve pas moins dénuée, d'effect à l'égard des personnes au préjudice desquelles on voudrait s'en servir."

4. Podem-se todavia evitar os notados absurdos, aceitando-se a inteligência exposta em a nota 21 ao § 54, acima.

CAPÍTULO VI

DA CESSÃO E SUBROGAÇÃO DE HIPOTECAS

§ 251. — *Cessão de hipoteca*

1. A cessão propriamente dita é a transferência que o credor faz a terceiro, do seu direito contra o devedor (1), ou por título gratuito ou por oneroso (2).

A cessão não opera a extinção da dívida. Por força dela o crédito passa da pessoa do cedente para a do cessionário, tal qual existe: o cessionário representa o cedente, sucede no lugar dele; é, na realidade, um procurador em causa própria (3).

(1) OLEA, *Cessionib.* (Q. I., n. 100): *Cessio est quasi traditio et juris et ac ionis ex aliquo titulo in alium facta translatio*”.

ALCIATO: “*Proprii juris in alium facta translatio aut collatio.*”

BALDO: “*Modus quasi-traditionis, ex quo jus transfertur in cessionarium*”.

Vej. MÜHLENBRUCH, § 496, MOURLON, III, n. 673, TROPLONG, I, n. 340.

(2) A cessão pode ter por causa uma doação, uma compra e venda. Vej. MACKELDEY, § 369, in fine, TROPLONG, I, n. 340.

(3) MACKELDEY, § 383, MÜHLENBRUCH, § 500, TROPLONG, I, número 340.

2. Por uma consequência da sua própria natureza, a cessão da dívida importa a cessão dos acessórios da dívida — juros, privilégios e hipotecas (4).

3. Em virtude do dito princípio a cessão da dívida hipotecária, feita em devida forma (por escritura pública) acarreta necessariamente a cessão da hipoteca, embora não haja a respeito declaração expressa (5).

Mas, se a dívida consta de título separado e distinto da escritura de hipoteca, como é a letra de câmbio, nota promissória e semelhantes, a cessão da dívida por si só não importa a cessão da hipoteca; em tal caso carece a hipoteca de cessão expressa (6).

4. A cessão de hipoteca, qualquer aliás que seja o título da dívida, deve ser feita por escritura pública ou por termo nos autos. É uma formalidade essencial (7).

5. A averbação da cedência no livro da inscrição não é uma necessidade do sistema do nosso regime. A publicidade se firma pela inscrição da hipoteca. A cessão não acrescenta nem diminui os onus do imóvel hipotecário; o conhecimento dela, portanto, não interessa a terceiros (8).

(4) Fr. 6, 23, D. de heredit vel act. vendit. 18, 4, C. 7, C. eodem. 4, 39, MÜHLENBRUCH, § 500, MACKELDEY, § 373, n. 3.

(5) Lei n. 1.237, art. 13, Decret. n. 4.453, arts. 245 e 246.

(6) Decret. art. 246 verb. “carece de expressa cessão da hipoteca pelos meios estabelecidos no art. 245”.

(7) Lei n. 1.237, art. 13, Decret. art. 245.

(8) TROPLONG, I, n. 363: “Si le cedant a pris avant le transport une inscription de nature à conserver son privilège, le cessionnaire en est investi par l'existence même de la cession, e le benefice de l'ins-

A lei, pois, deixa a averbação da cedência à vontade do cessionário (9).

6. Pode ser transferida por cessão toda e qualquer hipoteca, — a convencional, a judicial, a legal, exceto a da mulher casada na constância do matrimônio (10).

7. Não é permitido desligar a hipoteca da dívida e cedê-la em separado (11).

CÓDIGO CIVIL

Art. 755 — Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

cription lui profite de telle sorte qu'il n'est obligé de faire aucun acte de publicité pour mettre au grand jour les nouveaux droits qu'il acquiert. Et en effet qu'importe aux tiers intéressés que les droits du cedant soient exercés personnellement par lui ou par quelqu'un qui le représente?"

(9) Lei n. 1.237, art. 13: "O cessionário do crédito hipotecário... tem o direito de fazer inscrever à margem da inscrição principal a cessão." O exercício do direito é livre em si; aliás seria obrigação e não direito.

O Decret. art. 248 fazendo dependente da averbação o exercício dos direitos do cessionário sobre o imóvel hipotecado como que a torna obrigatória. Nesta parte o Decret. *corrige* a lei. — Não o podia fazer.

A averbação da cedência só interessa ao cessionário, pois que tem a utilidade de impedir que o cedente de má fé se possa conluar com outros credores e cancelar a inscrição, perdendo a prioridade da primeira inscrição.

(10) Vej. § 191, acima.

(11) JOURDAN, *Hypothép.*: Cap. 39. No direito francês é permitido à mulher renunciár a sua hipoteca para abrir espaço à hipoteca convencional de credor do marido. TROPLONG, II, n. 601, PONT, I, n. 421.

§ 252. — Subrogação

1. A subrogação, como se sabe, é a substituição do credor que é pago por aquele que paga a dívida ou fornece a quantia para o pagamento (12).

2. Difere a subrogação essencialmente da cessão:

1.º A cessão não extingue a dívida, mas a transfere a outrem; o preço por que é feita representa o valor do crédito cedido; o credor continúa obrigado pela mesma dívida (13).

A subrogação, ao contrário, extingue a dívida: a quantia que o credor recebe é destinada a lhe pagar a dívida; o devedor *fica exonerado* da dívida *paga* e responde por *nova* dívida ao subrogado — ao que fornece a quantia para o pagamento (14).

(12) RENUSSON define a subrogação: “La mutation d’un créancier en un autre créancier, quand les droits du créancier *qui est payé* passent à l’autre qui a fourni ses deniers pour le payement”.

DUMOULIN (*de usuris*): “Subrogatio est transfusio unius creditoris in alium, eadem vel mitiori conditione”. Vej. TROPLONG, I, n. 349, MOURLON, II, n. 1.360, JOURDAN, cap. 39.

A palavra *subrogação* vem do Direito Canônico. Os Romanos exprimiam a idéia pelas palavras *cessio actionum a lege*, *beneficium cedentiarum actionum*, *successio*, *substitutio*, MÜHLENBRUCH, §§ 321 e 486, TROPLONG, I, n. 351.

(13) MACKELDEY, § 373, MÜHLENBRUCH, § 500, MAYNZ, II, parágrafo 274.

As condições pessoais do devedor podem determinar modificações na existência da dívida. Assim se o cessionário é impúbere, a prescrição da dívida fica suspensa.

(14) TROPLONG, I, n. 349, MOURLON, II, n. 1.360, ARNTZ, II, n. 180, JOURDAN, cap. 39.

2.º Na cessão a intenção das partes é alienar e adquirir (o crédito). Na subrogação o credor não tem em mira alienar a dívida, mas pagar-se dela: o intuito do fornecedor do dinheiro é fazer um favor ao devedor e não especular (15).

3.º A cessão só pode ser feita pelo credor; a subrogação pode sê-lo ou pelo credor ou pelo devedor (16).

3. A nossa lei admite expressamente a possibilidade da subrogação de hipoteca. E como em nada lhe alterou a natureza, é visto que a subrogação subsiste tal qual a constitue o direito preexistente (17).

4. A subrogação é convencional ou legal (18).

A convencional, em relação à hipoteca, se pode dar:

(15) TROPLONG, cit. n. 394, MOURLON, II, n. 1.355, 2.ª, DUMOULIN... *metiori conditione*, ARNTZ, cit. 180.

(16) Fr. 3, D. quæ res pignor. (20, 3); fr. 12, § 8, D. Qui potiores, C. 1, C. Qui potior. (8, 18) TROPLONG, I, n. 354, JOURDAN, cap. 39, ARNTZ, cit. n. 180.

(17) Lei n. 1.237, Título VI. "Das cessões e subrogações". Art. 13: O cessionário do crédito hipotecário, ou a pessoa validamente *subrogada* no dito crédito. Vej. Decret. n. 3.453, art. 247 e art. 248.

Os práticos confundem muitas vezes a cessão e a subrogação, — erro de que felizmente escapou a nossa lei. Da linguagem por ela usada ve-se que na sua mente cessão e subrogação são coisas distintas. O art. 248 do Decret. 3.453 alude exclusivamente à subrogação e consagra um princípio que lhe é peculiar — a necessidade da prova do pagamento de que ela resulta.

(18) TROPLONG, I, n. 352, MOURLON, II, n. 1.365, JOURDAN cap. 39, § 2.

a) Em favor do comprador do imóvel hipotecado que paga a dívida (19).

b) Em favor daquele que paga a dívida hipotecária, ou fornece quantia para o pagamento (20).

5. A subrogação legal, isto é, a que se opera de pleno direito, ocorre:

a) Em favor do credor hipotecário que paga a dívida hipotecária do credor que tem propriedade sobre ele (21).

b) Em favor do fiador que paga a dívida hipotecária que afiançou (22).

(19) Fr. 17, D. Qui potior. 20. 4, fr. 6, D. de distrah. pig. (20, 5); C. 3, C. Qui potior. 8, 18, MAYNZ, § 250, not. 8 e § 273, nota 1, JOURDAN, cap. 39, § 4, MÜHLENBRUCH, § 321, nota 3.

No Direito francês este caso é de subrogação legal. C. Civil, art. 1.251, 2.º; TROPLONG, I, n. 378. Não temos disposição de lei a respeito, rege, portanto o Direito Romano como subsidiário.

Vej. adiante § 261.

(20) Fr. 3, D. Quæ res pignor. 20, 3; fr. 12, § §§ 8 e 9. D. Qui potior., MAYNZ, § 250, e not. 7, MÜHLENBRUCH, § 321, 2, JOURDAN, cap. 39, § 4. ROCHA, § 154. *Dig. Port.*, I, art. 1.097.

(21) Fr. 16, D. Qui potior. C. 7, C. Qui potior. 8, 18, MAYNZ, § 250, not. 10, MÜHLENBRUCH, § 321, 3, ROCHA, § 153, *Dig. Port.*, I, art. 1.101.

(22) Ord., 3, 92, ROCHA, § 153, *Digest. Port.*, I, art. 1.098, *Repert. das Ord.*, tom. II, pág. 429 nota, *Consolidação das Leis Cíveis*, art. 796, nota.

Há grande controvérsia entre os escritores para explicar o processo lógico pelo qual a subrogação opera a transferência, ao subrogado, da hipoteca que pertencia ao credor pago.

MÜHLENBRUCH, MOURLON, ARNTZ e outros resolvem a dificuldade sustentando que há uma cessão fictícia, legal ou convencional,

6. Para que a subrogação, quer convencional, quer legal, produza os efeitos, é necessário que o pagamento de que ela resulta, conste de instrumento público (23).

7. A averbação da subrogação é, como a da cessão, deixada ao arbítrio do subrogado (24).

isto é, que no fato da subrogação se pressupõe uma cessão da hipoteca do credor em favor do subrogado.

Esta doutrina, além de defectiva, cai diante de uma impossibilidade jurídica. A subrogação pode ser feita pelo devedor, fato incompatível com a cessão, que só pode ser feita pelo credor. A subrogação extingue a dívida, e uma vez extinta a dívida, não se compreende como o credor possa conservar direito à hipoteca e transferi-la.

O jurisconsulto alemão BACHOFEN diz — que não há explicação à dar, que a subrogação é um fato irreductível como a sucessão no direito do defunto, isto é, que, paga a dívida hipotecária e concorrendo os elementos legais de subrogação, o subrogado sucede na hipoteca da dívida extinta.

JOURDAN imagina uma teoria, próxima da de BACHOFEN, que aliás ele censura energicamente. Segundo JOURDAN, a dívida e a hipoteca se extinguem com a subrogação: criada esta situação, trata-se de saber, a quem aproveitará o desaparecimento da dívida e da hipoteca: aproveita, diz ele, àquele que com dinheiro seu operou a extinção da dívida e hipoteca, com a condição de ter ele um direito real sobre a coisa gravada pela hipoteca.

Esta teoria é manca: — não explica a subrogação em favor daquele que paga ou fornece dinheiro para o pagamento da dívida, sem ter direito real preexistente sobre a coisa hipotecada.

A nós, nos parece preferível a teoria de BACHOFEN: — reconhece francoamente a realidade do fato e lhe dá uma explicação simples, que não mutila a subrogação e que não repugna aos processos usuais do Direito.

(23) Decret. n. 3.453, art. 247. Vej. fr. 24, § 3 de reb. aucto. jud. possident. 42, 5. JOURDAN, cap. 39, § 2.

(24) Lei n. 1.237, art. 13. Vej. o art. 248 do Decret. número 3.453, e a nota 9 ao § 251 acima.

8 O credor subrogado adquire os mesmos direitos e as mesmas ações que competiam ao primeiro credor (25)..

(25) Lei, art. 13, Decret. art. 248. Decret. de 14 de Julho de 1759: "*subrogado* representa a pessoa e faz as vezes daquele em cujo lugar se subroga". Dá notícia deste Decret. FERNANDES THOMAZ no seu Repertório..

CAPÍTULO VII

§ 253. — *Efeitos da hipoteca*

A hipoteca — direito constituído em favor do credor — produz três ordens de efeitos:

- a) Efeitos em relação ao senhor do imóvel;
- b) Efeitos em relação aos terceiros detentores do imóvel;
- c) Efeitos em relação aos diversos credores do mesmo devedor, quer hipotecários, quer privilegiados ou simples quirografários.

I. § 254. — *Efeitos em relação ao dono do imóvel*

A hipoteca consiste no vínculo real que prende o objeto gravado ao cumprimento da obrigação (§ 174); ela, pois, deixa na pessoa do senhor do imóvel o domínio com todos os seus corolários, salvo as limitações que o dito vínculo impõe (1).

(1) Vej. § 174 acima.

Assim o dono do imóvel, quer ele o houvesse hipotecado por dívida sua, quer por dívida alheia (2), retém:

1. O direito de ter a coisa sub sua posse e de exercer os interditos criados para proteger ou reivindicar essa posse (3).

2. O direito de usar e gozar do imóvel, de perceber-lhe os frutos, arrendá-lo; enfim de tirar dele todas as vantagens que são compatíveis com a sua natureza (4).

3. O direito de constituir nele enfiteuses, usufruto e servidões. Estes direitos são resoluveis. A resolução se verifica no caso de execução pela dívida hipotecária (5).

4. O direito de exercer a ação de reivindicação contra quem quer que injustamente o detenha (6).

(2) Vej. § 212 acima.

(3) § 7, I. de act. 4, 6.

(4) Fr. 2, § 9, D. de releg. (11, 7): fr. 35, § 1.º de pignorib. (13,7). MAYNZ, § 246, not. 2, ZACHARIAE, § 286, ns. 2 e 3.

Se do uso e gozo resultarem deteriorações que tornem o imóvel insuficiente para garantir a dívida, ao credor assiste o direito de pedir reforço, e de, em caso de recusa, exigir o pagamento incontínente. Lei n. 1.237, art. 4, § 3, Decret. n. 3.453, art. 128.

(5) Fr. 205, D. de reg. jur. (50, 17), C. 15, C. de pignorib. (arg.) 8, 14; MAYNZ, § 246, not. 5. A utilidade prática que há em constituir os ditos direitos reais no imóvel hipotecado, é — que, paga a dívida e extinta a hipoteca, eles ficam subsistindo e desde a data da sua constituição.

(6) Fr. 40, pr., D. de pignorib. 13; 7; fr. 205, D. de reg. jur. 50, 17, MAYNZ, § 246, nota 2.

5. O direito de consumir a prescrição aquisitiva que se achava em andamento ao tempo da constituição da hipoteca (7).

§ 255. — *Pode o devedor hipotecar o mesmo imóvel segunda vez?*

1. O sistema hipotecário é organizado no sentido de dar ao crédito real todo o elastério de que ele é capaz.

A lei, pois, permite ao proprietário tirar do seu imóvel todo o proveito que oferece, como fonte de crédito, guardados, porém, os limites que a boa fé e o direito alheio impõem.

2. Assim o devedor que constitui hipoteca em um imóvel, não fica inibido de hipotecá-lo segunda vez a novo credor, desde que o valor do mesmo imóvel é suficiente para o pagamento de todas as dívidas hipotecárias (8).

3. Se a primeira hipoteca se extingue por qualquer razão de direito, como por pagamento, renúncia, prescrição, a segunda hipoteca retrai a sua compreensão ao imóvel todo e exclue em consequência as hipotecas posteriormente constituídas ou inscritas (9).

(7) Fr. 16, D. de usurp. 41, 3, MACKELDEY, § 350, n. 3.

(8) Lei n. 1.237, art. 4, § 7, Cód. Criminal, art. 204, § 3.

(9) Lei, cit., art. 4, § 7. A lei alude expressamente ao caso de extinção por pagamento, mas subsiste a mesma razão nos outros casos de extinção de hipoteca. A lei, pois, exprimiu o que *pleurumque fit*.

4. Pode a segunda hipoteca ser feita no mesmo instrumento em que é constituída a primeira; mas neste caso é essencial a declaração de que ela só compreende os remanescentes ou sobras (10). Em falta de uma tal declaração, entende-se que o imóvel é dado em uma só hipoteca (in solidum) aos demais credores em condições iguais, sem prelação de uns sobre outros (11).

5. Se o devedor hipoteca segunda vez o imóvel e o valor dele não basta para cobrir as dívidas garantidas, a segunda hipoteca é sempre válida (12), ainda nos casos em que a lei a proíbe (13). Torná-la nula seria na ver-

(10) A segunda hipoteca pode ser passada na mesma ou em diversa escritura. Tanto num como noutro caso se costuma declarar que a segunda hipoteca só recai no que sobrar, paga a primeira... A dita cláusula é usada não só para firmar a *ordem* da hipoteca, como para afastar a suspeita do estelionato do citado art. 264, § 3, do Cód. Criminal.

(12) MAYNZ, § 246, not. 8, 19 e 21, LEMONNIER, ns. 127 e 128. E' a doutrina corrente em todas as legislações.

(13) A disposição do Cód. Crim., art. 264 é a seguinte:

“julgar-se-á crime de *estelionato*:

“§ 3.º A hipoteca especial da mesma coisa a diversas pessoas, não chegando o seu valor para pagamento de todos os credores hipotecários”.

O elemento moral da dita espécie de estelionato consiste na fraude, no dolo, pelo qual o devedor obtém dinheiro do segundo credor, ocultando a existência da primeira hipoteca, e destarte enganando-o *com uma garantia illusória*. Assim é corrente que deixa de haver estelionato, sempre que o devedor declara ao segundo credor a existência da primeira hipoteca. É tal é a doutrina do Direito Romano, fonte do citado art. 264. Fr. 3, § 1, *Stelionatus*, 47, 20. *Maxime si quis rem alii obligatam, dissimulata obligatione, per calliditatem alii distraxerit*. VOET, D. eodem, n. 2; *Idemque est, si rem alteri rursus*

dade converter em prejuízo do segundo credor uma providência que foi introduzida principalmente em favor dele para resguardá-lo das maquinações da fraude (14).

6. A segunda hipoteca, no caso figurado, corre as vicissitudes seguintes:

obliget, *dissimulata obligatione*. Vej. também o fr. 36, § 1.º, D. de pignorib. act. 13, 7, e MAYNZ, § 246, Observat.

Entendida neste sentido a disposição do § 3, art. 264 do Cód. Crim., é fora de dúvida que a segunda hipoteca, ainda quando o valor do imóvel não é suficiente para o pagamento de todos os credores hipotecários, não pode constituir estelionato, estando inscrita a primeira hipoteca.

No sistema da lei n. 1.237 a publicidade, feita a inscrição, se presume *juris et jure*. A ninguém com efeito é lícito alegar ignorância da hipoteca inscrita (Vej. § 225 acima).

Isto posto, o devedor, inscrita a primeira hipoteca, não pode iludir a boa fé do segundo credor, porque aí está o registro, fonte de informação para os interessados.

O credor, por seu turno, não pode alegar ignorância, porque a publicidade do registro legalmente a exclue. Se aceita hipoteca sobre o imóvel já gravado de outra hipoteca, é porque quer e não porque se deixasse iludir.

Desaparece, pois, o elemento moral do delito. *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt* (fr. 154, D. de reg. jur. 50, 17).

No sentido exposto entendem os escritores franceses o art. 2.059 do C. Civil. Vej. MOURLON, III, n. 1.197.

Se, porem, a primeira hipoteca já estava reduzida à escritura pública, mas não tinha sido ainda inscrita, e o devedor faz segunda hipoteca a terceiro: se em tal caso a primeira é inscrita antes da segunda, dá-se o estelionato, porque a boa fé do segundo credor, visto ignorar ele a existência da primeira hipoteca, foi iludida e a fraude triunfou.

Vem em confirmação da doutrina expedida as disposições da lei n. 1.237, art. 9, § 22 e Decret. n. 3.453, art. 198 e 212. Vej. acima § 237, n. III e 238, n. 5.

(14) C. 6, C. de legibus: *Quod favore quorumdam constitutum est, quibusdam casibus ad læsionem eorum nolumus inventum videri.*

a) Se a primeira hipoteca foi inscrita antes dela, prevalece a primeira (15).

b) Se ambas foram inscritas ao mesmo tempo, vinguam uma e outra e ocupam a mesma ordem (16).

c) Se a segunda hipoteca foi inscrita antes da primeira, triunfa a segunda (17).

d) Prevalecendo a primeira por haver sido inscrita em data anterior, a segunda, uma vez extinta a primeira, passa a subsistir no imóvel todo (18).

CÓDIGO CIVIL

Art. 812 — O dono do imóvel hipotecado pode constituir sobre ele, mediante novo título, outra hipoteca, em favor do mesmo, ou de outro credor.

§ 256. — *Pode o devedor alienar o imóvel hipotecado?*

Acerca da alienação da coisa hipotecada, há a fazer as distinções seguintes:

1. A alienação é em si mesma válida, mas não prejudica as hipotecas especiais inscritas, nem as gerais (19) anteriores em data, inscrita ou não (20).

(15) Lei n. 1.237, art. 2, § 9, Decret. art. 115.

(16) Lei, cit. art. 2, § 9, Decret. arts. 47, 48 e 49.

(17) Lei, cit. art. 2, § 9, Decret. art. 115. Se a primeira não está inscrita, não pode ser alegada contra terceiros.

(18) Lei, art. 4, § 7.

(19) Hipotecas gerais — a da mulher casada, e a de menores e interditos.

(20) Vej. § 227.

A alienação, pois, transfere o domínio sobre o imóvel ao adquirente; o imóvel, porém, passa ao adquirente com o onus hipotecário (21).

2. A alienação do imóvel gravado com hipoteca especial, constitui o crime de estelionato, se ao tempo em que se consuma, a hipoteca ainda não esteja inscrita, e o adquirente não foi avisado da existência dela (22). Concorrendo as mesmas circunstâncias, incorre igualmente nas penas do estelionato o responsável por hipoteca geral, que aliena qualquer dos seus imóveis (23).

II. § 257. — *Efeitos da hipoteca em relação a terceiros detentores*

1. O efeito da hipoteca em relação a terceiros detentores consiste, como em outro lugar se disse, no direito de seqüela (24).

A hipoteca, como direito real que é, acompanha o imóvel pelas mutações por que passa e subsiste sempre em pleno vigor, enquanto não se extingue por algum dos modos legais (25).

(21) Fr. 205, D. de reg. jur. 50, 17, *Nofella*, 112, cap. 1; fr. 18, § 2, D. de pignorib. 13, 7, C. 15, C. de pign. 8, 14, *MAYNZ*, § 246, *Observat.* A lei n. 1.237 e o Decret. n. 3.453 pressupõe a doutrina do nosso texto nas disposições relativas à remissão (Lei, art. 10, § 3-11, Decret. art. 309-315).

(22) Vej. o § antecedente, nota 6.

(23) Lei n. 1.237, art. 9, § 22, Decret. n. 3.453, art. 198 e 212.

(24) Vej. acima, § 174.

(25) Vej. adiante, § 275.

O direito de sequela é o próprio direito hipotecário em ação; — é o direito em virtude do qual o credor pode ir haver o imóvel em posse de quem quer que o detenha e fazê-lo vender em praça (26).

2. Atenta a virtude do direito de sequela, não desfazem nem ofendem a hipoteca os atos seguintes:

a) As alienações posteriores do imóvel, no todo ou em parte, por título oneroso ou gratuito, singular ou universal, esteja o adquirente de boa ou má fé (27).

b) A desmembração de qualquer dos elementos que formam o domínio, como a constituição de usufruto, servidão, anticrese. Estes direitos se resolvem com a execução do imóvel pela dívida hipotecária (28); salvo se os

(26) Lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, art. 10, § 1.º, 3.º e 4.º, Decret. n. 3.453, de 26 de Abril de 1865, art. 309, Ord., 4, 3 pr.:

“Se o devedor que obrigou alguma sua coisa ao seu credor, a vender a outrem ou a alheiar por qualquer outra maneira... *passará a coisa com seu encargo da obrigação* e poderá o credor demandar o possuidor dela... para haver por ela pagamento de sua dívida”.

(27) Lei n. 1.237, art. 10, § 1.º e 4.º, Ord., 4, 3, pr. “...a vender a outrem ou a alheiar por *qualquer outra maneira*”. TROPLONG, III, n. 775, PONT, II, n. 1.112 e 1.113. VOET, *Pandect.*, 20, I, n. 13: “Effectus hypothecæ in eo consistit quod res ipsas afficiat deinceps transaturas cum suo onere in quemvis possessorem, sive illæ oneroso sive lucrativo titulo in alium, sive *consciium* sive *ignarum* vinculi pignoris, translatae sint”. BYNKERSOEK J. P., L. 2, c. 16, n. 8.

(28) Lei, art. 8, Decret. art. 264. Em França há questão à respeito. TROPLONG, III, n. 777 bis.

respectivos títulos foram transcritos anteriormente à inscrição da hipoteca (29).

c) Os contratos dos quais resultam direitos puramente pessoais em relação ao imóvel, como o arrendamento a curto ou longo prazo, quer celebrado antes, quer depois de constituída a hipoteca (30).

3. O direito de sequela é exercido contra o terceiro detentor, por via de penhora, em execução da sentença condenatória do devedor (31).

§ 258. — *Posição do terceiro detentor*

1. O terceiro *detentor*, como adiante se dirá, pode se eximir plenamente dos efeitos do direito de sequela, operando a remissão do imóvel (32).

Mas, se não põe em prática aquele alvitre, fica exposto a sofrer a expropriação judicial do imóvel (33).

Esta necessidade em que o detentor se acha de sofrer a expropriação judicial, é uma consequência direta da hipoteca. Na verdade, o terceiro detentor não contraiu obri-

(29) Vej. os artigos citados em a nota precedente.

(30) Lei, art. 6, § 1.º: “Os outros onus que os proprietários impuserem aos seus prédios, se haverão como *pessoais*; e não podem prejudicar os credores hipotecários”. Decret. art. 263. Cfr. a ord., 4.

(31) Lei, art. 10, § 5, Decret. arts. 309 e 310. Vej. § 271 adiante.

(32) Vej. § 262, adiante.

(33) Lei n. 1.237, art. 10, § 1.º, 3.º e 4.º, Decret. n. 3.457, arts. 293 e 309.

gação alguma pessoal para com o credor, mas a posse em que ele está do imóvel hipotecado o sujeita à obrigação, por assim dizer, *real*, vinculada ao objeto (34).

2. O detentor que, por não haver remido o imóvel, está obrigado a suportar a expropriação judicial, pode evitá-la:

- a) ou pagando integralmente a dívida hipotecária (35);
- b) ou opondo certas exceções de direito (36).

3. No sentido genérico, detentor significa todo aquele que tem o objeto sob seu poder físico. No sentido, porém, em que é empregado na relação sujeita, exprime o terceiro que possui o imóvel com *ânimo de senhor*, como, por exemplo, aquele que o houve por compra, por sucessão, o que está em via de prescrevê-lo. Assim a lei as mais das vezes o denomina *adquirente* (37).

Não estão, portanto, sujeitos ao sequestro, execução e aos corolários resultantes, aqueles que são méros detentores do imóvel, como o depositário, o colono, o arrendatário, o feitor, o administrador. Nestes casos a execução

(34) Ord., 4, 3, pr... "passará a coisa com seu encargo da obrigação". E' a obrigação, que o possuidor assume *propter rem*. Vej. MOURLON, III, n. 1.638, Pont., II, n. 1.127 e 1.129.

(35) Lei, art. 10, § 4 Decret. art. 310, § 3.

(36) Vej. o § antecedente.

(37) Lei, art. 10, § 1.º, 3.º, 4.º, 6 c, 7.º e 8.º, Decret. art. 309 à 315.

deve correr contra o verdadeiro possuidor, isto é, contra a pessoa que os detentores representam (38).

§ 259. — *Expropriação forçada*

1. O adquirente que se resigna a sofrer a expropriação judicial do imóvel hipotecado, fica obrigado:

1.º A figurar de réu em todos os atos da execução (39).

2.º A receber o imóvel por adjudicação, quando não haja lançador (40), preenchendo destarte a diferença entre o preço da aquisição e o da avaliação (41).

O preço da avaliação nunca será inferior ao preço da aquisição (42).

3.º A pagar as despesas e custas judiciais (43).

4.º A indenizar aos credores hipotecários a dimi-

(38) Lei art. 10, § 3.º. “O *adquirente* fica obrigado”. Vej. TROPLONG, III, n. 784, *bis*.

(39) Lei n. 1.237, art. 10, §§ 1.º e 3.º, Decret. n. 3.453, art. 309, § 1.º.

(40) Decret. art. 312.

(41) Lei, art. 10, § 3 (Decret. art. 309, § 3.º. No caso de adjudicação o adquirente é obrigado a depositar o preço da avaliação. Se o preço da avaliação é superior ao da aquisição, é evidente que o detentor adianta a diferença. Vej. § 261.

(42) Lei, art. 10, § 3, *in fine*, Decret. art. 311.

(43) Lei, art. 10, § 3, Decret. art. 309, § 2.º. Quais são as despesas judiciais que não entram na definição de custas? Veja PEREIRA E SOUZA. Nota.

nuição do valor do prédio, proveniente das deteriorações por ele causadas (44).

2. O adquirente, porem, não responde:

a) Pela perda ou deterioração do imóvel procedente de causa estranha à sua vontade, como incêndio, inundação (45).

b) Nem tão pouco, porque não contraiu obrigação pessoal para com os credores, pela diferença entre a importância total da dívida e o preço da arrematação ou o da adjudicação (46).

3. A faculdade de abandonar a coisa para se eximir da obrigação *real* inerente à posse da mesma coisa, é um direito de todo o possuidor. É esta a doutrina do Direito

(44) Lei, art. 10, § 1.º, Decret. art. 309, § 4.º. Esta indenização só pode ser pedida por ação: depende da prova do dano causado, de quem foi a causa, e de avaliação.

O adquirente possui o imóvel como seu, obra portanto em relação à ele com a consciência de dono; parece, pois, que não devia ser responsável a terceiros pela diminuição de valor resultante de seus atos. *Qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est.* (fr. 31, § 3, D. de heridet. pet.). A publicidade da hipoteca, porem, modifica esta doutrina: o adquirente supõe-se legalmente sabedor da hipoteca pela inscrição; tomando, pois, posse do imóvel, é tido como se fora guarda dele. Pont. II, n. 1.199; MOURLON, III, n. 1.657

(45) Fr. 16, § 3, D. de pig. 20, 1. Pont., II, n. 1.201; MOURLON, n. 1.657.

(46) MAYNZ, § 252. A lei não impõe tal obrigação, nem ela resulta juridicamente da posição do detentor.

Romano e das legislações dos povos cultos (47). A nossa lei, porém, rompendo com a ciência e com a tradição aboliu em matéria de hipoteca aquela faculdade e coloca o adquirente na necessidade, se não puder evitá-la pelos outros meios, de sofrer a expropriação judicial com todos os seus corolários (48).

4. O terceiro detentor tem direito a haver dos credores hipotecários a indenização das benfeitorias necessárias e uteis que houver feito no imóvel, pelo princípio de que elas vertem em utilidade desses credores (49).

O dito direito, porém, é puramente pessoal. E para torná-lo efetivo o detentor não pode usar da *retenção*, porque a retenção não pode ser oposta à hipoteca (50), nem induzir preferência, porque a lei não *l...* dá (51).

O terceiro detentor vem a ser, pois, um méro credor quirografário do valor das benfeitorias.

(47) Fr. 66, pr., D. de evict. 21, 2; MAYNZ, § 252, c) not. 18, Ord., 4, 3 pr. “poderá o credor demandar o possuidor dela que ou lhe pague a dívida... *ou lhe dê e entregue a dita coisa*” Cód. Civil francês, art. 2.168.

(48) Lei, art. 10, § 2, Decret. art. 314. É uma injustiça que nada justifica. Esta idéia foi ventilada em França por ocasião do projeto de reforma hipotecária de 1848, mas não triunfou.

(49) Fr. 29, § 2, de pig. et hyp.; Cód. Civil franc., artigo 2.175, Pont., II, n. 1.205 e seg. MOURLON, III, n. 1.657.

A indenização é devida pelo custo das benfeitorias, se o custo é inferior ao valor acrescentado; pelo valor das benfeitorias, se o custo é superior. Vej. acima, § 40.

(50) À hipoteca só podem ser opostos direitos reais anteriormente transcritos. Lei, art. 6, §§ 1.º e 2.º.

(51) As preferências que não derivam da hipoteca, não lhe podem ser opostas. Lei, art. 5, § 2.º; Pont., II, 1.208; ZACHARIAE § 287 e nota 11.

§ 260. — *Pagamento integral da dívida: exceções de direito*

1. O terceiro detentor que é obrigado a sofrer a expropriação forçada por não ter oportunamente remido o imóvel, pode evitá-la ou suspendê-la, pagando a dívida hipotecária (52).

E' mister, porem, para alcançar aquele resultado, que pague integralmente a dívida e juros, ainda que só possua uma parte do imóvel (53). Esta disposição é uma consequência da indivisibilidade da hipoteca (54).

2. E' de advertir que a alienação que o devedor faz do imóvel, não derroga o termo e as condições da dívida. O terceiro detentor, por consequência, goza do prazo concedido ao devedor (55).

3. O Direito Romano (56) e a nossa antiga legislação concediam ao terceiro detentor o benefício de ordem ou execução, isto é, o direito de forçar o credor hipotecá-

(52) Fr. 16, § 3, D. de pig. et hypóthec. 20, 18; fr. 2, 12, § 1.º, D. quib. mod. solvit. 20, 6, Ord. 4, 3, pr... "e poderá o credor demandar o possuidor dela que ou *lhe pague a dívida*, ou..." Lei n. 1.237, art. 10, § 3, Decret. n. 3.453, art. 310, § 3.

(53) Lei, art. 10, § 3, Decret. art. 310, §. Veja-se Pont., II, n. 1.130; ZACHARIAE, § 287.

(54) Pont., II, n. 1.130; TROPLONG, III, n. 788. Aquele que possui uma parte do imóvel hipotecado fica hipotecariamente responsável por toda dívida; se resta só uma parcella da dívida à pagar, sem embargo a hipoteca subsistirá na totalidade do imóvel. Veja § 176, acima.

(55) TROPLONG, III, n. 788.

(56) *Novella*, 4, cap. 2; MAYNZ, § 252.

rio a executar primeiro os bens do devedor e seus fiadores, quer a hipoteca fosse geral, quer especial (57). Hoje não é mais lícito ao detentor usar daquele benefício: aboliu-o a lei (58).

4. Pode, porem, o detentor opor ao credor hipotecário, além das exceções gerais de nulidade da dívida, de pagamento, de prescrição (59), a exceção chamada de garantia, como no caso do credor se tornar herdeiro da pessoa de quem o adquirente houve o imóvel (60).

A exceção de cedência de ações (*ceden darum actionum*) não é admissível no nosso Direito (61).

CÓDIGO CIVIL

Art. 816 — § 4.º Disporá de ação regressiva contra o vendedor, o adquirente que sofrer expropriação do imóvel mediante licitação, ou penhora, o que pagar a hipoteca, o que por causa da adjudicação ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra e o que suportar custas e despesas judiciais. — 985 III.

(57) Ord., 4, 3 p. “Demandando, porem, o credor primeiro o seu devedor, e fazendo em seus bens e de seu fiador (se o tiver dado) execução como se por Direito deve fazer”.

(58) Lei, art. 10, § 2, Decret. art. 313.

(59) Se a dívida está paga ou prescrita, a hipoteca se considera extinta, portanto é fora de dúvida que o detentor pôde invocar tais exceções.

(60) *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. É a celebre exceção *doli moli*. Veja POTHIER, *Orleans*, 20, n. 41; TROPLONG, III, n. 806, PONT, II, n. 1.167; MARTOU, III, n. 1.273.

(61) Veja adiante, § 261, n. 4.

§ 261. — *Ação regressiva do adquirente contra o vendedor*

1. O adquirente, que sofreu a expropriação forçada ou pagou a dívida hipotecária, tem a ação regressiva contra o alienante do imóvel para reaver:

A) No caso de expropriação:

- 1.º As despesas e custas judiciais (62);
- 2.º O preço da aquisição, se já o havia pago (63);
- 3.º A diferença entre o preço de aquisição e o valor por que lhe foi adjudicado o imóvel (64);
- 4.º As despesas e danos que lhe causou a expropriação (65).

Se o preço, pelo qual o imóvel foi arrematado, é superior à importância da dívida, juros e despesas, o adquirente recolhe o excesso (66).

B) No caso de haver evitado a expropriação, pagando a dívida:

(62) Lei n. 1.237, art. 10, § 8, Decret. n. 3.453, art. 315, § 4.

(63) Lei, art. 10, § 8, Decret. art. 315, § 2. Se o preço ainda não estava pago, é claro que o detentor não tem direito a havê-lo. MOURLON, III, n. 1.662.

(64) Lei, art. 10, § 8, Decret. art. 315, § 3. O adquirente tem direito a esta diferença quer o preço esteja pago, quer não.

(65) TROPLONG, III, n. 838 e 844. Ord., 3, T. 45, § 4. *Doutrina das Ações*, § 355, nota 825.

(66) MOURLON, III, n. 1.662, n. 5 e n. 1.704; PONT, II n. 1.394. *Veja* § 265, nota 16.

1.º A importância que despendeu com a solução da dívida, se o preço da aquisição já estava pago (67);

2.º Ou, se o preço não está pago, a diferença entre a importância despendida e o dito preço (68).

A ação regressiva, de que se trata, não é senão a própria ação de evicção, a qual, como se sabe, compete a todo adquirente por título oneroso contra o alienante para obrigá-lo ou a lhe restituir o preço, perdas e danos, se a coisa lhe foi tirada, ou a lhe satisfazer as despesas que fez para assegurar a posse da coisa, perturbada por causa pre-existente à alienação (69).

2. Pode acontecer que o alienante não seja o devedor, como se ele houvesse adquirido já onerado de hipoteca. Ainda neste caso tem o terceiro detentor ação de evicção contra o alienante (70); e a de *gestor de negócios* contra o devedor (71).

3. Se o título pelo qual o terceiro detentor adquiriu o imóvel, é uma doação, não lhe assiste ação de evicção

(67) Lei, art. 10, § 8, Decret. 315, § 2.

(68) MOURLON, III, n. 1.662, 1.º.

(69) Ord. 3, 45, § 3, TROP LONG, III, n. 844; VENTE, n. 415; MOURLON, III, n. 1.661; PONT, II, n. 1.218; ZAQHAR., § 355. É de advertir que no caso sujeito não há necessidade de chamamento do alienante à autoria. A lei (art. 10, § 8) não a exige. TROP LONG, cit., n. 844.

(70) Lei, art. 10, § 8; MOURLON, III, n. 1.662.

(71) MOURLON, III, n. 1.662; PONT, II, n. 1.218; MARTOU, III, n. 1.331. Aquele que paga a dívida alheia, não fica subrogado nos direitos do credor, mas é considerado como gestor de negócios do devedor e por via da *actio negotiorum gestorum* pode haver a importância do devedor. MOURLON, loc. cit.

contra o doador, pois que o doador não está obrigado à evicção (72), mas pode usar da ação de gestor de negócio ou contra o próprio doador, se ele é o devedor da quantia a que o imóvel se acha hipotecado (73), ou contra quem quer que seja o devedor (74).

4. No estado atual do nosso Direito o fato da expropriação forçada ou do pagamento da dívida hipotecária não induz a subrogação legal do detentor nos direitos e ações do credor. O detentor, portanto, não poderá exercer os direitos e ação do credor hipotecário, senão mediante cedência expressa e por escritura pública da dívida e hipoteca (75).

(72) MOURLON, III, n. 1.663.

(73) MOURLON, III, n. 1.663. Na verdade o donatário não contrai a obrigação de pagar as dívidas do doador.

(74) MOURLON, III, n. 1.663.

(75) Lei, art. 13, Decret. art. 245-248 e § 252 acima.

Nesta subrogação há a atender-se a subrogação da dívida e a subrogação da hipoteca. A da dívida pode ser por simples escrito particular, se a dívida for daquelas que podem ser contraídas por um tal meio; a da hipoteca deve ser sempre por escritura pública (Vej. § 252).

Mas a própria subrogação da dívida deve ser expressa, pois fora dos casos declarados em lei não se admite a subrogação *necessária*. E tal era a doutrina do Direito Romano. Vej. Olea, de Cession. T. 4, q. 1, MAYNZ, II, § 273. COELHO DA ROCHA (§ 153, n. 5) e C. TELLES (*Digit. Port.*, I, art. 1.097) sustentam que segundo o nosso Direito o possuidor que pagar a dívida, hipotecária, fica legalmente subrogado nos direitos do credor. Aqueles ilustres escritores aplicaram ao nosso direito uma disposição de direito estrangeiro, expressa em textos positivos. (Cód. Civil fr., art. 1.251). Mas como resolver com textos de lei estrangeira uma questão, como a da subrogação necessária, que não pode ser resolvida, senão por texto expresso que não temos?

Por Direito Romano o possuidor podia repelir a expropriação

Há toda conveniência para o detentor em obter a cédência das ações e hipoteca dos credores. Armado dos direitos dos credores, ele poderá, no caso de surgirem novos credores por hipotecas posteriores sobre o imóvel, excluí-los em concurso de preferência (76); poderá ainda haver as indenizações, que lhe são devidas, pelo preço de outros imóveis pertencentes ao alienante e que houvessem sido hipotecados conjuntamente com o imóvel que lhe foi expropriado ou que ele reteve por haver pago a dívida (77).

§ 262. — Remissão

1. O adquirente de imóvel que vem gravado de hipoteca no todo ou em parte, fica sujeito, como já se disse,

judicial com a exceção *cedendarum actionum*, isto é, tinha o direito de forçar o credor a lhe fazer cessão expressa da dívida e hipoteca, sob pena de não prosseguir a execução contra ele. MAYNZ, I, § 252, not. 32.

Será uma tal prática admissível no nosso Direito, segundo o qual também a hipoteca não se entende subrogada senão mediante cessão expressa?

Parece-nos que não. A lei dá ao credor hipotecário o direito absoluto e incondicional de ser pago pelo imóvel hipotecado. A obrigação de renunciar o seu direito em favor do possuidor que lhe paga a dívida, renúncia que lhe pode ser prejudicial no caso da hipoteca abranger outros imóveis que lhe garantam outro crédito contra o mesmo devedor, é um limite e um onus que não pode ser admitido sem disposição expressa. C. TELLES (*Dig. Port.*, I, art. 1.106) admitia no nosso antigo Direito a exceção *cedendarum actionum*).

(76) Vej. MOURLON, III, n. 1.636. Podem por exemplo surgir hipotecas gerais ocultas. Se forem posteriores à hipoteca cedida ao adquirente, com esta ele as repelirá em concurso.

(77) PONT, II, n. 1.133; TROPLONG, III, n. 788 *bis*.

a sofrer a expropriação forçada ou a pagar integralmente a dívida hipotecária (78).

A expropriação forçada, além de expô-lo à perda do imóvel, onerá-o com acréscimo de despesas e com as custas judiciais (79). O pagamento integral da dívida é sempre vexatório, sobretudo quando a importância dessa dívida excede o preço de aquisição (80).

E num e noutro caso corre o adquirente o risco de não poder reaver o preço, se já o pagou e o alienante se acha em estado de insolvabilidade.

Para prevenir contingências tais, a lei ministra ao adquirente um meio de eficácia decisiva — a *remissão* (81).

2. Consiste a *remissão* em libertar o imóvel da hipoteca ou hipotecas, pagando aos credores as dívidas, não pela sua importância total, mas até a concorrência do preço ou valor do mesmo imóvel (82).

E' da maior conveniência para a ordem civil e econômica o dar ao adquirente meio pronto de liquidar o seu

(78) Vej. § 258, acima.

(79) Vej. § 259, acima.

(80) Vej. § 260, acima.

(81) A *remissão* (*purge*) é uma criação do Direito moderno. Não a conheceram os Romanos. A nossa antiga legislação já a consagrava, mas regulava-a de uma maneira imperfeita. Vej. Ord., 4, T. 6.

(82) Lei n. 1.237, art. 10, § 4, 5, 7 e 8; Decret. n. 3.457, art. 293 e 308; Ord., 4, 6 pr. “Leve logo e ofereça o preço porque a comprar, perante o juiz ordinário do lugar... E tanto que isto assim for feito e o preço oferecido e consignado, o comprador haverá seguramente a coisa comprada, e nunca lhe mais poderá ser demandada por algum credor, à que pelo devedor fosse obrigada”.

domínio sobre o imóvel e de escoimá-lo de toda incerteza, porquanto a segurança e a firmeza do domínio facilitam a circulação dos bens.

A remissão cria um momento de completa e absoluta libertação do imóvel (83).

E' esta a sua razão de ser.

E se é de vantagem para o adquirente: em nada prejudica aos interesses dos credores, pois, que eles vem afinal a receber aquilo que estava nos seus cálculos e foi a base de sua confiança — o valor do imóvel (84).

3. Da razão de ser da remissão derivam os corolários seguintes:

a) A remissão pode ser requerida e consumada, ainda que as dívidas não estejam vencidas (85) ou ainda quando os credores se abstenham de vir com as suas ações contra o devedor (86). A dependência do vencimento das dívidas ou das ações dos credores tenderia a prolongar o estado de incerteza do domínio, que a remissão é destinada a cortar.

b) E' uma faculdade que compete a todo adquirente (87), uma vez que ele não tenha figurado como parte ou no contrato de que procede a obrigação garanti-

(83) Vej. PONT, II, n. 1.266; MARTOU, II, n. 1.371 e 1.376. Palavras de PERSIL no seu Relatório de 1847

(84) PONT, II, n. 1.266.

(85) Lei, art. 10, § 10, Decret. art. 303.

(86) MOURLON, III, n. 1.681; MARTOU, IV, n. 1.410.

(87) Lei, art. 10, §§ 3, 4 e 8; PONT, II, n. 1.270; MOURLON, III, n. 1.683; MARTOU, IV, n. 1.378.

da, ou na convenção da hipoteca (88), qualquer aliás que seja o título de aquisição, oneroso, como a venda, a troca; gratuito, como a doação (89).

c) A remissão é por igual admissível ainda quando o detentor houvesse adquirido, não o todo, mas uma parte, divisa, ou indivisa, do imóvel (90).

4. Pois que a remissão tem por fim expurgar o imóvel das hipotecas preexistentes, é evidente que só podem ser objeto dela as coisas e direitos suscetíveis de hipotecas (91). Assim que não podem ser remidos o usufruto, o uso, a habitação, as servidões (92).

CÓDIGO CIVIL

Art. 815 — Ao adquirente do imóvel hipotecário cabe igualmente o direito de remí-lo. — 849, IV, 985, II

§ 1.º — Si o adquirente quiser forrar-se aos efeitos da execução da hipoteca, notificará judicialmente, dentro em trinta dias, o seu contrato aos credores hipotecários, propondo, para

(88) Vej. o § seguinte.

(89) O legatário de coisa singular pode remir o imóvel legado; não o pode porem o herdeiro o qual se reputa continuar a pessoa do defunto com os mesmos direitos e obrigações; salvo se ao defunto pertencia o direito de remir e ele não o exerceu em vida e ainda não está passado o prazo para a remissão. Vej. o § seguinte.

(90) PONT, II, n. 1.270; MARTOU, IV, n. 1.378, *in fine*. Não é preciso dizer que a remissão só compreende a parte adquirida pelo detentor.

(91) Lei, art. 10, §§ 3 e 4, Decret. art. 298 e 308.

(92) Vej. Decret. art. 141; PONT, II, n. 1.281 e seguinte; MARTOU, IV, in f., 380

a remissão, no mínimo, o preço por que adquiriu o imóvel. — 533, 816, § 2.º, 818.

A notificação executar-se-á no domicílio inscrito (artigo 846, parágrafo único), ou por editais, si ali não estiver o credor.

§ 2.º — *O credor notificado pode, no prazo assinado para a oposição, requerer que o imóvel seja licitado. — 816 e § 1.º.*

Art. 814 — *A hipoteca anterior pode ser remida, em se vencendo, pelo credor da segunda, si o devedor não se oferecer a remí-la.*

§ 1.º — *Para a remissão, neste caso, consignará o segundo credor a importância do débito anterior para levantá-la e o devedor para remí-la, si quizer.*

§ 2.º — *O segundo credor, que remir a hipoteca anterior, ficará ipso facto subrogado nos direitos desta, sem prejuízo dos que lhe competirem contra o devedor comum.*

Art. 818 — *E' lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual será a base para as arrematações, adjudicações e remissões, dispensada a avaliação.*

As remissões não serão permitidas antes de realizada a primeira praça nem depois da assinatura do auto de arrematação.

Art. 821 — *Nos casos de insolvência ou falência do devedor hipotecário, o direito de remissão devolve-se à massa, em prejuízo da qual não poderá o credor impedir o pagamento do preço por que foi avaliado o imóvel. O restante da dívida hipotecária entrará em concurso com as quirografárias.*

No caso de insolvência, cabe aquele direito aos credores em concurso.

Art. 822 — *Pode o credor hipotecário, no caso de insolvência ou falência do devedor, para pagamento de sua dívida,*

requerer o adjudicação do imóvel, avaliado em quantia inferior a esta, desde que dê quitação pela sua totalidade.

Art. 823 — São nulas, em benefício da massa, as hipotecas celebradas, em garantia de débitos anteriores nos 40 dias precedentes à declaração legal, de insolvência ou quebra.

§ 263. — *Quem pode requerer a remissão?*

A remissão pressupõe o domínio, como meio que é de livrá-lo do onus hipotecário.

O direito, pois, de remir pertence exclusivamente ao que adquire domínio sobre o imóvel ou está em via de prescrevê-lo (93).

Uma vez posta em prática, a remissão derroga em pontos importantes o contrato de que procede a obrigação principal e a própria convenção hipotecária, a saber:

Quanto à obrigação principal, torna-a vencida antes do prazo estipulado, e força, por consequência, o credor a receber o pagamento, antecipadamente, no todo ou em parte (94).

Quanto à convenção hipotecária, aniquila o direito *real* sobre o imóvel e substitue a garantia da coisa pelo dinheiro (95)

(93) Lei, art. 10, §§ 3 e 4, Decret.: art. 309 e seguintes PONT, II, n. 1.270; ZACAR., § 293 *bis*; MOURLON, III, n. 1.683.

(94) PONT, II, n. 1.271; MOURLON, III, n. 1.683.

A lei Belga (art. 113, 2.^a *alinea*) consagra doutrina contrária. Vej. MARTOU, IV, n. 1.431.

(95) PONT, II, n. 1.271; MOURLON, III, n. 1.683.

Não é lícito, como se sabe, àquele que se acha pessoalmente ligado pelo contrato, infringi-lo. Daí o princípio que são proibidos de requerer a remissão os que foram partes ou no contrato principal ou no acessório da hipoteca (96).

Não podem, portanto, exercer a faculdade de remir:

1. O principal devedor, quer a hipoteca fosse constituída em imóvel seu (97), quer em imóvel de terceiro que posteriormente ele adquirisse (98).

2. Os fiadores pessoais do devedor (99).

3. O terceiro que constitue hipoteca em imóvel seu por dívida alheia (100).

(96) ZACAR., § 293 *bis*; MARTOU, IV, n. 1.379; MOURLON, III, n. 1.683: "A pessoa que foi parte no contrato principal não pode nem pagar por antecipação, nem se libertar por parte. A sua condição é, por conseguinte, incompatível com o benefício da remissão (*purge*)... A mesma coisa se diz daquele que for parte no contrato constitutivo da hipoteca, porquanto a hipoteca... induz... o empenho de deixá-la subsistir até o pagamento integral da dívida garantida".

(97) PONT, II, n. 1.271; MOURLON, III, n. 1.685. Se o devedor, proprietário do imóvel hipotecado, quisesse remi-lo, o credor lhe diria: Não me podeis forçar à receber a dívida antes do seu vencimento e por partes porque destarte infringireis as vossas estipulações.

(98) O devedor pode vir a adquirir o imóvel que outrem deu em hipoteca para lhe garantir a dívida. Neste caso o devedor não pode remir porque é parte no contrato principal.

(99) MOURLON, III, n. 1.685, 3.º. O fiador toma a si a obrigação, como se fora devedor principal, ou subsidiário.

4. Os herdeiros do devedor, dos fiadores, e do terceiro no caso do número antecedente (101).

Não compreende esta proibição o legatário de coisa singular, pois que não sucede nas obrigações do defunto (102).

5. O herdeiro, a quem é dado em partilha uma parte do imóvel hipotecado, embora haja pago a sua porção viril. Na verdade suposto com o pagamento cesse para ele a obrigação pessoal, todavia fica, como herdeiro, sujeito à convenção constitutiva da hipoteca, estipulada pelo defunto, e pela qual o mesmo defunto tomara o empenho de deixar subsistir a hipoteca até o pagamento integral da dívida (103).

CÓDIGO CIVIL

Art. 766 — Os sucessores do devedor não podem reunir parcialmente o penhor ou a hipoteca na proporção dos seus quinhões; qualquer deles, porem, pode fazê-lo no todo. — 758.

(101) MOURLON, III, n. 1.685, 4.º; PONT, II, n. 1.273. O herdeiro representa a pessoa do defunto, toma sua posição jurídica: e portanto não pode fazer o que não o pudera o defunto.

(102) MOURLON, III, n. 1.685, 5.º; MARTOU, IV, n. 1.378.

(103) MOURLON, III, ns. 1.686 e 1.687; PONT, I, n. 1.273.

Sustentam alguns escritores a opinião contrária, argumentando que — desde que o herdeiro paga a sua quota da dívida, cessa a obrigação pessoal e portanto não é mais obrigado pessoalmente, senão como detentor do imóvel (*propter rem*) e que destarte vem a se achar colocado em posição de um possuidor estranho.

Esta argumentação não colhe, porque se em verdade a obrigação pessoal cessa de existir com o pagamento da porção viril, subsiste sempre a obrigação *hipotecária*, contraída pelo defunto — de deixar

Parágrafo único. O herdeiro ou o sucessor que fizer a remissão, fica subrogado nos direitos do credor pelas quotas que houver satisfeito.

Art. 767 — Quando, executado o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante. — 1.556.

§ 264. — Forma da remissão

1. A remissão não pode ser exercida senão por quem tem domínio sobre o imóvel (§ 263). O domínio sobre imóveis não se adquire senão depois de transcrito o respectivo título, se é entre vivos (§ 48). Daí vem que o adquirente não pode requerer a remissão senão depois de transcrito o título de aquisição (104)

a hipoteca durar até o pagamento integral da dívida. E a hipoteca, como se sabe, é indivisível e prevalece pela totalidade da dívida contra cada um dos herdeiros quinhoados no imóvel. Vej. § 176, acima.

(104) Lei n. 1.237, art. 10, §§ 3 e 4, Decret. n. 3.453, art. 295. O adquirente não é obrigado a fazer transcrever os títulos de aquisição dos proprietários precedentes que deixam de satisfazer essa formalidade; basta que transcreva o seu. ZACHARIAE, § 294, nota 2; MARTOU, IV, n. 1.419.

No sistema da nossa lei só são sujeitos à transcrição os atos translativos do domínio entre vivos (§ 50, acima). Isto posto, se o imóvel foi adquirido a título de legado, há lugar a remissão (§ 263, n. 4); mas o legado não está sujeito à transcrição. Deverá o testamento ser inscrito para que possa efetuar-se a transcrição? No caso de resposta negativa, de que data deve ser contado o prazo de trinta dias? Na França e na Bélgica, onde subsiste à este respeito disposição análoga à nossa, entendem os escritores que para a remissão na hipótese figurada deve o testamento ser transcrito. TROP-LONG, IV, n. 903; PONT, II, n. 1.921; MARTOU, IV, n. 1.389.

A lei marca um prazo fatal dentro do qual a remissão deve ser iniciada. Esse prazo é de trinta dias a contar da data da transcrição (105). Passado o dito prazo, decai o adquirente do direito de remir (106).

2. Para se operar a remissão é mister que sejam notificados todos os credores que teem hipotecas inscritas sobre o imóvel (107).

Na notificação deve o adquirente determinar o imóvel e declarar:

(105) Lei art. 10, §§ 3 e 4, Decret. arts. 295 e 309.

Esta disposição é tirada da lei francesa II *brumaire*, an. VII, art. 30. O Cód. Napol. (art. 2.183), fora do caso de intimação dos credores ao adquirente para pagar a dívida ou largar o imóvel, caso em que fixa o prazo de trinta dias, deixa-lhe a liberdade de requerer a remissão, quando lhe aprouver, feita porem a transcrição. A lei belga no caso de intimação marca o prazo de trinta dias; na falta de intimação o de um ano. (Arts. 110 e 111, vej. MARTOU, IV, n. 1.417). ARNTZ (II, n. 1.931) diz que a lei marca aquele prazo para que os credores não sejam obrigados a permanecer longo tempo na incerteza e para que não dependa do novo proprietário o escolher à sua vontade o momento mais favoravel a seus interesses, como por exemplo, o de uma depreciação accidental ou passageira.

(106) Decret. art. 295. Dentro dos trinta dias pode o adquirente repelir a penhora, pois dentro desse prazo lhe é lícito fazer a remissão a qual exclue a penhora.

(107) Lei, art. 10, §§ 3 e 4, Decret. art. 293; PONT, II, n. 1.302; MARTOU, IV, n. 1.405.

Não há necessidade de notificar aos credores, cujas hipotecas foram inscritas depois de transcrito o título do adquirente, porque essas hipotecas não podem ser opostas ao dito título. MARTOU, IV, n. 1.420.

Se algum credor por hipoteca anteriormente inscrita deixa de ser intimado, a remissão não produz efeito em relação a ele. PONT, II, n. 2.302; MARTOU, IV, n. 1.405. Se a inscrição está preemppta? Vej. § 249, acima.

I. A natureza do título de aquisição (108).

II. O nome do alienante.

III. O preço pelo qual o houve (109), ou o valor em que o estima. A prática de declarar o valor se observa ou quando o detentor quer oferecer preço maior que o da aquisição, ou quando obteve o imóvel por título gratuito, ou o houve por um só preço, conjuntamente com outros imóveis livres, ou com coisas moveis (110).

IV. A oferta de pagar aos credores inscritos a importância das dívidas até a concorrente quantia do preço ou do valor estimado (111).

(108) Lei, art. 10, § 4, Decret. art. 296.

(109) Lei, art. 10, § 4, Decret. art. 296. No preço se devem incluir todos os elementos que o compõem, como o onus imposto ao adquirente de pagar uma certa renda por certo prazo. (TROP-LONG, IV, n. 925; ZACAR., § 294, c). Não é mister advertir que no caso do imóvel ser adjudicado a terceiro, este onus caduca.

(110) Lei e Decret. arts. citados na nota precedente. PONT, II, ns. 1.307 e 1.308 e seg.; MARTOU, IV, n. 1.307; MOURLON, III, n. 1.705.

(111) Lei, art. 10, §§ 4 e 7, Decret. arts. 293, 296 e 298, PONT, II, n. 1.318. ZACAR., § 294, 3.º. Assim se a dívida hipotecária for de importância inferior ao preço, o adquirente só pagará a importância da dívida: se de importância superior, só até o preço oferecido ou fixado pela licitação.

O Cód. Nap. (art. 2.183) e a lei Belga (art. 110) exigem um grande número de declarações tendentes a esclarecer os credores hipotecários, como por exemplo, a de todas as hipotecas inscritas, elementos indispensáveis para que os credores possam saber se lhes convem aceitar o preço ou valor estimado, ou pedir a licitação. A nossa lei, que só dá aos credores vinte quatro horas para deliberarem, deixa a cargo deles o verificar a importância das dívidas inscritas!

A notificação se faz a cada credor no domicílio eleito na inscrição, e por edital, se aí não é encontrado (112).

3. Os credores, uma vez notificados, podem ou aceitar o preço ou valor oferecido, ou requerer dentro de vinte e quatro horas que o imóvel seja posto em licitação (113).

4. A aceitação expressa ou tácita da oferta importa para o adquirente a obrigação pessoal para com os credores de lhes pagar as dívidas até a concorrência do preço ou valor declarado (114); daí a consequência — que se o imóvel perece depois da aceitação, continua o adquirente, não obstante, obrigado aos credores pelo dito preço ou valor (115).

(112) Lei, art. 10, § 4, Decret. art. 297. O juiz competente é do foro civil do lugar da situação do imóvel. Se não há domicílio eleito, a notificação deve ser feita no domicílio verdadeiro. É a regra de Direito. Vej. MARTOU, IV, n. 1.404.

(113) Lei, art. 10, §§ 5 e 7, Decret. art. 296, 298 e 299. As vinte quatro horas devem ser assinadas em audiência. Alvará de 22 de Janeiro de 1819, § 33.

A aceitação é expressa quando os credores comparecem e declaram estar pelo preço, ou valor declarado; tácita, quando deixam correr as vinte quatro horas sem requerer a licitação.

(114) TROPLONG, IV, n. 931, *bis*; PONT, II, n. 1.320; MARTOU, IV, n. 1.436 e 1.537: "O adquirente não é mais devedor em razão da detenção do imóvel, mas por virtude do vínculo pessoal criado pela aceitação, pelos credores, da sua oferta".

Sem embargo de dizer a lei (art. 10, § 7) — que, não sendo requerida a licitação, o preço ou valor declarado se haverá por *definitivamente fixado*, — todavia se a declaração do preço ou valor não é verdadeira, mas fraudulenta, aos credores assiste direito para haver do adquirente a quota dissimulada. PONT, II, n. 1.330; MARTOU, IV, n. 1.534; ZACAR., § 294, 3.º.

(115) MARTOU, IV, n. 1.537.

5. Se os credores, por entenderem que o preço ou valor estimado é inferior ao valor real do imóvel e à importância das dívidas inscritas, recusaram a oferta e requerem a licitação, ao juiz cumpre ordená-la (116), marcando dia e fazendo-o anunciar por três editais publicados em três dias seguidos sem interpolação (117).

A licitação é destinada a resolver uma questão de preço entre o adquirente e os credores. Só eles, pois, são admitidos a tomar parte nesta operação. Todavia permite a lei que também concorram a ela os fiadores do devedor (118).

A licitação requerida por um só credor aproveita a todos: Daí procede que a desistência de um não prejudica aos outros (119).

Serve de base para a licitação o preço ou o valor declarado pelo adquirente. Não podem os lances exceder o quinto daquele preço ou valor (120).

6. O imóvel é adjudicado ao licitante que maior lance oferece. Em igualdade de circunstâncias deve ser preferido o adquirente, isto é, o imóvel lhe será adjudicado tanto por tanto, atento o maior lance, se ele o quiser (121).

(116) O juiz competente é o da situação do imóvel. Segundo a Ord., 4, 6 pr. era o juiz do lugar do contrato de aquisição do imóvel.

(117) Decret. art. 299.

(118) Lei, art. 10, § 6, Decret. art. 300, §§ 1.º, 2.º e 3.º.

(119) Lei, art. 10, §§ 5 e 6; PONT, II, n. 1.384.

(120) Decret. art. 301.

(121) Decret. art. 302.

7. Ou os credores aceitem a oferta do adquirente ou a licitação se torne efetiva; o imóvel não se reputa remido e as dívidas extintas, senão depois de pago o preço ou valor, ou de consignado em juízo 122).

Pago ou depositado o preço, a remissão é julgada por sentença. E à vista da sentença se cancela a inscrição (123).

As hipotecas gerais, porem, continuam a subsistir, salvo se o adquirente praticou as diligências, por via das quais elas podem ser remidas ou substituídas (124).

CÓDIGO CIVIL

Art. 816 — São admitidos a licitar :

I — Os credores hipotecários.

II — Os fiadores.

III — O mesmo adquirente.

§ 1.º — *Não sendo requerida a licitação, o preço da aquisição ou aquele que o adquirente propuzer, haver-se-á por definitivamente fixado para a remissão do imóvel, que, pago ou depositado o dito preço, ficará livre de hipotecas.*

§ 2.º — *Não notificando o adquirente, nos trinta dias do art. 815, § 1.º, os credores hipotecários, ficam obrigados :*

I — Às perdas e danos para com os credores hipotecários.

(122). Decret. arts. 298 e 300. Se entre os credores hipotecários há perfeito acordo sobre a ordem de suas preferências, o pagamento se pode fazer amigavelmente; se há questão a respeito, o preço deve ser consignado. Reg. n. 737, art. 393, § 3.º. Vej. PONT, II, n. 1.334..

(123) Decret. art. 299 e 308.

(124) ZACAR., § 294, 4.º. Vej. § 266 adiante.

II — *As custas e despesas judiciais.*

III — *A diferença entre a avaliação e a adjudicação, caso esta se efetue.*

§ 3.º — *O imóvel será penhorado e vendido por conta do adquirente, ainda que ele queira pagar, ou depositar o preço da venda, ou da avaliação, exceto si o credor consentir, si o preço da venda ou da avaliação bastar para a solução da hipoteca, ou se o adquirente a resgatar.*

A avaliação não será nunca em preço inferior ao da venda.

§ 4.º — *Disporá de ação regressiva contra o vendedor o adquirente, que sofrer expropriação do imóvel mediante licitação ou penhora, o que pagar a hipoteca, o que por causa da adjudicação ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra e o que suportar custas e despesas judiciais. — 985, II*

§ 265. — *Direitos do adquirente no decurso da remissão e depois dela consumada*

1. O adquirente conserva o domínio do imóvel, enquanto não é ele adjudicado a terceiro licitante (125).
Daí os corolários seguintes:

1.º Subsistem, mas sob condição resolutiva, os direitos reais que pelo adquirente fossem até aquela data constituídos no imóvel (126).

(125) A alienação do imóvel hipotecado não é nula, mas transfere a coisa com o onus hipotecário. Ord., 4, T. 6. Veja-se § 256 acima; TROPLONG, *Vente*, n. 79, *Hypoth. et Privil.*, IV, n. 949; ZACAR., § 294, 4.

(126) TROPLONG, IV, n. 962; DALLOZ, 35, I, 23.

2.º Perecendo o imóvel antes da adjudicação a terceiro, perece por conta do adquirente (127).

2. Se o imóvel é adjudicado ao adquirente, a adjudicação não é para ele o título de aquisição, mas apenas a confirmação do título anterior pelo qual o houve. Assim entende-se que nessa hipótese o imóvel permaneceu sempre no domínio do adquirente (128).

Se porem o imóvel é adjudicado a terceiro, o domínio dele passa no mesmo instante para esse terceiro e o imóvel é tido como se nunca houvera pertencido ao adquirente (129); donde procede que se resolvem todos os onus, que o adquirente constituiu sobre o mesmo imóvel em favor de quem quer que seja (130).

3. O adquirente, consumada a remissão, tem ação (131) para haver do alienante:

a) No caso de aceitação do preço oferecido, o dito preço, se já estava pago (132), ou a parte do preço que efetivamente dispendeu (133);

(127) MOURLON, III, n. 1.699.

(128) PONT, II, n. 1.388; MOURLON, III, n. 1.703; ZACAR., § 294, 4.º.

(129) Veja MOURLON, III, n. 1.700. nota (1); TROPLONG, IV, n. 962; ZACAR., § 294, 4.º.

(130) TROPLONG, IV, n. 962; MARTOU, IV, n. 1.559; ARNTZ, II, n. 1.942, 1.º.

(131) E' a ação de evicção.

(132) Lei n. 1.237, art. 10, § 8, Decret. art. 315, § 1.º.

(133) Pode a dívida ser menor que o preço do imóvel; neste caso se o preço está pago, o adquirente tem direito a haver a quota que dispendeu.

b) No caso de aceitação do valor estimado, o preço e a diferença entre o preço e o dito valor, se o preço estava pago (134), se não estava pago tão somente a diferença (135);

c) No caso do imóvel lhe ter sido adjudicado, a diferença entre o preço de aquisição e o valor da adjudicação (136).

d) No caso de adjudicação a terceiro, o preço do imóvel, se esse preço já estava pago (137).

e) Em todos estes casos as despesas e custas judiciais (138).

4. Se o imóvel foi havido por título gratuito, o adquirente não tem ação de evicção contra o doador, pois, como em outro lugar se disse, o doador não é obrigado à evicção; mas assiste-lhe a ação de gestor de negócios (*actio negotiorum gestorum*) para reaver as quantias, despendidas com a remissão do devedor, à cuja responsabilidade estava hipotecado o imóvel, quer esse devedor seja pessoa estranha, quer seja o próprio doador (139).

(134) Lei, art. 10, § 8, Decret. art. 315, § 3.º

(135) Se o preço não está pago ao alienante, paga-o o adquirente ao credor, e só lhes resta haver a diferença.

(136) Lei, art. 10, § 8, Decret. art. 315, § 3.º

(137) Lei, art. 10, § 8, Decret. art. 315, § 1.º

(138) Lei, art. 10, § 8, Decret. art. 315, § 4.º

(139) MOURLON, III. n. 1.661 a 1.663 e 1.704; PONT, II, n. 1.393.

O donatário é sucessor individual, portanto não fica obrigado a pagar as dívidas do doador: Se as pagar, para conservar o imóvel, tem ação de gestor de negócios contra ele. Veja acima § 261.

5. Se recolhido o preço da licitação, e pagos os credores, restam sobras; essas sobras pertencem de direito ao alienante; e o adquirente não tem sobre elas preferência para ser pago das indenizações que lhe são devidas (140).

6. Os credores são obrigados a satisfazer ao adquirente as benfeitorias úteis e necessárias que lhe houver feito no imóvel (141).

§ 266. — *Remissão das hipotecas legais: a) gerais, b) especializadas*

1. As hipotecas *gerais* (142), enquanto não são especializadas, não podem ser remidas pelo processo acima descrito (§ 264); falta-lhes para isso um requisito indispensável — a fixação da importância da responsabilidade (143).

(140) MOURLON, IV, n. 1.704; PONT, II, n. 1.394; ZACAR., § 294, 4.º.

A diferença que se nota entre o caso de *expropriação forçada* (§ 261, nota 5 acima) e o presente, provem de que neste (o de remissão) o imóvel, uma vez arrematado por terceiro, é havido como se nunca houvera pertencido ao adquirente (§ acima, n. 2) e pois não lhe pode pertencer o excesso de valor, pagas as dívidas hipotecárias; entretanto que no caso de *expropriação forçada*, o adquirente sempre conserva a qualidade de dono e por consequência de direito lhe pertence o aludido excesso. Vej. MOURLON, III, n. 1.626.

(141) PONT, II, n. 1.397; MOURLON, IV, n. 1.542 e 1.543.

(142) As únicas hipotecas gerais que a lei admite são a da mulher casada e a dos menores e interditos.

(143) Se não é conhecida a importância precisa da responsabilidade, como saber a quantia que deve ser paga ao credor?

Mas a lei, atenta a conveniência de facilitar ao adquirente um meio de liquidar o seu domínio, ministra um outro expediente — permite a substituição das ditas hipotecas por fianças idôneas (144).

Deve a fiança ter a mesma compreensão que a hipoteca, isto é, cobrir a responsabilidade em toda sua extensão (145).

Importa que os fiadores reünam as condições de idoneidade (146).

Presta a fiança o responsável (147). E' ouvido a respeito o promotor público como curador geral (148).

Prestada a fiança e julgada boa pelo juiz competente (149), o imóvel se reputa livre da hipoteca (150).

2. As hipotecas legais que se acham especializadas, revestem os caracteres das hipotecas especiais, e como tais ficam sujeitas às regras do direito relativas a este último gênero de hipotecas (151).

(144) Lei n. 1.237, art. 10, § 11, Decret, n. 3.453, art. 305.

(145) Decret., cit. art. 305, "serão substituídas por fianças".

(146) Decret., cit., art. 305. Veja PEREIRA E SOUZA, § 172 e Not. 370, *Dig. Port.*, I, art. 415.

(147) Decret. art. 305. E' a regra.

(148) Decret. art. 306.

(149) Decret. art. 306. E' competente o juiz do civil, se a hipoteca é de mulher casada, o de orfãos, se de menores e interditos.

(150) A hipoteca deixa de subsistir no imóvel remido, mas subsiste nos imóveis que ficam sob o domínio do responsável.

(151) Decret. art. 185 e 186.

As hipotecas legais especializadas são, portanto, remíveis, como o são as especiais, nos mesmos termos e segundo as mesmas formalidades (152).

Na remissão destas hipotecas figura:

Pela fazenda pública, o empregado designado;

Pelas corporações de mão-morta, o promotor de capelas;

Pela mulher casada e menores interditos, o promotor público, como curador geral (153).

3. Acerca da remissão das hipotecas legais especializadas, há uma particularidade que convém notar:

As hipotecas legais, como é sabido, garantem responsabilidades eventuais que não só podem deixar de existir, como ainda só são exigíveis depois de oportunamente verificadas. A responsabilidade do tutor, por exemplo, só se torna líquida e exigível quando na tomada de contas se apuram alcances (154).

Isto posto, e feita a remissão em época em que a obrigação do responsável ainda não se acha apurada: qual o destino que se deve dar ao preço e valor do imóvel?

A dita importância evidentemente não pode nem deve ser paga à pessoa a quem pertence a hipoteca, porque não há ainda dívida verificada e é possível que ela venha a não existir.

(152) Lei, art. 10, § 11, 2.º período, Decret. art. 304.

(153) Decret. art. 304.

(154) No mesmo caso está a responsabilidade do marido, a dos coletores, a dos síndicos das corporações de mão-morta.

Parece, pois, que o preço ou o valor do imóvel remido deve ser consignado em depósito para ser levantado por quem de direito, isto é:

Pelo credor, se oportunamente se verificar alcance do responsável;

Pelo responsável, se não houver alcance (155).

CÓDIGO CIVIL

Art. 816 — São admitidos a licitar :

I — Os credores hipotecários.

II — Os fiadores.

III — O mesmo adquirente.

§ 5.º — *A hipoteca legal é remível na forma por que o são as hipotecas especiais, figurando pelas pessoas, a que pertencer, as competentes, segundo a legislação em vigor.*

III. § 267. — *Efeitos da hipoteca em relação aos credores.*

1. O direito de preferência ou prelação, eis o efeito da hipoteca em relação aos credores (156).

Todos os bens do devedor, segundo as regras fundamentais de direito, estão obrigados ao pagamento de todas as suas dívidas.

(155) Os escritores franceses aconselham diversos alvites, como o de ficar a quantia em mão do adquirente, o dê entregá-la aos credores hipotecários, que vem na ordem das preferências depois da hipoteca legal, com obrigação de restituírem-na, verificado o alcance. Nenhum destes alvites oferece a segurança do depósito. Veja TROPLONG, IV, n. 993 e PONT, II, n. 1.426.

(156) Vej. § 174, acima.

E se o valor dos bens não basta para a solução integral das dívidas, há lugar o rateio entre os credores, na proporção do crédito de cada um (157).

A hipoteca derroga aquele princípio, criando a preferência ou a prelação em favor do credor hipotecário (158).

2. Consiste a preferência ou prelação no direito que tem o credor de tomar precipuamente para seu pagamento todo o preço do imóvel hipotecado, ou a parte que é suficiente para o dito pagamento, excluídos os credores em cujo favor não militam hipotecas da mesma graduação (159).

3. O direito de sequela vincula por um laço real a coisa hipotecada ao cumprimento da obrigação. O direito de preferência assegura ao credor a aplicação precípua do preço da coisa ao pagamento da dívida. A sequela é, pois, uma condição de eficácia da preferência (160).

Entram estes dois elementos na composição da hipoteca nos termos seguintes:

(157) § 185, acima. MOURLON, III, n. 1.236 e seguintes; TROPLONG, I, n. 4.

(158) São também derrogações do mesmo princípio o direito de retenção (MOURLON, III, n. 1.241) e os privilégios.

(159) Decrét. n. 4.357, art. 243, 244 e 292, § 3, 2.^a parte.

(160) TROPLONG, III, n. 775. E' por isso que os privilégios, reduzidos pela nossa lei a direitos puramente pessoais, são hoje uma garantia manca. Que é feito, por exemplo, do privilégio do credor que forneceu dinheiro para a compra do prédio, desde que o prédio se acha posto por meio legal fora do patrimônio do devedor?

A sequela forma a substância, a essência da hipoteca (161); a preferência é uma qualidade extrínseca que a lei liga à hipoteca (162). Há hipoteca sem o efeito da preferência (163); não há hipoteca sem a sequela.

§ 268. — *O que é que determina a preferência?*

O credor hipotecário, ao haver o pagamento pela coisa hipotecada, pode ter em frente três ordens de credores do mesmo devedor:

Outros credores hipotecários,

Credores privilegiados,

Credores quirografários.

I. A questão de preferência surge entre credores hipotecários, quando as duas hipotecas recaem sobre o mesmo imóvel e o preço dele é insuficiente para o pagamento integral de todos.

Ocorrendo esta hipótese, à qual dos credores caberá a preferência?

1. A preferência, ou concorram só credores por hipotecas especiais, ou só os credores por hipotecas gerais,

(161) A hipoteca é um *direito real*; sem a sequela, que é o direito real em ação, ela deixaria de existir. Vej. acima, § 174 e nota 8.

(162) A preferência pode andar ligada a um direito puramente pessoal; tal é a preferência que dá o privilégio.

(163) A hipoteca judiciária. Decret. art. 111.

ou conjuntamente credores por hipotecas gerais e especiais, é determinada pela *prioridade* da hipoteca (164).

Pode-se, pois, formular o princípio seguinte: Exclue as demais hipotecas concurrentes aquela que tem por si a *prioridade* (165).

2. A prioridade é estabelecida, ou pela data da constituição da hipoteca, ou pela data da inscrição, segundo a espécie da hipoteca (166), a saber:

a) Quanto às hipotecas gerais (da mulher casada, menores e interditos) pela data da sua constituição (167).

b) Quanto às legais que dependem de inscrição, pela data da constituição, se são inscritas dentro do prazo da prenotação (168).

c) Quanto às convencionais e às legais que não foram prenotadas, pela data da inscrição, isto é, pelo número de ordem (169).

(164) Lei n. 1.237, art. 2, § 9, Decret. n. 3.453, art. 115.

(165) Fr. 3, pr.; fr. 8, D. de pig. et hyp. 20, 1; C. 2, 4, 6, 7 e 8, C. qui potior. 8, 17; *Novell.*, 91, cap. 1.

E' a antiga regra: *prior in tempore, potior in jure* — regra *absoluta* no nosso Direito, e cuja consagração simplificou de uma maneira admirável o assunto, removendo as questões de preferências, tão abstrusas e enredadas no Direito Romano e ainda no francês.

(166) Há hipotecas, cuja existência legal contra terceiros começa da data da sua constituição (a da mulher casada, a de menores e interditos, e as legais inscritas no prazo da prenotação), e há outras, que só valem da data da inscrição (as convencionais e as legais inscritas fora do prazo da prenotação).

(167) As das mulheres casadas, menores e interditos. Lei, art. 3, Decret. art. 116, § 1.º e 123.

(168) Decret. art. 116, § 2.º e 152, § 2.º. Vej. § 230, acima.

(169) Decret. art. 116, § 3.

O número de ordem do protocolo, como se disse em outro lugar, representa a data da inscrição, data que firma a existência da hipoteca contra terceiros (170).

3. A prioridade entre as hipotecas que valem sem a inscrição (as gerais) e as hipotecas que dependem da inscrição, não pode ser resolvida pelo número de ordem, porque as gerais, não sendo inscritas, não tem o dito número (171).

Procede a mesma observação em relação às hipotecas legais inscritas no prazo da prenotação, porque a prioridade delas, é também determinada pela data de sua constituição (172).

No concurso, pois, de tais hipotecas com as convencionais ou com as legais inscritas, mas não prenotadas, a prioridade se resolve pela comparação de *datas*, isto é, da

(170) Vej. acima, § 242.

(171) Lei, art. 9, 2.º período, Decret. art. 123.

(172) Decret. art. 116, § 2 e 152, § 2. E' de notar que a lei (art. 9, § 27) proibia a inscrição de outras hipotecas dentro do prazo da prenotação. Neste ponto, como em outros, o Decreto corrigiu a lei, permitindo a inscrição no dito prazo, mas com a declaração de que a inscrição não valerá contra a hipoteca prenotada, se esta for inscrita no prazo da prenotação. Decreto art. 152, §§ 1.º e 2.º e Av. n. 60, de 7 de Fevereiro de 1866. O Decreto cedeu a necessidade prática. Na verdade, se não se tomasse o número de ordem, no protocolo, das hipotecas apresentadas no prazo da prenotação, em que ordem, passado aquele prazo, seriam elas inscritas? Seria mister criar um registro provisório para elas, aliás ficaria ao arbítrio e capricho do oficial do registro a colocação delas, em relação aos números que lhes deviam tocar, ou então seriam consideradas como apresentadas *ao mesmo* tempo. O Decreto solveu a dificuldade pela maneira exposta (art. 152, §§ 1.º e 2.º).

data da constituição daquelas e da data da inscrição destas (173).

4. A hipoteca geral, como acima se disse, perime sempre as hipotecas especiais posteriores. Todavia os bens especialmente hipotecados não podem ser executados por credores gerais anteriores, senão depois de executados os outros bens do devedor (174).

(173) O número de ordem representa a data da inscrição. Lei, art. 9, §§ 4, 5 e 6. Ainda resta uma dificuldade.

Para se determinar o número de ordem, o dia se divide em dois tempos — 1.º das seis horas da manhã ao meio dia — 2.º do meio dia às seis horas da tarde — cada um destes tempos representa uma data. No entanto para as hipotecas, cuja prioridade é firmada pela data da sua constituição, o dia tomado em sua integridade representa uma data.

Isto posto: No concurso de hipotecas inscritas e de hipotecas, cuja prioridade é determinada pela data da constituição, como calcular-se a prioridade? Parece que os dois tempos em que se divide o dia para a inscrição, se deve para este efeito considerar como formando uma só data, sendo indiferente que no caso figurado a inscrição tenha sido feita de manhã ou de tarde.

Mas, se concorrem duas hipotecas inscritas no mesmo dia, uma de manhã e outra de tarde, com uma hipoteca geral constituída no mesmo dia em que foram inscritas as duas, como solver a dificuldade? Considerar as duas inscritas como iguais em tempo à geral? Mas a que foi inscrita de manhã vence a que foi inscrita de tarde; portanto como igualá-las em frente da geral? Eis um caso em que se pode exclaimar como CUJACIO: *crux juris studiorum*.

(174) Lei, art. 14, § 3, Decret. art. 240, § 4.

Em contrário o Direito Romano: fr. 2, D. qui potior. 20, 4. C. 6. C. *eod.* VOET, *Pandect.*, 20, 1, n. 15. A disposição romana é uma consequência lógica da indivisibilidade da hipoteca: — forçar o credor por hipoteca geral a excutir os outros bens do devedor que não o especialmente hipotecado, é dividir-lhe a hipoteca, é reduzi-la; é ainda impor-lhe onus e empeiorar a sua condição, se os outros bens são de difícil execução, se são sítos em lugares remotos. Vej. TROPLONG, III, n. 750 e seg.

Esta doutrina envolve derrogação do princípio da indivisibilidade, mas assenta em uma razão de equidade — resguarda os interesses do credor da hipoteca especial sem prejuízo do credor pela hipoteca geral (175).

5. Se gravam o imóvel duas ou mais hipotecas inscritas sob o mesmo número, ou tendo a mesma data legal (176), é manifesto que cessa entre elas a questão de prioridade, e os credores, a quem pertencem, se consideram iguais nos seus direitos: — o preço do imóvel, em consequência, se divide entre uns e outros na proporção de seus créditos (*prorata*) (177).

CÓDIGO CIVIL

Art. 759 — O credor hipotecário e o pignoratício, tem o direito de executar a coisa hipotecada, ou empenhada, e pre-

(175) Sem o favor da citada disposição do art. 14, § 3, o credor da hipoteca especial ficava exposto à perda inevitável. Executado o imóvel, que lhe estava especialmente hipotecado, desaparecería a sua hipoteca, e ele descia à posição de quirografário.

Se todos os imóveis do devedor se acham especialmente hipotecados, e o devedor não tem outros bens, cessa a disposição: — o credor da hipoteca geral anterior poderá livremente executar qualquer desses imóveis.

(176) Hipotecas, cuja prioridade é determinada pela data da constituição.

(177) Lei, art. 9, § 6, Decret. art. 49.

Fr. 20, § 1. D. de pig. act. 13, 7: Si pluribus simul res pignori detur, æqualis omnium causa est. Fr. 18, § 8, D. de pig. 20, 1: Si duo pariter de hypotheca pasciscuntur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debite aut pro partis dimidiis queritur: et magis est ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum.

ferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade na inscrição. — 765, 833, § único.

Parágrafo único. Excetua-se desta regra a dívida proveniente de salários do trabalhador agrícola, afim de ser pago pelo produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, precipuamente a quaisquer outros créditos. — 1.560, 1.653.

§ 269. — Credores privilegiados e quirografários

II. 1. A lei atribue a certos créditos, por virtude da *qualidade* que lhes é inerente, ou *causa* de que derivam, o predicamento de serem pagos de *preferência* aos créditos que não se acham revestidos dos mesmos caracteres (178).

Na preferência concedida por motivos tais consiste a prerrogativa denominada na matéria sujeita — *privilégio* (179).

2. E, pois que o privilégio procede da qualidade ou da causa da dívida, a preferência que ele determina é re-

(178) Vej. MOURLON, III, n. 1.247. TROPLONG, I, ns. 17 e segs.; ZACARIAE, § 256.

Podem determinar o privilégio:

Razões de equidade (despesas e custas judiciais, fornecimento por terceiro do dinheiro para a compra do imóvel).

Razões de humanidade (despesas da última enfermidade).

Razões de interesse geral (despesas funerárias). Vej. MOURLON, loc. cit.

(179) A palavra — *privilégio* — tem em Direito outras acepções. Vej. MAYNZ, § 90.

gulada, não pela *prioridade*, mas pela maior prerrogativa, isto é, pelo maior favor que o crédito merece (180).

3. No estado atual do nosso Direito o privilégio é uma direito puramente pessoal — produz a preferência, mas não dá a sequela; pode ser oposto aos credores do mesmo devedor, mas não pode ser invocado contra terceiros detentores (181).

(180) Fr. 32, D. de reb. auctor. judic. poss. 42, 5. *Privilegia non extempore extimantur, sed ex causa, et si ejusdem fuerint tituli concurrent, licet diversitas temporis in his fuerit.* PEREIRA E SOUZA, § 469.

(181) Segundo a lei n. 1.237 (art. 6 e § 1.º), não há outros direitos reais além dos que se acham enumerados no citado artigo. Os privilégios não se acham contemplados no dito artigo, não são por consequência direitos *reais*, mas devem ser havidos como direitos pessoais.

No Direito Romano prevalece a mesma doutrina. O privilégio, segundo aquele Direito, é sempre pessoal, e só se confunde com o direito *real*, quando ligado à hipoteca. Mas neste caso o vínculo real provem da hipoteca e não do privilégio. CUJACIO, *Recitat. solem. C. Qui potior*, c. 7.

Em França os privilégios são tidos como *reais* e em consequência gravam a causa. TROPLONG, I, n. 23. Na antiga jurisprudência prevalecia a doutrina do Direito Romano (TROPLONG, cit., n. 23).

Cumpre advertir que continuam a subsistir com a natureza de *reais* certos privilégios ou preferências que o Código Comercial estabelece em relação a navios ou mercadorias. Lei n. 1.237, art. 2, Decret. número 3.453, art. 112. Eram verdadeiras hipotecas, que hoje em presença do sistema da lei perderam aquela denominação, e vigoram como *obrigações reais*. (Decret. cit., art. 112).

Tem-se suscitado a questão de saber se as hipotecas legais *privilegiadas*, estabelecidas pela nossa antiga legislação e derogadas pela lei n. 1.237, continuam a vigorar com o mero caráter de privilégios.

5. O nosso antigo Direito imprimia em certas hipotecas o caráter de *privilegiadas* e lhes dava preeminência sobre as hipotecas simples, legais ou convencionais. A lei, atualmente vigente, derogou um tal sistema. Hoje, a hipoteca, legal ou convencional, é pura e ilide e perime sempre o privilégio, qualquer que seja a sua prerrogativa (182).

Este princípio é absoluto; só se lhe conhece uma exceção — a que respeita às despesas e custas judiciais feitas com a execução do imóvel. As ditas despesas, por decreto expresso da lei, são precipuamente tiradas do produto da arrematação da coisa hipotecada (183).

6. Os privilégios, pois, só subsistem e produzem efeito, quando ou se referem a moveis, ou a imoveis que não estão hipotecados (184).

III. *Credores quirografários* se dizem aqueles que não tem por lei direito a ser pagos de preferência.

O credor quirografário fica sob o império do direito comum. Exclue-o a hipoteca, ainda que de data posterior (185).

Parece-nos que sim. Os créditos, a que competia hipoteca legal privilegiada, reuniam o duplo predicamento do privilégio e da hipoteca, razão porque excluíam a hipoteca simples. Abolida pela lei a hipoteca, é fora de dúvida que subsiste o privilégio, o qual não foi expungido.

(182) Lei, n. 1.227, art. 5, § 3, Decret. n. 3.453, art. 244.

(183) Lei, n. 1.237, art. 5, § 1.º, Decret. art. 243.

(184) Lei, art. 5, § 2.

(185) Vej. acima, § 185.

IV. A preeminência que a lei confere à hipoteca sobre o privilégio e o quirógrafo é decisiva e absoluta.

Assim que:

1. Os credores privilegiados ou quirografários não podem, sob pena de nulidade, excluir os imóveis hipotecados, salvo nos casos de falência ou insolvabilidade (186).

2. Ainda nos casos de falência ou insolvabilidade, não é lícito aos ditos credores disputar preferência com os hipotecários, nem mesmo contestar a legitimidade da hipoteca, uma vez que ela conste de escritura pública e esteja devidamente inscrita (187).

(186) Decret. n. 3.453, art. 240, § 5.

Parece que o Dec. se refere às nulidades dependentes de ação rescisória.

(187) Decret. n. 3.453, art. 240. § 6, n. 5 e art. 292, § 3.

Se as nulidades, porém, são de pleno direito, como por exemplo se a escritura não está assinada por duas testemunhas, se não foi lida às partes, parece que o quirografário pode invocá-las. Uma hipoteca que sofre tais vícios, perde o seu caráter jurídico, não tem existência legal e o juiz não pode aceitá-la. Vej. Reg. n. 737, artigos 682 e 683, §§ 1 e 2; PEREIRA E SOUZA, Not. 465.

E' também para nós fora de dúvida que o quirografário em concurso de preferência pode arguir as nulidades da inscrição, visíveis pela própria escritura, ou provadas por certidão do registro, como se na inscrição não vem declarado o nome e a situação do imóvel, quantia determinada (Decret. art. 235).

A nota 8 ao § 248 deve ser entendida de harmonia com a presente nota e com a 7 do § 274, isto é: O credor quirografário não tem ação para fazer declarar as nulidades arguidas, mas em concurso de preferências pode invocá-las.

CÓDIGO CIVIL

Art. 759 — O credor hipotecário e o pignoratício, teem o direito de executar a coisa hipotecada, ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade na inscrição. — 765, 833, § único.

Parágrafo único. Excetua-se desta regra a dívida proveniente de salários do trabalhador agrícola, afim de ser pago pelo produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, precipuamente a quaisquer outros créditos. — 1.560, 1.563.

CAPÍTULO VIII

AÇÕES RELATIVAS AO DIREITO HIPOTECÁRIO

§ 270. — *Ações do credor: noção histórica*

1. O Direito Romano dava ao credor hipotecário uma ação especial, destinada a fazer valer e a tornar efetiva a hipoteca. Esta ação, a princípio chamada — *quase serviana*, tomou afinal o nome de — ação hipotecária (*Actio hypothecaria*) (1).

Podia ser intentada contra todo o possuidor, quer fosse o próprio devedor, quer um terceiro (2) e tinha por objeto forçar o detentor a entregar a coisa hipotecada ao credor (3).

(1) § 7, I. de actionib. 4, 6, C. 1, C. Com. de legat. 6, 43; MAYNZ, § 252. Também se denominava — *actio pignoratitia*.

(2) Fr. 12 pr. e § 7 D. de Qui potior. 20, 4; C. 14 e 18 C. de De pign., 8, 14.

(3) Fr. 16, § 3; fr. 17 pr., fr. 21, § 3, D. De pign. 20, 1.

Nesta ação o credor devia provar:

1.º O domínio daquele que constituísse a hipoteca (no caso da ação ser intentada contra terceiro possuidor);

2.º A existência da dívida;

3.º A constituição da hipoteca.

Veja MACKELDEY, § 260. Quanto à fórmula, KELLER, parágrafo 33.

Uma vez posta a coisa sob a detenção do credor, era-lhe lícito ou vendê-la ou retê-la até ser pago (4).

2. Na nossa antiga prática a ação do credor hipotecário contra o devedor tinha um caráter puramente pessoal. A sentença se executava nos bens hipotecários sem nenhuma particularidade (5). Os efeitos da hipoteca se conservavam, por assim dizer, latentes, para entrar em atividade tão somente no caso de sobrevir concurso de preferência (6).

A ação, propriamente *hipotecária*, só era usada contra terceiro possuidor (7) e tinha por fim obrigá-lo ou a pagar a dívida ou a entregar a coisa hipotecada para nela correr a execução (8). Esta prática era uma consequência das disposições que vigoravam acerca da matéria hipotecária. Na verdade o terceiro possuidor gozava do benefício de execução; e contra ele não era exequível a sentença condenatória do devedor (9).

(4) LEMONIER, *De l'hypoth. en Droit Rom.*, n. 167; VOET, *Pandect.*, XX, 4.

(5) Vej. *Doutrina das Ações*, § 168.

(6) A hipoteca é uma garantia contra terceiros: — o direito de seqüela e o de preferência só entram em atividade em relação à terceiros; Vej. acima, § 174, n. 5.

(7) Vej. *Doutrina das Ações*, cit., § 168.

(8) Ação *propriamente hipotecária*, isto é, ação *real*, tendo por objeto um direito *real* — o direito hipotecário.

(8) Or. 4, 3 pr. . . . “poderá o credor demandar o possuidor dela que ou lhe pague a dívida ou lhe dê e entregue a dita coisa, para haver por ela pagamento de sua dívida.”

(9) Ord. 4, 3 pr. : “demandando o credor primeiro o seu devedor”

CÓDIGO CIVIL

Art. 816 — O registro de imóveis compreende :

I — A transcrição dos títulos de transmissão da propriedade.

II — A transcrição dos títulos enumerados no art. 532.

III — A transcrição dos títulos constitutivos de onus reais sobre coisas alheias.

IV — A inscrição das hipotecas.

§ 271. — Ação do credor segundo o direito atual

A lei atualmente vigente acabou com a ação *propriamente hipotecária* (10).

O seu sistema a respeito se reduz ao seguinte: — dá ao credor ação pessoal contra o devedor e torna a sentença executável contra o terceiro possuidor da coisa hipotecada (11).

Neste sistema o direito de seqüela não carece do aparelho das ações para produzir os seus efeitos contra tercei-

(10) A ação *propriamente hipotecária* é real porque deriva de um direito real. TROPLONG, III, n. 779.

A lei n. 1.237, tyt. 7 e o Decret. 3.453, tit. 4, chamam hipotecária a ação do credor contra o devedor. É uma denominação imprópria.

(11) Lei, art. 10, § 1.º e art. 14, Decret. arts. 282 e 309, § 10.

ros; mas entra em atividade e recebe a consagração judicial na instância da execução e por via da execução (12).

A ação do credor varia, segundo a hipoteca é convencional ou legal (13).

A) 1. A ação que compete ao credor por hipoteca convencional para haver a dívida, é a de assinação de dez dias (14).

A lei, porem, não decretou, nem podia decretar a dita ação em termos absolutos e incondicionais, nem derogou os princípios que lhe regulam a competência (15).

2. A assinação de dez dias, segundo o Direito preexistente, não é admissível para as obrigações ilíquidas, ou dependentes de fatos ou condições que carecem ou de provas *aliundé* ou de provas que não podem ser ministradas *incontinenti* (16).

Esta regra, sem dúvida, vigora para as dívidas hipotecárias que, nos termos expostos, são ilíquidas ou depen-

(12) Lei, art. 10, § 1.º: “exequíveis contra suem quer que for o detentor”. Decret. art. 309, § 1.º: A sentença é exequível contra terceiro detentor, ainda quando a hipoteca seja simplesmente legal (art. 10, § 1.º, da lei).

(13) A ação de que trata a lei art.14 e §§, e o Decret. artigos 282 e seg., é privativa do credor de hipoteca convencional. A lei diz: “Aos credores de hipotecas *convencionais*, inscritas e celebradas depois desta lei, compete...”.

(14) Lei, art. 14, Decret. art. 282. A lei manda seguir o processo e a execução estabelecidos pelo Decret. n. 737, de 25 de Novembro de 1850:

(15) Lei, art. 14, Decret. art. 282.

(16) Decret. n. 737, art. 248; PEREIRA E SOUZA, not. 957.

dentes de fatos não provados. A assinação de dez dias presuppõe instrumentos que por seus caracteres de certeza e verdade excluem razoavelmente dúvidas ou suspeitas de engano (17). Seria pois incivil e antijurídico admitir a derrogação de um princípio tão importante à defesa, sem disposição expressa.

3. Igualmente a assinação de dez dias só é praticável entre as próprias partes contratantes (18). Não obstante, competirá ao credor hipotecário cessionário? Parece que não (19). Há todavia julgados em contrário (20).

4. A ação por dívida e hipoteca convencional é sempre civil, ainda que seja mercantil a causa de que pro-

(17) Vej. Ord. 3, 25, Decret. n. 737, art. 247.

(18) Decret. n. 737, art. 267.

(19) 1.º Porque a lei faz remissão ao Decret. n. 737, cujo art. 267 é expresso;

2.º Porque a assinação de dez dias é uma ação violenta, que, mutilando o direito de defesa, autoriza a condenação antes de discussão regular; e excepcional como é, não pode ser ampliada por via de interpretação.

(20) A jurisprudência dos Tribunais tem variado. Os que sustentam a doutrina contrária, argumentam — que a intenção da lei foi dar à escritura de hipoteca uma execução rápida e expedita, — que todo o seu sistema se acha combinado para o fim de proporcionar ao credor todos os meios de reaver com máxima facilidade o capital emprestado — o que contribue para fortificar e aumentar o crédito territorial, principal intento da lei. Esta argumentação, por mais plausível que pareça, não é suficiente para fundamentar o presuppósito. O art. 267 do Decret. n. 737 é expresso, e entendendo ele com o direito de defesa, não seria jurídico dá-lo como derogado, não por virtude de disposições expressas, mas por motivos gerais, deduzidos da razão da lei.

cede a mesma dívida (21). Neste particular, a lei subordina a dívida que é principal, à hipoteca que é o acessório. Não há que discutir se a dívida foi contraída conjuntamente com a hipoteca na mesma escritura ou se preexistia à hipoteca; eis que a dívida está garantida por hipoteca convencional, a ação é civil.

5. Na execução de hipotecas convencionais (22) se observam as particularidades seguintes:

1.^a Os imóveis hipotecados podem ser arrematados, ainda que o seu valor exceda o dôbro da dívida (23).

2.^a Não prevalece contra o credor hipotecário o privilégio de integridade em favor das fábricas de açúcar e mineração (24).

(21) Lei, art. 14, Decret. art. 283.

(22) As particularidades que se seguem no nosso texto sob ns. 1.^o, 2.^o e 3.^o, são exceções decretadas tão somente em favor das execuções por hipotecas convencionais:

1.^o Porque se acham consagradas no art. 14 da lei, artigo que só trata da ação do credor de hipoteca convencional. As exceções são sempre restritivas.

2.^o Porque os motivos que determinaram aquelas exceções — necessidade de facilitar os empréstimos sobre a propriedade imóvel pela prontidão do reembolso para destarte desenvolver o crédito territorial — não tem conexão alguma com as hipotecas legais, destinadas não a favorecer interesses econômicos, mas à proteger certas pessoas incapazes de por si mesmas defenderem os seus direitos (Vej. § 187, acima).

(23) Lei, art. 14, § 1.^o, Decret. 292, § 1.^o. Assim pois em relação as execuções por hipotecas convencionais se acha derogado o § 24 da lei de 20 de Junho de 1774.

(24) Lei, art. 14, § 2, Decret., art. 292, § 2.

Acha-se igualmente, nos mesmos termos, derogada a lei de 30 de Agosto de 1833, isto é. tão somente em relação à execução por hipoteca convencional.

3.^a Não são admitidos a disputar preferência com o credor hipotecário credores que não tenham por seu turno hipotecas sobre o imóvel arrematado (25).

B) Aos credores por hipoteca legal assistem as ações que forem competentes, atenta a natureza das dívidas (26). Estas ações são sempre civis (27).

CÓDIGO CIVIL

Art. 826 — A execução do imóvel hipotecado far-se-á por ação executiva. Não será válida a venda judicial de imóveis gravados por hipotecas devidamente inscritas, sem que tenham

(25) Decret., art 292, § 3.

O citado § 3 é concebido assim:

“Só podem disputar preferência com o credor hipotecário outros credores que se apresentarem com hipotecas *inscritas* sobre o mesmo imóvel”.

Esta redação é imperfeita. Os credores por hipotecas gerais *não inscritas* (menores, interditos e mulheres casadas), quando o devedor não possui outros bens, ou depois de executados os que tiver, podem disputar preferência sobre o imóvel especialmente hipotecado. Lei, art. 14, § 3, art. 2, § 9, Decret. art. 240, § 4, arts. 115 e 116; doutrina esta que o dito § 3 do dito art. 292, contrário, redigido como está.

(26) Assim se a dívida é do fisco, compete ação executiva; se de tutores para com menores, executa-se a sentença que julga o alcance de contas; se do marido para com a mulher por dote e a quantia é líquida, pode ser usada a assinatura de dez dias, entre as próprias partes, como em caso de divórcio.

Desde que a lei e o Decret. só dão a assinatura de dez dias aos credores por hipotecas convencionais, é manifesto que ficam excluídas as ações por hipotecas legais, as quais continuam a ser reguladas pelo direito preexistente.

(27) As dívidas a que a lei vigente confere hipoteca legal, são todas civis. Vej. § 187, acima.

sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários que não forem de qualquer modo partes na execução.

§ 272. — Sequestro

A ação do credor por hipoteca *convencional* pode ser precedida de sequestro do imóvel ou imóveis hipotecados (28), contra quem quer que seja o detentor (29).

Tirando a coisa de sob a detenção do possuidor, o sequestro realiza até certo ponto, e por via mais rápida, o fim imediato da ação hipotecária do Direito Romano (30).

Tem o sequestro duplo fim: — sujeitar à hipoteca (31) os frutos e rendimentos do prédio, percebidos desde o momento em que ele se realiza (32), e impedir da sua

(28) Lei n. 1.237, art. 14, Decret. n. 3.453, art. 284. É lícito ao credor dispensar o sequestro, remédio extraordinário introduzido tão somente por utilidade sua.

Convém advertir que não podem usar do dito remédio os credores por hipotecas legais. Lei, art. 14, Decret. arts. 282 e 283.

(29) Lei, art. 14, Decret., art. 284.

(30) Em Direito Romano o fim imediato da ação hipotecária é reivindicar a coisa para o poder do credor.

(31) Isto é, ao vínculo real e à preferência.

(32) Decret. art. 286, § 1.º — O sequestro não pode compreender os frutos colhidos ainda quando armazenados no estabelecimento hipotecado. Uma vez colhidos, os frutos tornam-se móveis e escapam à hipoteca. TROPLONG, III, n. 404.

A penhora também produz o efeito de sujeitar à hipoteca os frutos que se colherem.

data em diante a mobilização dos acessórios do imóvel e dos imóveis por destino (33).

Para a concessão do sequestro basta a exibição da escritura pública da hipoteca (34), mas é mister que a escritura: I. contenha a constituição de hipoteca de existência jurídica (35) II. e não padeça vício substancial visível (36).

(33) Os acessórios e os imóveis por destinação, também escapam à hipoteca, desde que são separados do imóvel principal. TROP LONG, II, ns. 404 e 141. Vej. acima, § 180.

(34) Decret., art. 284.

(35) Está nas atribuições do juiz repelir *ex-officio* os instrumentos públicos ou particulares contendo contratos ou estipulações proibidas por lei. Assim se o credor apresenta uma escritura de hipoteca de moveis, de escravos separados do imóvel, de navios, não lhe pode conceder o sequestro, porque a lei vigente não admite hipoteca de moveis.

A disposição do art. 284 “o sequestro deve ser deferido independentemente de outro requisito que não seja a falta de pagamento” pressupõe a existência da hipoteca nos termos da lei. Se não há hipoteca jurídica, e isto se depreende do instrumento exibido, como conceder o sequestro?

(36) E’ também outro princípio que se não deve aceitar em juízo, escrituras substancialmente nulas por motivo de vícios visíveis, como se não estão assinadas por uma das partes ou por duas testemunhas, ou quando não consta haverem sido lidas às partes. Em presença de uma escritura assim viciada, como permitir o sequestro? Vej. § 250 e nota 21.

Acerca do processo do sequestro subsistem as disposições seguintes:

1. O sequestro carece da formalidade da conciliação, que pode ser anterior ou posterior: esta mesma conciliação serve para a ação. Decret. art. 288.
2. O sequestro só admite embargos de extinção da hipoteca. Decret., art. 289.
3. Não admite outro recurso que não seja o de agravo. Decreto, art. 290. Pode pois o possuidor do imóvel agravar:

§ 273. — Meios de preservar a hipoteca

A hipoteca — direito real com existência própria constituído na coisa alheia — enquanto não está vencida a dívida, fica exposta a contingências que podem aniquilá-la.

Assim é possível que um credor com segunda hipoteca sobre o imóvel, o sequestre e penhore antes que a dívida do credor da primeira hipoteca esteja vencida (37).

E' também possível que um terceiro, em posse do imóvel, esteja em via de consumir a prescrição aquisitiva, antes de se vencer a dívida hipotecária (38).

Quais os recursos do credor para conjurar perigos tais?

A) Para o caso em primeiro lugar aludido, o Direito francês consagra uma providência simples e decisiva: — a primeira hipoteca se reputa vencida e o credor

- a) do despacho que concede o sequestro;
- b) do sequestro depois de realizado;
- c) de qualquer despacho relativo a procedência do sequestro.

4. O sequestro, *legalmente feito*, só cessa pelo pagamento da dívida, isto é, pela extinção da hipoteca. Decret., art. 268. Se, pois, o sequestro é nulo, como se foi decretado por virtude de título de pleno direito, pode ser julgado improcedente por despacho do juiz, despacho do qual cabe agravo.

(37) A arrematação do imóvel hipotecado extingue todas as hipotecas que o gravam (§ 277, n. 8). Se, pois, o credor da primeira hipoteca não tivesse meio de obstar a execução, perderia inevitavelmente a sua garantia hipotecária.

(38) Antes de vencida a dívida o credor não pode sequestrar ou penhorar o imóvel. Como, pois, interromper a prescrição aquisitiva que se está consumando em favor de terceiro?

fica destarte habilitado para entrar em concurso e excluir o credor da segunda hipoteca (39).

A nossa lei não contém disposição expressa a respeito.

E' certo que ela adotou a prática francesa nos casos de falência e insolvabilidade, declarando as dívidas hipotecárias vencidas em qualquer daquelas ocorrências (40). Mas, muitas vezes se verifica a hipótese, a que estamos aludindo, sem que o devedor esteja falido ou insolvável (41).

No silêncio da lei vigora como subsidiário o Direito Romano, o qual sem embargo das diferenças no que diz respeito à *distração* do imóvel hipotecado, ministra todavia princípio para resolver a dificuldade.

Segundo o dito direito, o credor primeiro em ordem (*prior in tempore*) podia impedir que, antes dele, os credores posteriores executassem a coisa hipotecada (42). Esta disposição é perfeitamente jurídica.

Mas o dito direito de impedir a execução aos credores posteriores tem como razão fundamental a necessidade de acautelar o aniquilamento da primeira hipoteca. Desde

(39) TROPLONG, III, n. 804; ZACHARIAE, § 295; MARTOU, III, n. 1.272.

(40) Decret. n. 3.453, art. 240, § 6, n. 2.

(41) Dá-se diariamente o caso de estar um prédio sujeito a duas hipotecas, sem que no entanto o devedor se ache falido ou insolvável.

(42) Fr. 15, § 5, D. de ri judic. 42, 1, C. 8 C. Qui potior, 8, 18:

Diversis temporibus eadem re duobus jure pignoris obligata, eum qui prior, data mutua pecunia, pignus accepit, potiozem haberis certi et manifesti juris est; sic alias secundum (creditores) distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas.

que, pois, cessa a dita necessidade, com ela cessa o direito consequente. Estando, portanto, vencida a primeira hipoteca, podem os credores da segunda executar o imóvel, porque então nada impede o credor da primeira de fazer valer a sua preferência (43).

O meio que assiste ao primeiro credor para impedir a execução do imóvel hipotecado, antes de vencida a sua dívida, é o de embargos de terceiro prejudicado (44).

3. A prescrição aquisitiva, ordinária ou extraordinária, corre, como é sabido, contra o credor hipotecário.

Se a dívida está vencida, desaparece o perigo, porque o credor pode interromper o curso da prescrição pelo sequestro ou pela penhora (45).

Se, porem, a dívida ainda não se venceu, o credor no estado atual do nosso Direito, não tem meio de interromper a prescrição.

(43) Segundo o Direito Romano o credor *prior in tempore* podia obstar a *tristractio* aos segundos credores, ainda mesmo estando vencida a sua dívida (MAYNZ, § 250). Nesta parte o D. K. não pode ser aceito entre nós; falta a necessidade que justifica o direito de impedir a execução.

(44) Neste sentido há já casos julgados: Não pode ser embargo a disposição do art. 604 do Decret. n. 737. O citado artigo, redigido em época anterior à reforma da legislação hipotecária, não podia cogitar de uma hipótese que havia de surgir no domínio de uma lei ainda não existente.

E' de notar que se o credor da primeira hipoteca não impede a execução, resta-lhe o direito de haver por ação ordinária dos credores que hajam recolhido o preço da arrematação, a parte precípua que lhe devia tocar como hipotecário. Vej. Decret. n. 737, art. 610, ord. 4, 6, § 2 e PEREIRA E SOUZA, Nota 901.

(45) O sequestro e a penhora interrompem a prescrição. Vej. §§ acima 74, n. 3 e 15, n. 1.

O nosso Direito só admite dois modos de interromper a prescrição aquisitiva — a citação para a reivindicação da coisa ou protesto no caso de ausência do possuidor. Estes dois meios pressupõem a possibilidade que falece ao credor hipotecário, uma vez que a hipoteca não está vencida (46).

CÓDIGO CIVIL

Art. 813 — Salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira.

Parágrafo único. Não constitui fundamento para a insolvência a falta de pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira.

Art. 817 — Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até fazer trinta anos, da data do contrato. Desde que perfaça trinta

(46) Vej. acima, § 74.

Os franceses teem para interromper a prescrição a ação *en interruption*, que compete ao credor hipotecário contra o possuidor. E' uma ação que foi criada pelos costumes e estilos.

Nota. O D. Romano dava ao credor hipotecário os seguintes meios conservatórios:

1.º O direito de intentar *utiliter* as ações negatórias e confessorias de servidões em relação ao imóvel hipotecado;

2.º de denunciar obra nova.

3.º de pedir caução *Damni infecti*.

4.º de usar do interdito *quod vi aut clam*. Vej. MAYNZ, § 247; JOURDAN, cap. 44.

Serão admissíveis na nossa prática estes meios? Parece-me que sim. Não temos na nossa legislação principio algum a que repugne o emprego de tais meios.

anos, só poderá subsistir o contrato de hipoteca, reconstituindo-se por novo título e nova inscrição e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir.

Art. 818 — *E' lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual será a base para as arrematações, adjudicações e remissões, dispensada a avaliação.*

As remissões não serão permitidas antes de realizada a primeira praça, nem depois da assinatura do auto de arrematação.

§ 274. — *Ações de terceiros contra a hipoteca*

A hipoteca pode ser nula:

1.º Porque é nula a obrigação que ela garante (47)

2.º Por vício substancial, interno ou externo, inerente à própria convenção hipotecária (48).

Pode ainda ser ineficaz contra terceiros por inobservância de formalidade substancial da *inscrição* (49).

A lei dá as ações competentes para a declaração daquelas nulidades (50).

Estas ações, porem, só podem ser intentadas:

(47) Vej. § 175, n. 2 e adiante, § 276, acima.

(48) Vej. § 225, acima. Vício interno, como se a hipoteca é simulada; se é constituída por pessoa incapaz (§ 212); vício externo, como se a escritura não está assinada pela parte ou por duas testemunhas.

(49) Vej. acima, § 248.

(50) Lei, art. 11, § 5, Decret. art. 105, § 1.º, 108, 240, § 6, n. 5 e 249, parágrafo 5.

- a) Pelo devedor;
- b) Pelos credores hipotecários, a quem a hipoteca ou a inscrição prejudica (51);
- c) Por terceiros adquirentes do imóvel (52).

Os credores quirografários, como é sabido, não tem direito real sobre os bens que formam o patrimônio do devedor. A obrigação do devedor para com eles é *pessoal*. Sem dúvida quem se obriga, obriga os seus bens, mas por via de consequência, e não, diretamente, por vínculo real.

E desde que falece aos quirografários direito real sobre os bens do devedor, é visto que não podem disputar por via de ação a questão de validade da hipoteca, que é um direito real (53).

(51) TROPLONG, III, n. 745; PONT, II, n. 1.083.

(52) TROPLONG, cit., n. 745; PONT, cit., n. 1.083. O adquirente com título transcrito tem interesse em anular a hipoteca inscrita em data anterior.

(53) Em concurso de preferência, porem, caso em que todos os haveres do devedor se acham apurados para a solução de suas dívidas, o quirografário tem o direito de pedir a declaração das nulidades absolutas e dos vícios substanciais da inscrição. Vej. not. 10, do § 269, acima.

CAPÍTULO IX

DOS MODOS PELOS QUAIS SE EXTINGUE A HIPOTECA.

§ 275. — *Extinção da hipoteca*

A extinção da hipoteca é determinada:

1. Pela extinção da obrigação principal (1);
2. Pela perda da coisa hipotecada (2);
3. Pela renúncia do credor (3);
4. Pela confusão do domínio e da hipoteca na mesma pessoa (4).
5. Pela resolução do domínio de quem constitui a hipoteca (5);

(1) Lei, n. 1.237, art. 11, § 1.º, Decret. n. 3.453, art. 249, parágrafo 1.º.

(2) Lei, art. 11, § 2, Decret. art. 249, § 2.

(3) Lei, art. 11, § 3, Decret. art. 249, § 3.

(4) Fr. 29, D. De pig. act. 13, 7; fr. 9, D. Quib. mod. pign. 20, 6; fr. 30, *in fine*. De excep. rei judicat. 44, 2.

(5) Fr. 3, D. Quib. mod. pign. 20, 6, fr. 31, 20, 1; fr. 4, § 3, D. De in diem addict., 18, 2.

6. Pela expropriação por utilidade pública (6);
7. Pela remissão do imóvel (7);
8. Pela arrematação solene em praça pública (8);
9. Pela prescrição (9).

CÓDIGO CIVIL

Art. 849 — A hipoteca extingue-se :

I — Pelo desaparecimento da obrigação principal.

II — Pela destruição da coisa ou resolução do domínio. — 77, 78, 647.

III — Pela renúncia do credor.

IV — Pela remissão. — 815.

V — Pela sentença passada em julgado.

VI — Pela prescrição. — 177.

VII — Pela arrematação ou adjudicação

Art. 762 — A dívida considera-se vencida — 954.

I — Si, deteriorando-se, ou depreciaando-se a coisa dada em segurança, desfalcar a garantia, e o devedor, intimado, a não reforçar. — 764.

II — Si o devedor cair em insolvência, ou falir.

(6) Lei, art. 2, § 3.

(7) Lei art. 11, § 4, Decret. art. 249, § 4.

(8) Vej. § 277, adiante.

(9) Lei, art. 11, § 7, Decret. arts. 254 e 255.

III — Si as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento.

Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata.

IV — Si perécer o objeto dado em garantia, hipótese na qual a indenização, estando ele seguro, ou havendo quem a tenha afiançado, se subrogará na coisa destruída, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ele preferência até o seu completo reembolso. — 1.158, I.

V — Si se desapropriar a coisa dada em garantia, depositando-se a parte do preço, que fôr necessária para o pagamento integral do credor. — 1.558, II.

Parágrafo único. Nos casos dos ns. IV e V, só se vencerá a hipoteca antes do prazo estipulado, si o sinistro, ou a desapropriação recair sobre o objeto dado em garantia e esta não abranger outros; subsistindo, no caso contrário, a dívida reduzida, com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados, danificados, ou destruídos. — 763.

Art. 763 — O antecipado vencimento da dívida nas hipotecas do artigo anterior, parágrafo único, não importa o dos juros correspondentes ao prazo convencional per decorrer.

§ 276. — Pela extinção da obrigação principal, perda da coisa e renúncia do credor

1. A hipoteca, como puro acessório que é da obrigação principal, extinta a dita obrigação, perde a razão de ser, deixa de ter objeto, e portanto cessa de existir (10).

(10) Vej. § 175, acima.

Extinguem a hipoteca, em consequência, todas as causas que extinguem a obrigação, como o pagamento, o perdão, a novação, a confusão (11).

E' mister que a extinção da obrigação seja:

1.º *total*. Se subsiste alguma coisa da obrigação, a hipoteca, por efeito da indivisibilidade, persevera em sua integridade (12).

2.º *definitiva* (13). Na verdade se a obrigação revive por alguma razão de direito, com ela revive a hipoteca como aconteceria se a obrigação se extinguisse por dação em pagamento, e mais tarde a coisa dada em pagamento fosse evicta ao credor (14)

E' de advertir, quanto a este caso, que se a inscrição não foi cancelada, a hipoteca restaurada conserva o seu

(11) PONT, II, n. 1.228. A *ex promissio* e a delegação do devedor, extinguem a hipoteca, salvo estipulação em contrário. Vej. POTHIER, *Oblig.*, n. 563. TROPLONG, I, n. 346; MACKELDEY, parágrafo 530.

(12) Fr. 9, § 1.º, D. De pign. act. 13, 7; ACCARIAS, n. 288; TROPLONG, II, n. 846; PONT, II, n. 1.229.

(13) TROPLONG, IV, n. 847; PONT, II, 1.230.

(14) Fr. 46, D. de novat. 46, 2, C. 8, C. de sentent. et interlocut. 7, 45. Há grande controvérsia entre os intérpretes do Direito Romano àcerca deste ponto, isto é: se, tirada ao credor a coisa dada em pagamento, revive a antiga obrigação do devedor; ou se a dita obrigação se considera extinta, cabendo ao credor, não a antiga ação, mas a ação *de evictione*.

O efeito prático desta questão é — que se revive a antiga obrigação, com ela revive a hipoteca; mas, se a obrigação extinguiu-se ao comprador compete a ação de evicção, extinta também fica a hipoteca. No primeiro sentido CUIACIO, *Observat.* 19, 38 e outros. No segundo, DONEAU, n. 25, C. 4, C. de evict. VOET, *Pandect.*, 46, 3, n. 13; TROPLONG, IV, n. 852 e PONT, II, n. 1.230.

número de ordem; se, porém, a inscrição se cancelou. é necessário fazê-la de novo e a hipoteca terá o número de ordem que então lhe venha a competir (15).

2. A perda ou destruição da coisa hipotecada arrasta a perda da hipoteca no todo ou em parte, segundo a perda da coisa é total ou parcial (16). A ruína do edifício não opera a extinção da hipoteca no solo (17).

3. A renúncia da hipoteca pode ser expressa ou tácita.

E' expressa quando o credor a enuncia em termos diretos e formais (18).

A tácita resulta de atos do credor que necessariamente a pressupõem, isto é, que não podem ter outra explicação (19).

Assim, a hipoteca se reputa tacitamente renunciada:

1.º Se o credor consente na venda do imóvel que lhe está hipotecado (20).

(15) TROPLONG, IV, ns. 857 e 858; PONT, II, n. 1.230.

(16) Lei, art. 11, § 2, Decret., art. 249, § 2. A ruína total pode ser causada por terremoto ou inundação.

(17) Os edifícios que se levantam no solo hipotecado seguem a condição do solo pelo princípio de acessão. Vej. acima. § 179. nota 8.

(18) TROPLONG, IV, n. 868.

(19) TROPLONG, cit., n. 368.

(20) Fr. 4, § 1.º. D. Quib. mod. pig. solvit.

Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari. O consentimento deve constar da escritura pública da alienação.

2.º Se a assina conjuntamente com o devedor a escritura de alienação do imóvel, e a sua assinatura não pode ter outra explicação que não a renúncia (21).

3.º Se consente que o devedor hipoteque o imóvel a outrem (22).

§ 277. — *Pela confusão, resolução do domínio, expropriação, remissão e arrematação*

Acontece às vezes adquirir o credor o imóvel que lhe está hipotecado. A reunião da qualidade de credor à de proprietário do imóvel hipotecado, acarreta a extinção da hipoteca, porque ninguém pode ter hipoteca naquilo que

(21) TROPLONG, IV, n. 869; PONT, II, n. 1.237.

Assim, se o credor houvesse assinado a escritura de venda, como testemunha, *tanquam merus testis duntaxat*, não se entenderia haver renunciado a hipoteca.

(22) Fr. 12, D. Quib. mod. pign. solv. 20,6:

Paulus respondit. Sempronium antiquiorem creditorem consentientem quum debitor eamdem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri.

Na dúvida pelas circunstâncias, de qual seria a intenção do credor, se deve presumir que a renúncia é unicamente em favor do credor a quem a hipoteca é consentida, e não absoluta *ergo omnes*. Fr. 9, § 1.º, fr. 12, pr., D. Quib. mod. pign. solvit. 20,6; fr. 12, § 4, D. Qui potiores, 20, 4. TROPLONG, IV, n. 871.

Se o credor assinasse a escritura de hipoteca do imóvel a outrem, como notário ou como testemunha, não se poderia presumir a renúncia salvo se a escritura declarasse o imóvel livre e desembargado. TROPLONG, IV, n. 871; PONT, II, n. 1.237 e MARTOU, IV, n. 1.340.

é seu (23). A hipoteca, como se sabe, é um direito real da coisa alheia (24).

Mas a hipoteca revive, se o imóvel é tirado do poder do credor por força de uma causa anterior e necessária, como por exemplo, por execução de outros credores hipotecários (25).

5. A hipoteca constituída por quem tem domínio resolúvel no imóvel, como é o comprador com a cláusula *à retro*, se resolve e se extingue com o domínio (26). Este efeito, porém, só se produz quando a resolução é determinada por causa inerente à aquisição. Se a resolução não se prende à causa da aquisição, mas se opera por causa superveniente, como no caso de revogação de doação por ingratidão, subsistem as hipotecas constituídas (27).

6. Expropriado o imóvel por utilidade pública, a hipoteca passa dele para o preço e se extingue, portanto, no imóvel (28).

7. A remissão, como se viu em outro lugar (§ 262), opera a extinção definitiva das hipotecas que gravam o imóvel (29).

(23) Fr. 29, D. de pign. act. 17, 7; fr. 9, D. Quib. mod. pign. solvit. 80, 6; fr. 80, § 1.º. D. de except. rei judicat. 44, 2:... Neque enim potest pignus perseverare, domino constituto creditore. PONT, II; n. 1.223.

(24) Vej. §§ 159 e 174, acima.

(25) ACCARIAS, n. 288, 3.º; PONT, II, n. 1.223.

(26) Fr. 3, D. Quib. mod. pign. solvet. 20, 6; fr. 4, D. De in diem addict. 17, 2; PONT, II, n. 1.223; TROPLONG, IV, n. 888.

(27) Vej. § 219, acima.

8. A arrematação, feita por autoridade da justiça em execução regular (30), extinguiu, segundo o nosso antigo Direito, as hipotecas sobre a coisa, salvo as hipotecas legais do fisco (31).

Nem a lei, nem o decreto que a regulamentou, incluem entre os modos de extinção de hipoteca a arrematação (32). Que concluir desta omissão? Foi ela intencional? Foi obra do acaso?

Parece-nos que a omissão foi meramente casual e que, portanto, continua a substituir a antiga doutrina (33), só com este corretivo que resulta da índole da hipoteca, tal qual foi consagrada pela nova lei — que a arrematação extingue também a hipoteca legal do fisco (34).

Na verdade, a lei constituiu as hipotecas legais em perfeita igualdade, não dando preferência a uma sobre outras; derogou pois neste ponto o direito preexistente, o qual conferia maior prerrogativa à hipoteca legal da fazenda pública (35).

(30) Arrematação em execução de sentença e não as arrematações sem solenidade e só por mero despacho, como as que se usam no juízo de inventário e partilhas.

(31) Ord. 4, 6, §§ 2 e 3, Orden. de fazenda, cap. 156 e Lei 2.º de 22 de Dezembro de 1761, T. 3, § 15. Veja-se PEREIRA E SOUZA, § 433 e not. 860. *Consolidação das leis Cívís*, art. 1.297.

(32) Igual omissão se nota no Cód. Civil franc., art. 2.180.

(33) Vej. Dr. PERDIGÃO MALHEIRO, *Repertório da Lei Hipotecária*, nota 44. Para admitir-se que a antiga legislação não foi neste ponto derogada, basta ponderar que em a nova lei não há disposição alguma em contrário.

(34) Vej. *Consolidação das leis Cívís*, art. 1.297, nota.

(35) Sobre as hipotecas legais da fazenda pública segundo a antiga legislação, vej. a *Consolidação das Leis Cívís*, art. 1.272, §§ 1.º a 5.º e 1.275.

A arrematação é um ato público e solene: precedem-na editais; consuma-se em audiência. Não há, pois, necessidade de intimação dos credores hipotecários para que a coisa arrematada passe livre ao arrematante (36). Na remissão, ao contrário, é indispensável a intimação dos ditos credores, porque a venda é particular e não tem a publicidade dos atos judiciais (37).

§ 278. — *Extinção por prescrição*

A hipoteca também se extingue:

- a) Pela prescrição extintiva, por via de consequência;
- b) Pela prescrição aquisitiva, diretamente.

A) A hipoteca, como acima se disse, se extingue pelos mesmos modos por que se extingue a obrigação principal (38).

A prescrição, pois, que extingue a obrigação principal, extingue, por via de consequência, a hipoteca (39).

(36) PEREIRA E SOUZA, nota 860, *in fine*.

Em França exige-se a citação dos credores hipotecários inscritos, e o chamamento pela imprensa dos credores de hipotecas gerais não inscritas. MOURLON, III, ns. 1.721 e 1.722.

A adjudicação solenemente feita produz os mesmos efeitos que a arrematação.

(38) Vej. § 276, acima.

(39) Lei, n. 1.237, art. 11, § 7, Decret. n. 3.459, art. 254.

Segundo o Direito Romano, a ação hipotecária se reputava extinta pela prescrição:

a) contra terceiros possuidores, em trinta anos;

A prescrição da hipoteca, operada por este modo, aproveita não só ao devedor como a qualquer terceiro que porventura esteja na posse do imóvel como senhor (40).

B) A extinção da hipoteca, outrossim, se consuma por efeito de uma espécie de prescrição *aquisitiva* (41).

b) contra os próprios devedores ou seus herdeiros em quarenta anos. Vej. ACCARIAS, n. 288, 7.º.

E no domínio do nosso antigo Direito, a ação hipotecária prescrevia contra o devedor e seus herdeiros em vinte anos entre presentes, quarenta entre ausentes à contar da obrigação. Ord. 4, § 1.º, in fine, verb. "E se a coisa obrigada sempre for no poder do devedor..."

A lei vigente simplificou o assunto, estabelecendo para a hipoteca a mesma prescrição extintiva da obrigação.

(40) ARNTZ, II, n. 1.918, 1.º; MOURLON, III, n. 1.671.

(41) Tal é a doutrina do Direito Romano, dar Ord. Filip. e do nosso Direito atual.

1) Const. 8, C de præcript, trigint. vel quadragint. an 7, 39: Si quis emptionis vel donacionis vel alterius cujuscumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginet possiderit et longe temporis exceptionem contra dominos ejus vel *creditores hypothecam* prætendentes sibi adquisierit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vincendam rem eandem habere sancimus."

2) Ord. 4, 3, § 1.º. "Esta demanda lhe poderá fazer até dez anos cumpridos, se ambos credor e devedor eram moradores em uma comarca. E sendo moradores em desvairadas comarcas então poderá ser feita a demanda até vinte anos acabados. Os quais dez e vinte anos se contarão do primeiro dia que a coisa foi a poder do possuidor com título de boa fé. E vindo a coisa obrigada à poder do possuidor sem título algum, poder-lhe-á a demanda ser feita até trinta anos cumpridos, contados pelo modo sobredito." As citadas palavras se referem à prescrição aquisitiva, pois que aludem expressamente à prescrição fundada na posse.

3) A lei n. 1.237, art. 11, nada diz quanto a prescrição aquisitiva como modo de extinguir a hipoteca; subsiste, portanto, a dou-

Esta prescrição (*libertatis usucapio*) pressupõe os mesmos requisitos da prescrição aquisitiva da propriedade — boa fé, e posse por dez anos entre presentes e vinte entre ausentes se fundada em justo título, por trinta anos se desacompanhada de justo título (42).

Aquele, pois, que possui um imóvel com os requisitos da prescrição aquisitiva, o adquire livre das hipotecas preexistentes.

A dita prescrição, porem, é distinta da aquisitiva do domínio, embora possam muita vez coincidir. A primeira corre contra o credor, a segunda contra o dono do imóvel — o que determina diferenças importantes (43).

trina da Ord. acima transcrita e pressupõe-na vigente o art. 255 do Decret. n. 4.453.

O § 7.º, período 2.º, do citado art. 11 da lei se acha redigido assim:

“A prescrição da hipoteca não pode ser independente e diversa da obrigação principal.”

Estas palavras entendem exclusivamente como a prescrição extintiva e tiveram por fim derogar a Ord. 4, 3, § 1.º, in fine, a qual, reproduzindo o D. Romano, requeria para a prescrição da hipoteca, quando a coisa obrigada continuava no poder do devedor ou de seus herdeiros, vinte anos entre presentes e quarenta entre ausentes, ao passo que a obrigação prescrevia em trinta.

Seria, pois, um erro deduzir da citada disposição — que ela havia abolido o modo de extinção da hipoteca pela prescrição aquisitiva. E aí está o art. 255 do Decret. n. 3.453 para tirar toda a dúvida.

(42) C. 8 e § 1.º, C. da præscript. trig. vel quadr. ann. 6, 39; Ord. 4, 3, § 1.º; TROPLONG, IV, n. 877; MOURLON, III, n. 1.675; PONT, n. 1.247.

(43) MAYNZ, § 254, 6.º; ZACARIAE, § 293; MOURLON, III, n. 1.673; TROPLONG, IV, n. 878; PONT, II, n. 1.254.

Assim que:

1.º Figure-se que o possuidor adquiriu o imóvel do verdadeiro dono (*a dominio*) e por título legal, mas que o imóvel lhe veio onerado de hipoteca. Neste caso o possuidor o prescreve, não para adquirir o domínio que lhe foi transferido por título que dispensa a prescrição, mas tão somente para libertá-la da hipoteca. Eis, pois, a prescrição aquisitiva da liberdade do prédio a funcionar sem o concurso da prescrição aquisitiva do domínio (44).

2. Pode acontecer que uma corra e que outra esteja suspensa ou interrompida, como se o dono do imóvel é maior e o credor menor de quatorze anos ou *vice-versa* (45) ou se um reside na província e outro não: donde vem que bem pode o possuidor consumir a prescrição aquisitiva do domínio, antes de consumada a aquisitiva da liberdade do imóvel.

3.º Os atos que importam a interrupção de uma das ditas prescrições, não acarretam a interrupção da outra (46).

A boa fé na prescrição aquisitiva da liberdade do prédio consiste na ignorância, em que o possuidor se acha da existência da hipoteca (47). A inscrição embora tenha

(44) MOURLON, III, n. 1.672.

(45) O dono do imóvel é maior: corre contra ele a prescrição, o credor é menor de quatorze anos: em relação a ele a prescrição fica suspensa. Vej. § 75, acima.

(46) ZACARIAE, § 293; TROPLONG, III, n. 878 *bis*.

(47) PONT, II, n. 1.240; TROPLONG, IV, ns. 879-882.

por efeito a publicidade da hipoteca, não é por si só suficiente para induzir o possuidor em má fé (48).

Quanto ao prazo, a aludida prescrição tem uma particularidade, a saber:

O prazo, se se trata da prescrição ordinária de dez e vinte anos, conta-se, não do dia da posse, mas da data da transcrição do título de aquisição (49).

Na prescrição extraordinária (trintenária) o prazo começa a correr da posse. A razão é manifesta. A prescrição extraordinária não carece de título, ao contrário, supre-o (50).

CÓDIGO CIVIL

Art. 525 — É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem onus real, ou é resoluvel.

Art. 829 — Quando os bens do criminoso não bastarem para a solução integral das obrigações enumeradas no art. 827, ns. VI e VII, a satisfação do ofendido e seus herdeiros preferirá às penas pecuniárias e custas judiciais.

(48) PONT, II, n. 1.250; TROPLONG, IV, n. 883.

Em contrário C. TELLES, *Doutrina das Ações*, Adic. ao § 171.

(49) Decret. n. 3.453, art. 255.

(50) PONT, II, ns. 1.251 e 1.252; MOUTRON, III, n. 1.672. TROPLONG, IV, n. 883.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

- AÇÕES.** — Veja-se o direito a que é relativa.
- AÇÕES possessórias.** — Interditos possessórios.
- ACESSÃO:** modo de adquirir, § 38 — de imovel a imovel, § 39; — de moveis a imovel, § 40, de movel a movel, § 41.
- AQUISIÇÃO:** por título singular, por título universal; diferenças, efeitos, § 32, n. 2.
- ÁGUAS:** a quem pertencem? § 26, n. 3.
- ÁLVEO:** do rio abandonado: 39, n. 2.
- ANTICRESE:** definição, contrato, direito, formalidades, § 168.
- Anticrese nas suas relações com a taxa de juros, § 169. Direitos do credor anticresista, § 170; obrigações § 171.
- ÁRVORE:** a quem pertence? § 40.
- AVERBAÇÃO** — Veja-se Inscrição e Transcrição.

B

- BENFEITORIAS:** § 40, ns. 2.º, 3.º e 4.º, §§ 85, 105, 106, 109, 51, n. 3, 183.
- Direitos do possuidor sobre as benfeitorias em relação ao credor hipotecário, § 258, n. 4.
- BENS adventícios, castrenses e quase castrenses.** — Veja-se Hipoteca legal dos menores.

C

- CAÇA:** modo de adquirir; leis que a regulam, § 34.
- CASAMENTO.** — Veja Hipoteca da mulher casada.
- CANCELAMENTO.** — Veja Inscrição e transcrição.
- CESSÃO de hipoteca:** § 251.
- COMIXTÃO:** modo de adquirir domínio, § 42.
- COMPOSSESSÃO:** § 7 e § 3.
- CONDIÇÕES:** O que é? Como influem na hipoteca para garantia de obrigações que lhe são subordinadas? §§ 177 e 210, notas 1 e 2.
- CONDOMÍNIO:** § 30 e § 7.
- CONFUSÃO:** modo de adquirir, § 42.
- CONSTITUTO possessório:** § 14.
- CORPORAÇÕES de mão-morta:** Podem constituir enfiteuses, exceto as ordens regulares, § 142; mas não tomá-las para si, § 142.
- Tem hipoteca legal, § 204.
- Podem constituir hipoteca legal, exceto as ordens regulares, § 215, n. III.
- CREDORES hipotecários.** — Veja-se Hipoteca.
- CREDORES quirografários:** § 279, número III.
- CREDORES privilegiados:** § 269.
- CRÍAS de animais:** § 100, n. III.
- CÔNSUL:** competente para lavrar escrituras de hipoteca nos países, onde residem, § 224, n. 3.
- CURADOR:** de interditos, § 197.

D

- DESFORÇO: § 23.
 DETENTOR: § 23.
 DIREITOS pignoratícios: § 159.
 DIREITOS pessoais: § 1.
 DIREITOS reais: § 1.
 Dívida hipotecária: § 177.
 DOAÇÃO: com cláusula exclusiva da comunhão, § 188. — Veja-se: Hipoteca legal de mulher casada.
 DOMÍNIO: Noção, característicos, parágrafo 24.
 — Direitos elementares do domínio, § 25.
 — Que coisas podem ser objeto do domínio, § 26.
 — Domínio resolúvel. *Ex nunc, ex tunc*, § 27.
 — Domínio pleno, domínio limitado, § 28 e à pág. 602 o art. 525 do Cód. Civil.
 — Domínio util, § 139.
 — Restrições legais do domínio, parágrafo 29.
 — Condomínio, direitos dos condôminos, § 30.
 — *Modos de adquirir o domínio*: Condições gerais, § 31.
 — Divisão e enumeração dos modos de adquirir o domínio, § 31.
 — *Modos de perder o domínio*: causas que determinam a perda, §§ 89, 90, 91 e 92.
 — *Ações que nascem do domínio*: Noção, § 81, Reivindicação, condições, § 82; coisas que podem ser reivindicadas, § 83; objeto da reivindicação, § 84; prestações do autor, § 85; exceções e defesa do réu, § 86.
 — Ação negatória, condições, objeto, § 87.
 — Ação Publiciana, § 88.
 DORE: Está sob a proteção da hipoteca legal, § 188.

E

EDIFÍCIO: construído no terreno alheio, ou no terreno próprio com material alheio, § 40.

- Compreende-se na hipoteca de solo, § 179 e § 183.
 EMBARGOS de terceiro: remédio possessório, § 20.
 ENFITEUSE: origem histórica, §§ 137 e 138.
 — Definição, característicos, § 139.
 — Em que se distingue do usufruto, § 140.
 — Que coisas podem ser objeto dela, § 141.
 — Pessoas que podem constituir enfiteuse, § 142.
 — Pessoas que podem aforar bens para si, § 143.
 — Como se constitui a enfiteuse? Por convenção, § 144; por testamento, § 145; por prescrição aquisitiva, § 146.
 — Direitos do enfiteuta, § 147.
 — Obrigações do enfiteuta: pagar a pensão, § 148; pedir consentimento ao senhorio para a alienação, § 140, outras obrigações, § 150.
 — Direitos do senhorio direto, parágrafo 151: continuação, § 152; laudêmio, § 153.
 — Indivisibilidade do prazo, § 154.
 — Sucessão, § 155.
 — Como acaba a enfiteuse, § 156.
 — Subenfiteuse, § 157.
 — Ações relativas à enfiteuse, parágrafo 158.
 — Pode ser objeto de hipoteca, parágrafo 179, n. III.
 ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA — Em que consiste, §§ 226 e 221.
 — Por quem pode ser requerida e a que juiz, § 231 A.
 — Arbitramento da responsabilidade; designação e avaliação dos imóveis, § 232.
 — Julgamento por sentença, § 233.
 — Particularidades da especialização da hipoteca da mulher casada, § 234.
 — Efeitos da especialização, § 235.
 ESPECIFICAÇÃO. — Modo de adquirir domínio, definição, condições, parágrafo 37.
 EXCEPCÃO: de domínio na força turbativa (*unde vi*), inteligência do

- Assento de 16 de fevereiro de 1786, § 22, n. 3.
 — de *doli mali* (*rei venditæ et traditæ*), § 86.
 — de execução, § 160, n. 3.
 — *cedendarum actionem*, §

F

- FÉRAS: bravias, mansas, domésticas, § 34.
 FONTES: § 26, n. 3. — Veja-se servidões.
 FRUTOS: aquisição dos frutos da coisa alheia: adquire-os o possuidor de boa fé; frutos pendentes, extantes, consumidos, § 56.
 — Questões sobre o domínio dos frutos extantes, § 56.
 — Boa fé do possuidor, § 57.
 — O possuidor de boa fé os adquire pela simples separação e porque razão? Da mesma forma o credor anticresista e o enfiteuta, párrafo 99.
 — O que é fruto, § 99.
 FILHOS: Veja-se Hipoteca legal.

H

- HABITAÇÃO: Direito real, em que consiste, § 123.
 HIPOTECA: Direito real pignoratício, § 159.
 — Origem histórica, § 172.
 — A antiga legislação; novíssima reforma, § 173.
 — Definição, característicos, § 174.
 — Natureza da hipoteca, § 175.
 — Indivisibilidade, § 176.
 — Condições da hipoteca, obrigação, § 177.
 — Coisa, § 178.
 — Que moveis podem ser hipotecados, § 179.
 — Qual a sorte dos moveis, separados dos moveis hipotecados, párrafo 180.
 — Moveis que não podem ser hipotecados, § 181.

- Subrogação do imóvel no preço (sinistro, desapropriação e indenização) § 182.
 — Compreensão da hipoteca quanto à custa e quanto à obrigação, párrafo 183.
 — Hipoteca geral, especial, § 184.
 — A hipoteca é um direito excepcional, § 185.
 — Causas de hipoteca (legal, judicial e convencional), § 186.
 HIPOTECAS LEGAIS: noção geral, párrafo 187.
 — I. hipoteca legal da mulher casada, condições, § 188.
 — Quais os direitos garantidos pela hipoteca legal da mulher casada, § 189.
 — Sobre que bens do marido recai, § 190.
 — Pode a mulher ceder ou renunciar à sua hipoteca, § 191.
 — Como se constitui e desde que data, § 192.
 — Restrição da hipoteca aos imóveis designados na escritura antenupcial, § 193.
 — Hipoteca legal da mulher estrangeira. § 194.
 II. Hipoteca legal de órfãos e interditos: causa da hipoteca, párrafo 195.
 — A quem compete. § 196.
 — Contra quem. § 197.
 — Que obrigações garante, § 198.
 — Como se constitui desde que data, § 199.
 — Hipoteca legal dos menores e interditos estrangeiros. § 200.
 III. Hipoteca dos filhos sobre os imóveis do pai, § 201.
 IV. Hipoteca legal dos filhos sobre os imóveis do pai ou mãe bínuba. § 202.
 V. Hipoteca legal do Estado. § 203
 VI. Hipoteca da igreja e corporações de mão-morta. § 204.
 VII. Hipoteca legal dos ofendidos e coherdeiros, §§ 205 e 206: e à página 602. o art. 829 do Cód. Civ.
 — *Hipoteca judiciária*: Noção e histórico, § 207.

- A hipoteca judicial e o direito de penhorar bens alienados em fraude da execução, § 208.
- Quais as sentenças que produzem a hipoteca judicial, § 200.
- *Hipoteca convencional*: condições, elementos da capacidade, parágrafo 210.
- Capacidade (direito de alienar), § 211.
- Pessoas capazes de hipotecar, § 212.
- Incapazes de hipotecar: a mulher casada, § 213.
- Filho famílias, menores e interditos, § 214; falidos, herdeiros provisórios e corporações de mão-morta, § 215.
- Capacidade (domínio), § 216.
- Poder de administrar não contém poder de hipotecar, § 217.
- Nulidade da hipoteca convencional dos menores e interditos, parágrafo 218.
- Influência sobre a hipoteca das condições a que está sujeito o imóvel, § 219.
- Formalidades externas, § 220.
- Especialidade da hipoteca convencional, § 221.
- Direito de pedir reforço da hipoteca, § 222.
- Influência da hipoteca sobre o vencimento da obrigação, § 223.
- Hipoteca convencional constituída em país estrangeiro, § 224.
- Veja-se *Publicidade, Prenotação, Especialização e Inscrição*.
- Efeitos da hipoteca, § 253.
- I. Em relação ao dono do imóvel: conservar o direito de reter o imóvel, de usufruí-lo, de constituir servidões, etc. § 254.
- Pode o dono do imóvel hipotecá-lo segunda vez, § 255. Quando a segunda hipoteca constitue estelionato? cit. §, nota 10. — Sorte da segunda hipoteca, cit. §, n. 10.
- Pode o devedor alienar o imóvel hipotecado, § 256.
- II. Efeitos da hipoteca em relação aos terceiros detentores: direito de sequela. Não prevalecem contra a hipoteca as alienações posteriores, a constituição de onus reais, nem as obrigações pessoais em relação ao imóvel, § 257.
- Posição do terceiro detentor: obrigação de suportar a execução se não rime o imóvel ou não paga a dívida, § 258.
- Expropriação forçada: faculdade de abandonar o imóvel, § 259.
- Pagamento integral da dívida — benefício de ordem ou de execução, § 260. — Excepção *cedendarum actionum*, cit., §.
- III. Efeitos da hipoteca em relação aos credores: Consistem na preferência, § 267.
- A preferência é determinada pela prioridade. Diversas questões acerca da prioridade, § 268.
- Credores privilegiados e quirografários; sua natureza, é direito puramente pessoal, § 269. Cede diante da hipoteca, cit. § 269.
- Ações relativas ao direito hipotecário: Ação do credor, noção histórica, § 270.
- Ação do credor segundo o direito atual; diversas questões à respeito, § 271.
- Sequestros, § 272.
- Meios de preservar a hipoteca, § 273.
- Ações de terceiros contra a hipoteca, § 274.
- Modos pelos quais se extingue a hipoteca, § 275.
- Pela extinção da obrigação principal, § 276, n. 1.
- Pela perda da coisa, cit. 276, número 2.
- Pela renúncia, § 276, n. 3.
- Pela confusão, § 277, n. 4.
- Pela resolução do domínio, cit. § 277, n. 5.
- Pela expropriação, cit., § 277, número 7.
- Pela remissão, cit. § 277, n. 7.
- Pela arrematação em praça, parágrafo 227, n. 8.

- Pela prescrição extintiva, parágrafo 278, A.
- Pela prescrição aquisitiva, cit. § 278, B.

I

- IGREJA: tem hipoteca legal, § 204.
- ILHAS: que se formam nos rios públicos e particulares, § 39.
- IMOVEIS, §§ 178, 179 e 181.
- INDIVISIBILIDADE: das servidões, parágrafos 116 e 117: dos prazos, § 154; da hipoteca, § 176.
- INSCRIÇÃO: da hipoteca, § 225; atos preparatórios, § 226.
- Hipotecas sujeitas à inscrição, § 227.
- Pessoas que podem requerer a inscrição, § 236.
- INSCRIÇÃO das hipotecas legais gerais, quem a pode requerer? a de mulher casada, § 237; a de menores e interditos, § 238.
- INSCRIÇÕES das hipotecas especiais ou especializadas. Pessoas que a podem requerer, § 239.
- Lugar em que deve ser feita a inscrição, § 240; tempo, § 241.
- Títulos para a inscrição, § 242.
- Formalidades da inscrição: registro no protocolo, § 242.
- Inscrição no livro competente, parágrafo 243.
- Cláusulas da inscrição, § 244.
- Particularidades da inscrição da hipoteca judicial, § 245.
- Inscrições das hipotecas gerais, § 246.
- Averbações, § 247.
- Irregularidades da inscrição, parágrafo 248.
- Perempção do registro, § 249.
- Cancelamento da inscrição, § 250.
- INTERDITOS. — Veja-se Hipoteca legal.

J

- JUROS: na anticrese, § 196; da dívida hipotecária, § 183 C.

L

- LAUDÊMIO: § 183.

M

- MENORES. — Veja-se Hipoteca legal.
- MINAS: pertencem ao dono do solo, § 26, n. 2.
- Podem ser objeto de hipoteca, § 179, n. 4 B.
- MODOS de perder o domínio: §§ 89, 90, 91 e 92.
- MULHER casada. — Veja-se Hipoteca legal.

N

- NULIDADE:
 - Da Transcrição, § 53; do ato transcrito, § 54.
 - Da hipoteca, §§ 175 e 225, ns. 3 e 4 e §§ 269 e 274.
 - Da inscrição, §§ 225, 248, 250, n. 10, §§ 269 e 274.
 - Ações de nulidade da hipoteca, parágrafo 274.

O

- OCUPAÇÃO: modo de adquirir, § 33.
- OBRIGAÇÃO: direito pessoal, § 1.
- OBRIGAÇÃO: quais as que a hipoteca garante, § 177.
- OPÇÃO (direito): § 152, n. 2.

P

- PACTO ANTENUPCIAL: quando produz hipoteca legal, § 188.
- PAI: os imóveis de sua propriedade sujeitos a hipoteca legal dos filhos, §§ 195 a 200.
- PATRIMÔNIO: §§ 1 e 24.
- PEDREIRAS: Pertencem ao dono do sólo, § 26, n. 3.
- PENHOR: Noções, contrato, direito real, § 160.

- Condições, obrigação, coisa, parágrafo 161.
- Porque pode ser constituído e como se constitui. Necessidade da tradição, § 162.
- Quando o objeto é um direito, parágrafo 172.
- Efeitos do contrato do penhor; direito real do credor, posse, direito de executar a coisa empenhada, de reivindicá-la, pacto comissório, § 163.
- Direito de sequência e de preferência, § 163.
- Indivisibilidade do penhor, § 163.
- Obrigação do credor, § 164; do devedor, § 166.
- Modos de extinção do penhor, § 167.
- PESCA:** modo de adquirir, leis que a regulam, § 34.
- POSSE:** qual o lugar que ocupa nas instituições do Direito Civil, § 1, C) n. 6.
- Noção da posse; como se distingue do domínio; quais as razões que determinaram a sua criação, parágrafo 2.
- De que elemento se compõe, § 2.
- Efeitos legais, § 4.
- E' direito ou fato, § 5.
- Que coisas podem ser objeto de posse, § 6.
- Compossessão, § 7.
- Terminologia da posse, qualificações, civil, civilíssima, natural, justa, injusta, viciosa, § 8.
- Como se adquire, § 6.
- Apreensão, ficta, simbólica, parágrafo 10.
- Intenção; consciência do possuidor; pessoas que não podem adquirir, § 11.
- Posse derivada: sem apreensão (a do herdeiro) sem detenção (a do enfiteuta e do pignoratício), parágrafo 12.
- Como se adquire a posse por terceiro, § 13.
- Constituto possessório, expresse, tácito, § 14.
- Como se perde a posse, pelo fato, pela intenção, § 15.
- Perda da posse por terceiro, § 16.
- Quase posse, elementos que a constituem; doutrina do Direito Canônico a respeito, § 16.
- Ações que resultam da posse, interditos possessórios, § 18.
- Interditos *retinendæ possessionis*:
 - I. Ação de força turbativa (uti-possidetis) objeto, condições, exceções, § 19.
 - II. Embargos de terceiro possuidor, § 20.
 - III. Interditos proibitórios, § 21.
- Interditos *recuperandæ possessionis*. I. Ações de força turbativa (*unde vi*), objeto, condições, exceções, § 22.
- II. Desforço, § 23.
- Interdício *adipsiscendæ possessionis*, § 18.
- PREFERÊNCIA:** efeito do penhor, § 163, número 6.
- Efeito da hipoteca, § 174, n. 2.
- Em que consiste, § 269.
- PRENOTAÇÃO:** § 226.
- Em que consiste, § 227.
- Prazo da prenotação; a quem compete marcá-lo, § 228.
- Como se realiza, § 229.
- Efeitos, § 230.
- PRESCRIÇÃO AQUISITIVA:** Noção, diferença da extintiva, § 59.
- Fundamento da aquisição, § 60.
- Definição; é modo de adquirir, parágrafo 61.
- Coisas e direitos que podem ser adquiridos pela prescrição, § 62.
- Diversas espécies de prescrição, parágrafo 63.
- Prescrição *ordinária* aquisitiva. § 64; coisa habil, § 65; posse, § 66; lapso de tempo, § 67; justo título, § 68; boa fé, § 69.
- Prescrição *extraordinária:* Requisitos: é subsidiária da ordinária, § 70
- Regras comuns à ordinária e extraordinária:
- Como se conta o tempo, § 71.
- Acessão de posse, § 72.

- Causas que *impedem* a prescrição, § 73, que *interrompem*, § 74, que *suspendem*, § 75.
- Quem tem qualidade para invocar a prescrição; deve ser alegada, § 77.
- Renúncia da prescrição, § 78.
- Efeitos da prescrição, § 79.
- Prescrição imemorial, § 80.
- PRIORIDADE: § 242 e § 267. — Veja-se Hipoteca.
- PRIVILÉGIO: quais os que a novíssima reforma deixou subsistir, § 269.
- Não vale contra a hipoteca, parágrafo 269.
- Em que consiste; não tem natureza de direito real, § 269.
- PROPRIEDADE: direito, diversas accepções, § 24.
- PUBLICIDADE: dos atos entre vivos translativos de domínio sobre imóveis, §§ 43 e 48.
- Da hipoteca, § 225. Veja-se Inscrição.

Q

QUIROGRAFÁRIO (credor): § 269, número III.

R

- REMÉDIOS possessórios. — Veja-se Posse.
- REMISSÃO: O que é, § 263.
- Quem pode requerer a remissão, § 263.
- Formalidades da remissão, § 264.
- Direitos do adquirente no decurso da remissão e depois dela consumada, § 275.
- Remissão das hipotecas legais, gerais e especializadas, § 266.
- REVINDICAÇÃO (ação), § 82.
- RESOLUÇÃO do domínio, § 27.

S

SENTENÇAS: quais as que produzem hipoteca, § 209.

- SEQUELA: efeito do penhor, § 163, n. 5; hipoteca, § 174, n. 1.
- SEQUESTRO, meio preparatório da ação hipotecária, § 272.
- SERVIDÕES: Definição, § 114.
- Princípios fundamentais, § 115.
- Indivisibilidade, § 118.
- Efeitos da indivisibilidade, § 117.
- Direitos e onus inerentes, § 118.
- Divisão das servidões quanto à sua natureza — urbanas, rústicas; contínuas, descontínuas, aparentes, não aparentes, § 119.
- Classificação, quanto a sua origem — locais e convencionais, § 120.
- Servidões legais.
- De escoamento natural das águas, § 121.
- De passagem d'água, § 122.
- De escoamento de águas estagnadas, § 123.
- De águas supérfluas, § 124.
- De passagem do prédio encravado, § 125.
- Negativa de janelas e frestas, parágrafo 126.
- De meter traves, § 127.
- SERVIDÕES convencionais: observação, § 122.
- Urbanas: de apoiar o nosso edificio no edificio ou muro alheio (*oneris ferendi*) § 129, n. 1; de madeirar na parede alheia, (*tigni immittendi*) § 129, n. 2; *stillicidii*, § 129, n. 3; de luz e vista, § 129, n. 4; *altius non tollendi*, § 129, número 5.
- Rústicas: de trânsito, § 130, n. 1; de navegar, cit. §, n. 2; de passagem d'água (*aquæductus*) cit. n. 4; de pasto (*pascendi*), cit. §, número 4.
- Quase posse das servidões, § 131.
- Por quem podem ser constituídas e por quem adquiridas, § 132.
- Como se constituem, por atos entre vivos, testamento, destinação do proprietário, adjudicação e prescrição aquisitiva, § 133.
- Como se extinguem, § 134.
- Ações, § 135.

- Ações possessórias, § 136.
- SUBROGAÇÃO: do imóvel no preço; consequências, § 182.
- Da hipoteca, necessária, voluntária, § 252.
- ESTELIONATO: § 237, n. 5, III, § 238, n. 5, d) e § 255, n. 6.
- SUPERFÍCIE: direito real abolido, § I, II, § 179.

T

- TESOURO: Definição; pertence metade ao inventor, a outra metade ao dono do sólo, § 35, n. 3.
- Achado em terreno aforado, metade pertence ao senhorio direto e não ao enfiteuta, § 151, n. 2.
- TÍTULO: justo título e modo de adquirir, § 31, n. 4.
- TRADIÇÃO: Noção geral histórica, parágrafo 43.
- O que é tradição? tradição *nua*, tradição, elemento dos contratos *reais*; tradição, modo de adquirir, § 44.
- Condições da tradição para transferir o domínio, § 35.
- Erro quanto à tradição efeitos, parágrafo 46.
- Modo prático de operar a tradição § 47.
- TRANSCRIÇÃO: Histórico, § 43.
- O que é transcrição: quais seus efeitos, § 48.
- Condições para a eficácia da transcrição, § 49.
- Atos sujeitos à transcrição, parágrafo 50; enumeração desses atos, § 51.
- Formalidades da transcrição: como se faz a transcrição, § 52, n. 1; lugar em que deve ser feita, cit. §, n. 2; a quem compete promover-la, cit. §, n. 3; forma

do título para a transcrição, cit. §, número 4.

- Nulidades da transcrição, § 53.
- Averbções, cancelamento, § 54.
- Conflito entre duas transcrições, § 55.
- TUTELA: causa da hipoteca legal, §§ 187 e 195.
- TUTOR: § 197, — Veja-se hipoteca.

U

- Uso: Definição, particularidade, obrigações do usuário, § 112.
- USUFRUTO: Definição, § 93.
- Em que coisas se pode constituir o usufruto, § 94.
- Por quem e por que modo pode ser constituído, § 95.
- Relações entre o proprietário e o usufrutuário, § 96.
- Direitos do usufrutuário, parágrafos 97 e 98.
- O que é fruto, § 99.
- Direitos do usufrutuário em relação à árvores, minas e crias de animais, § 100.
- Cessão do usufruto, § 101.
- Como adquire o usufrutuário os frutos, § 102.
- Obrigações do usufrutuário: prestar caução, § 103.
- Usufruir a coisa como bom pai de família, § 104.
- Obrigações quanto aos onus e reparos, § 105; quanto a conservação, § 106; quanto às dívidas do proprietário, § 107.
- Quase-posses do usufruto, § 108.
- Como acaba o usufruto: efeitos, parágrafo 109.
- Quase usufruto, § 110.
- Ações que nascem do usufruto, parágrafo 111.

ÍNDICE

ÍNDICE

PARTE TERCEIRA

Direitos pignoratícios	5
SECÇÃO PRIMEIRA	
<i>Penhor e Anticrese</i>	
CAPÍTULO I	
Penhor	7
CAPÍTULO II	
Da anticrese	31
SECÇÃO SEGUNDA	
<i>Hipoteca</i>	
CAPÍTULO I	
Hipoteca: noções gerais	43
CAPÍTULO II	
Hipotecas legais	105
<i>Título primeiro.</i> — Hipoteca legal da mulher casada	111
<i>Título segundo.</i> — I. Hipoteca legal dos menores e interditos — Dos menores órfãos e interditos	133

II. — Hipoteca dos filhos menores sobre os imóveis do pai ..	146
III. — Hipoteca legal dos filhos sobre os imóveis do pai ou mãe bênúba	150
<i>Título terceiro.</i> — Hipoteca legal do Estado e corporações de mão-morta	155
<i>Título quarto.</i> — Hipoteca legal dos ofendidos e a do coherdeiro	165

CAPÍTULO III

Hipoteca judiciária	173
-----------------------------	-----

CAPÍTULO IV

Hipoteca convencional	183
-------------------------------	-----

CAPÍTULO V

Publicidade da hipoteca	225
<i>Título pri. ro.</i> — Prenotação	233
<i>Título segundo.</i> — Especialização	241
<i>Título terceiro.</i> — Inscrição	255

CAPÍTULO VI

Da cessão e subrogação de hipotecas	309
---	-----

CAPÍTULO VII

Efeitos da hipoteca	317
I. — Efeitos em relação ao dono do imóvel	317
II. — Efeitos da hipoteca em relação a terceiros detentores	323
III. — Efeitos da hipoteca em relação aos credores	355

CAPÍTULO VIII

Ações relativas ao direito hipotecário	367
--	-----

CAPÍTULO IX

Dos modos pelos quais se extingue a hipoteca	383
Índice alfabético	397

Direito das Coisas – Volume II (edição fac-similar), de Lafayette Rodrigues Pereira, 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 2004, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro* – Série *Direito Civil* (Volume 8).

Coleção

História do Direito
Brasileiro



Direito Civil

ANTONIO JOAQUIM RIBAS
Curso de Direito Civil brasileiro

ANTONIO MAGARINOS TORRES
Nota Promissoria (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudencia 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 systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira

JOSÉ DE ALENCAR
A Propriedade pelo Cons. José de Alencar - com uma prefação 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