

“Os Direitos Reais de Garantia no novo Código Civil -primeiras anotações”

(José Anchieta da Silva: advogado, Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da UFMG e membro Diretor do Departamento de Direito Comercial do Instituto dos Advogados de Minas Gerais-IAMG)

Sumário: 1. Introdução. 2. Sobre os direitos reais considerados no código. 3. Sobre os direitos reais de garantia – disposições gerais. 4. Sobre o Penhor. 5. Sobre a Hipoteca. 6. Sobre a Anticrese. 7. Conclusões. 8. Bibliografia

#### 1. Introdução

Vigora a partir do dia onze de janeiro do ano de dois mil e três, o novo Código Civil Brasileiro, em face da promulgação da Lei nº 10.406 de dez de janeiro de dois mil e dois. Sai de cena o código de Clóvis Beviláqua para dar lugar ao código, cuja organização coube ao jurista Miguel Reale.

Dentre as críticas ao texto, várias, sobressai aquela segundo a qual melhor seria o abandono da técnica legislativa de se legislar por códigos, preferindo, dizem os críticos, a elaboração de estatutos separados, segundo institutos jurídicos específicos. De se registrar, que encontra-se em vigor no Brasil, em se tratando de matéria civil ou não, um razoável número de estatutos legais especiais, de cujo conjunto são bons exemplos o denominado Código do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A autoridade encarregada de elaborar a norma, (e nem sempre se está assim a dizer apenas em relação ao poder legislativo), tem tido, ao que parece - a história registra - uma certa compulsão pela edição de normas cogentes.

O próprio Código Comercial convive com um extraordinário número de estatutos especiais que lhe são posteriores, dentre eles os que regulam a falência e as sociedades anônimas, por exemplo. Na verdade, ainda nos umbrais do século XXI, nenhum código haveria ser tão completo de modo a exonerar o legislador da sua tarefa-função de cuidar do aprimoramento legal das instituições, fazendo-o mediante edição de estatutos separados ou não. A observação, contudo, se nos apresenta insuficiente para condenar a iniciativa codificadora, tal como se deu, até porque a forma adotada já era dentre nós, uma forma ou um sistema consagrado.

Na visão do principal responsável pela elaboração do novo código, o professor Miguel Reale, o trabalho de codificação realizado assentou-se sobre as seguintes diretrizes: (a) a preservação do código anterior, sempre que possível, pelos seus méritos intrínsecos e pelo acervo de doutrina e de jurisprudência em razão dele constituídos; (b) a impossibilidade de que se realizasse apenas uma revisão da obra de Beviláqua dada a sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e com as mais significativas conquistas da Ciência do Direito; (c) alteração geral do código no que se refere a certos valores considerados essenciais,

tais como o de *eticidade*, de *socialidade*, de *operabilidade*; (d) o aproveitamento dos trabalhos de reforma anteriores, a primeira com Haheneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo, com o anteprojeto do código das obrigações, e a segunda com o projeto de Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, com a proposta de elaboração separada de um código civil e um código das obrigações, contando com a colaboração de Silvio Marcondes, de Theóphilo de Azeredo Santos e de Nehemias Gueiros; (e) a inserção no código apenas de matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva, o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou que, por sua natureza complexa, envolvam problemas e soluções que extrapolam do Código Civil; (f) pretendeu dar-se ao novo código uma nova estrutura, mantendo-se a parte geral e dando-lhe, na parte especial, uma nova ordenação a respeito das codificações mais recentes; (g) não se realizou, propriamente, a unificação do Direito Privado, mas sim do direito das obrigações, em virtude do obsolescimento do Código Comercial, com a criação do livro do 'direito das empresas'. (1)

(3) - REALE, MIGUEL. *O Novo Código Civil Brasileiro*. Revista da Academia Paulista de Magistrados, São Paulo, Dezembro de 2001, nº 1.

O professor Reale disserta ainda em sua palestra de apresentação do novo código, sobre os três princípios fundamentais, norteadores do trabalho, registrando sobre a *eticidade* que a nova legislação procura superar o apego do código anterior ao formalismo jurídico, fruto da influência recebida do direito tradicional português e da escola germânica dos pandectistas, aquele decorrente do valioso trabalho empírico dos glosadores e este último dominado pelo tecnicismo institucional, haurido na experiência do direito romano. (2)

(2) o sentido das pandectas está na sinopse das decisões dos antigos jurisconsultos, às quais Justiniano deu força de lei, também conhecida pelo nome de Digesto. A glosa, exercida pelos glosadores compreendia a interpretação de um texto obscuro. Do termo erudito ainda resultou a palavra glossário que corresponde a dicionário em que se dá explicação de certas palavras antigas ou pouco conhecidas. (CALDAS AULETE, Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, 5ª. Edição, Editora Delta, Rio de Janeiro, 1.964, verbetes).

Buscou-se a compatibilização dos valores éticos com a técnica jurídica. De fato, será freqüente encontrar no texto codificado, por exemplo, o valor da boa fé como expressão da vontade da lei.

Sobre a *socialidade*, registra aquele jurista que o novo código procurou superar o caráter individualista do código anterior, registrando que o código de mil, novecentos e dezesseis foi elaborado para uma sociedade, cuja população agrícola, no campo, representava algo em torno de oitenta por cento da população brasileira, o que hoje não é mais verdade.

Quanto à *operabilidade* na orientação do novo código, tomou-se a decisão no sentido de estabelecer soluções normativas, de modo a facilitar sua interpretação e sua aplicação pelo operador do direito. Recolheu-se, nesta parte, a decisão adotada de enumerar, em *numerus clausus*, definitivo, na parte geral, os casos de prescrição. Outro exemplo está na separação conceitual entre *associação* e *sociedade*. As primeiras ficaram para as entidades que não possuam fins econômicos. (3)

(3) Nesta parte a inovação do texto legal apenas ajustou a conceituação dos termos como na prática já se admitia, isto é, a associação está para as instituições de fins não econômicos, assim como a sociedade está para as instituições de fins econômicos.

O atraso no encaminhamento de tão importante texto legal, nas duas casas que compõem o Congresso Nacional, em boa medida decorreu da necessidade de se ajustar os seus termos à Constituição Federal de 1.988. (4)

(4) – O professor Miguel Reale informa em seu endereço eletrônico <http://www.miguelreale.com.br/reale/ncc.htm> que, “...tanto na Câmara dos Deputados – onde, cerca de 1.200 emendas foram objeto de magnífico relatório do deputado Ernani Sátyro – assim como no Senado Federal, houve várias alterações devidas a sugestões dos membros remanescentes da originária ‘Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil’,...”

Do ponto de vista da magnitude e do senso de utilidade da empreitada reformista, considere-se que, da legislação especial, o cidadão dela só se utiliza nas oportunidades de recorrência, a cada um de seus institutos específicos. Com o Código Civil se dá diferentemente, porque este regula todos os atos do dia a dia das pessoas. O Código Civil é a lei de todo o cidadão porque é a lei que regula as pessoas, seus atos e, agora, suas ‘empresas’.

A Constituição Federal, como ordenamento máximo é a lei dos sentidos, enquanto que o Código Civil, sendo a lei do nascimento, da morte, da família, das obrigações, dos contratos e das empresas é a lei dos movimentos.

Do ponto de vista lingüístico, no entanto, é fato que desta feita, o Congresso Nacional, diferentemente do que se deu com o Código de Beviláqua, sentiu a ausência de um Ruy Barbosa, senador, tribuno e conhecedor da língua pátria. (5)

(5) – Referimo-nos à ação de Ruy, no Congresso Nacional quando da tramitação do Código Civil anterior, responsável, principalmente, pela sua revisão lingüística. Como se sabe, o código de Beviláqua encontrou resistência na voz altiva daquele monstro sagrado da cultura brasileira, imortalizado no texto de Ruy, d’a Réplica’. Escreve Américo de Moura sobre este referido escrito dele dizendo: “...*Réplica do Senador Ruy Barbosa às Defesas da Redação do Projeto da Câmara dos Deputados é o título do vol II dos Trabalhos da Comissão Especial do Senado, no estudo do Projeto do Código Civil. É um volume de quinhentas e noventa e nove páginas de formato grande e tipo pequeno, publicado em 1904 pela Imprensa Nacional. O seu conteúdo já era muito antes dessa data conhecido, porque foi em 31 de dezembro de 1902 que o autor o apresentou à Comissão, de que era presidente.*” (Américo de Moura, Ruy Barbosa Escritos e Discursos Seletos, Editora Nova Aguilar, 1.997, Rio de Janeiro, p. 879). E considere-se que o código só se fez lei em 1.916.

Após esta necessária introdução, para melhor conhecer as bases ou os pilares sobre os quais está assentado o novo código, dediquemo-nos ao tema objeto de nosso trabalho: os direitos reais de garantia.

Não se perca de vista o acréscimo propositadamente ajustado ao título: 'primeiras anotações'. Em se tratando de codificação nova tudo o que se escrevesse neste momento a respeito daquele texto legal, certamente o seria em primeiras notas, ouvindo-se, com o tempo, a doutrina e a jurisprudência que se construirá para melhor conhecimento da essência normativa.

## 2. Sobre os direitos reais considerados no código

No direito positivo brasileiro, a parte compreensiva 'Dos Direitos Reais' está assentada, na parte especial, no Livro III, título II do novo código civil, a partir de seu artigo 1.225, cujo correspondente, no código anterior, sob o título de 'Dos direitos reais sobre coisas alheias' encontrava-se a partir dos artigos 674.

O presente e deliberadamente superficial estudo do tema, não tem por finalidade maiores perquirições científicas. Antes, pretende-se apenas promover ligeiro apanhado comparativo entre a lei velha e a lei nova, apontando a evolução do texto e, eventualmente, tecendo despreziosas considerações de natureza crítica quanto ao seu desenvolvimento.

Antes de examinar os direitos reais de garantia criados por lei, necessário nos parece conferir, no texto novo, exatamente no seu artigo 1.225, os direitos reais catalogados como tais pelo novo legislador. Diz o nomeado artigo que: *"são direitos reais: - a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca e a anticrese.*

Em relação à codificação anterior duas são as inclusões: *a superfície e o direito do promitente comprador do imóvel.* E duas são as exclusões: *a enfiteuse e as rendas expressamente constituídas sobre imóveis.*

Manteve-se a regra original segundo a qual os direitos reais sobre coisas móveis, quando transmitidos por atos entre vivos, só se adquire com a tradição. (art. 1.226).

Por igual, manteve-se a regra segundo a qual os direitos reais sobre imóveis, constituídos ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquire após a inscrição ou a transcrição no cartório de registro de imóveis, salvo expressas exceções legais. (art. 1.227)

## 3. Sobre os direitos reais de garantia – disposições gerais

Os direitos reais de garantia passam a ser regulados a partir do artigo 1.419, assim redigido: *"Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação."* Constituem, portanto, os direitos reais de garantia das obrigações: o penhor, a hipoteca e a anticrese.

No código anterior, onde a disposição correspondente era o artigo 755, não se falava em *bem*, mas falava-se *d'a coisa*.

Só aquele que tem poderes para alienar pode praticar os atos de empenhar, hipotecar ou dar em anticrese. A propriedade superveniente torna eficaz a garantia dada por quem não era dono a contar do registro. (art. 1.420 e § 1.)

A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia na sua totalidade, sem o consentimento dos demais. Cada um, todavia, pode estabelecer a garantia sobre a sua parte. (art. 1.420, § 2.).

O pagamento, pelo devedor 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. (art. 1.421)

O credor garantido tem o direito de excutir a garantia, preferindo a outros credores, observada quanto à hipoteca a prioridade no registro. O código anterior falava *na inscrição*. Valem, todavia, as exceções criadas por outras leis. (art. 1.422 e parágrafo único).

Resta confirmada a hierarquização dos créditos quando da realização dos pagamentos, como o previsto, por exemplo, na lei de falências. Nesta parte, nota-se, no texto, a coerência do que esteve a pregar o professor Miguel Reale, no que pertinente à saudável convivência das leis. José Costa Loures e Taís Maria Loures Dolabela Guimarães, em oportuna nota a este dispositivo, chamam a atenção para a finalidade da garantia real consistente na expressão *excussão*, admitida esta como subespécie de execução, concluindo que *é da essência da garantia real o poder atribuído ao credor de ser pago pelo produto da alienação judicial da coisa dada em garantia, com a exclusão de credores outros, até a integral satisfação de seu crédito.*" (6)

(6) LOURES, José Costa, e DOLABELA GUIMARÃES, Taís Maria Loures, "Novo Código Civil Comentado, Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 606.

Noutro passo, mas ainda em torno dessa norma, Maria Helena Diniz destaca o conteúdo da norma insculpida no parágrafo único do artigo 1.422, registrando que ali se consagra o direito à prelação, direito esse que resulta da própria natureza do direito real de garantia, apontando a norma, como exceção, exatamente aquela obrigação cuja preferência ou prelação, resulta de determinação com origem noutra lei e que, portanto, deve ser paga com preferência. A autora recorre-se, como exemplos, aos créditos arrolados no artigo 965 do próprio código civil (do título: das preferências e dos privilégios creditórios). (7)

(7) DINIZ, Maria Helena, Código Civil Anotado, Saraiva, São Paulo, 2.002, p. 882.

O credor anticrético tem direito de reter em seu poder o bem, enquanto a dívida não for paga. Extingue-se esse direito decorridos 15 (quinze) anos, da data de sua constituição. (art. 1423). É preciso, nesta parte, recorrer-se ao estudo em torno dos institutos da prescrição e da decadência, a partir do artigo 189 do novo código.

Nos contratos, os direitos reais de garantia, (de penhor, anticrese ou hipoteca), devem declarar, sob pena de não terem eficácia: *I- o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo; II- o prazo fixado para pagamento; III- a taxa dos juros, se houver; IV- o bem dado em garantia com as suas especificações* (art. 1.424). Esta disposição, como lembram, em boa nota, Costa Loures e Dolabela Guimarães, consagram o princípio da especialização do bem dado em garantia, o que compreende tornar inconfundível o ato jurídico, especificando-o, distinguindo-o de qualquer outro. (8)

(8) Costa Loures e Dolabela Guimarães, ob. cit. p. 606 e 607.

A dívida considera-se vencida: I-se, deteriorando-se ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir; II- se o devedor cair em insolvência ou falir; III- se 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 ou seu direito de execução imediata; IV- se perecer o bem dado em garantia e não for substituído; V- se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor. (art. 1.425).

O legislador não considerou a possibilidade de o valor total da desapropriação, em relação ao valor atribuído à coisa desapropriada, ser insuficiente para resgatar ou para responder pela obrigação. Teria faltado, no texto, a expressão 'limitado ao valor da desapropriação', ou uma expressão correspondente.

Nos casos de perecimento da coisa dada em garantia, esta se sub-rogará na indenização do seguro, ou no ressarcimento do dano em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até seu completo reembolso. (art. 1.425, § 1.)

Nos casos dos incisos IV e V anotados, só se vencerá a hipoteca antes do prazo estipulado, se o perecimento, ou a desapropriação recair sobre o bem dado em garantia, e esta não abranger outras; substituindo, no caso contrário, a dívida reduzida, com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados ou destruídos. (art. 1.425, § 2.)

Havendo, seguro portanto, nos casos de perecimento da coisa dada em garantia, haverá a sub-rogação na indenização do seguro ou no ressarcimento do dano, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até seu completo reembolso. (art. 1.425, § 1º).

Nos casos já vistos de perecimento ou de desapropriação do bem, só se vencerá a hipoteca antes do prazo estipulado, se o perecimento ou a desapropriação recair sobre o bem dado em garantia e esta não abranger outras; subsistindo no caso contrário, a dívida reduzida com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados ou destruídos. (art. 1.425 § 2º).

Nas hipóteses do artigo anterior, de vencimento antecipado da dívida, não se compreendem os juros correspondentes ao tempo ainda não decorrido. (art. 1.426).

Salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por dívida alheia não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore, ou desvalorize. (art. 1.427).

É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento. (art. 1.428). Continua no direito brasileiro inadmitida, como regra, a cláusula do chamado pacto comissório. Trata-se de proteção à parte mais fraca em relação à parte mais forte. A norma subsiste em defesa do chamado hiposuficiente.

Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida. (art. 1.428, parágrafo único). Esta possibilidade construída no parágrafo único do artigo 1.428 não existia no código anterior (o artigo correspondente seria o 765 no código antigo).

Os sucessores do devedor não podem remir parcialmente o penhor ou a hipoteca na proporção de seus quinhões; qualquer deles, porém, pode fazê-lo no todo (art. 1.429).

O herdeiro ou sucessor que fizer a remição fica sub-rogado nos direitos do credor pelas quotas que houver satisfeito. (art. 1.429, parágrafo único). A partir desse artigo será importante atentar-se para uma correção



que o código fez na utilização dos termos homófonos *remissão* e *remição*. São palavras de sentidos distintos. Remição tal como adotado no artigo objeto de nossa atenção, corresponde ao benefício legal que o proprietário da coisa possui para reavê-la, pagando-se ao credor a quem está presa a garantia. Já remissão tem o sentido de perdão. Não são, pois, a mesma coisa.

Quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante. (art. 1.430). A norma correspondente, sem alterações, na codificação ao artigo 767.

Até aqui vimos as chamadas disposições gerais em torno dos direitos reais de garantia, onde, efetivamente, percebe-se, não ocorreu grande alteração em relação ao direito anterior.

#### 4. Sobre o penhor

Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o representante, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação. (art. 1.431). A norma, nesta parte, não contém inovação em relação ao seu correspondente artigo anterior (art. 768), a não ser a substituição das expressões *tradição* por *transferência* e *objeto* por *coisa*. A palavra *tradição* já compreendia em si a transferência da posse.

No penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar. (art. 1.431, parágrafo único). Finalmente a *clausula constituti* criada em torno do penhor agrícola e pecuário (código anterior, art. 769), agora com satisfatória clareza alcança um universo maior de bens, e assim se evitará, espera-se, as desnecessárias buscas e apreensões com o sempre discutível pedido de remoção de coisas. A inovação se apresenta de grande significado.

O instrumento do penhor deverá ser levado a registro, por qualquer dos contratantes; o do penhor comum será registrado no cartório de títulos e documentos. (art. 1.432). O artigo correspondente no código anterior é o de n. 771 e o registro não era obrigatório. Não se pode esquecer das premissas elencadas pelo professor Miguel Reale, chamando a atenção sobre a necessária convivência do código com a legislação esparsa. Em se tratando de penhor, necessário será o levar permanentemente em conta toda uma série de leis que regulam as mais variadas espécies de penhor, destacando-se a Lei nº 492, de 30.08.37, que regula o penhor rural e as cédulas pignoratícias.

O credor pignoratício tem direito: I- à posse da coisa empenhada; II- à retenção dela, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua; III- ao ressarcimento do prejuízo que houver sofrido por vício da coisa empenhada; IV- a promover a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração; V- a apropriar-se dos frutos da coisa empenhada que se encontra em seu poder; VI – a promover a venda antecipada, mediante prévia autorização judicial, sempre que haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore, devendo o preço ser depositado. O dono da coisa empenhada pode impedir a venda antecipada, substituindo-a, ou oferecendo outra garantia real idônea. (art. 1.433).

Estes dois últimos incisos, não tinham correspondência na codificação anterior. A norma, na codificação anterior, se disseminava nos artigos nºs. 772, 773 e 774.

O credor não pode ser constrangido a devolver a coisa empenhada, ou uma parte dela, antes de ser integralmente pago, podendo o juiz, a requerimento do proprietário, determinar que seja vendida apenas uma das coisas, ou parte da coisa empenhada, suficiente para o pagamento do credor. (art. 1.434). A intervenção do juiz, a requerimento do credor, agora é uma norma.

O credor pignoratício é obrigado: I- à custódia da coisa, como depositário, e a ressarcir ao dono a perda ou deterioração de que for culpado, podendo ser compensada na dívida até a concorrente quantia, a importância da responsabilidade; II- à defesa da posse da coisa empenhada e a dar ciência, ao dono dela, das circunstâncias que tornarem necessário o exercício de ação possessória; III- a imputar o valor dos frutos, de que se apropriar (art. 1433, inciso V) nas despesas de guarda e conservação, nos juros e no capital da obrigação garantida, sucessivamente; IV- a restituí-la, com os respectivos frutos e acessões, uma vez paga a dívida; V- a entregar o que sobeje do preço, quando a dívida for paga, no caso do inciso IV do art. 1433. (art. 1.435).

O acréscimo consiste em que agora o credor pignoratício está obrigado na defesa da posse da coisa empenhada e na imputação do valor dos frutos de que se apropriar na proteção da coisa (sua guarda e conservação). Os seus correspondentes são os artigos 774 e 775 no código anterior.

Extingue-se o penhor: I- Extinguindo-se a obrigação; II- perecendo a coisa; III- renunciando o credor; IV- confundindo-se na mesma pessoa as qualidades de credor e de dono da coisa; V- dando-se a adjudicação judicial, a remissão ou a venda da coisa empenhada, feita pelo credor ou por ele autorizada. (art. 1.436).

A codificação anterior permitia mais uma hipótese de resolução, qual seja a da adjudicação ou remissão ou venda amigável do penhor, se o permitisse o contrato ou o autorizasse o credor (art. 802, inciso IV, do código antigo).

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 à sua substituição por outra garantia. (Art. 1.436, § 1º). Tinha por correspondente no código anterior o artigo 803.

Operando-se a confusão tão somente quanto a parte da dívida pignoratícia, subsistirá inteiro o penhor quanto ao resto. (Art. 1436, § 2º). Trata-se da confusão parcial. O correspondente anterior era o art. 804.

Produz efeitos a extinção do penhor depois de averbado o cancelamento do registro, à vista da respectiva prova. (art. 1.437). Sem correspondência no código anterior.

Constitui-se o penhor rural mediante instrumento público ou particular, registrado no cartório de registro de imóveis da circunscrição em que estiverem situadas as coisas empenhadas. (art. 1.438). A codificação anterior preferia a expressão *penhor agrícola*. Na codificação nova o penhor rural aparece como gênero.

Prometendo pagar em dinheiro a dívida, que garante com penhor rural, o devedor poderá emitir, em favor do credor, cédula rural pignoratícia, na forma determinada em lei especial. (art. 1.438, parágrafo único). De se lembrar que em vários textos legais posteriores ao código de 1.916, foram sendo instituídas várias modalidades de cédulas (rural, comercial, industrial, de crédito à exportação). Além dessa lembrança, confirmadora da convivência do código com a legislação extravagante, necessário o registro de que, no livro do direito das empresas, os títulos de crédito também encontram-se regulados nos artigos 887 a 926 nesse novo código.



O penhor agrícola e o penhor pecuário somente podem ser convencionados, respectivamente, pelos prazos máximos e 3 (três) e (quatro) anos, prorrogáveis, uma só vez, até o limite de igual tempo. (art. 1.439).

Embora vencidos os prazos, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem (art. 1439, § 1º). A prorrogação deve ser averbada à margem do registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor. (Art. 1.439, § 2º). As normas do código anterior só permitiam penhor agrícola pelo prazo de um ano, admitindo sua prorrogação máxima por seis meses. O penhor de animais só poderia ser estipulado em prazo de até dois anos, com uma prorrogação. Ao cabo desses prazos deveria o penhor ser executado ou reconstituído. (artigos 782 e 788 e seu parágrafo único do código velho).

Quanto aos prazos, houve uma positiva ampliação, exatamente porque a anualidade anteriormente prevista, na prática, não funcionava.

Se o prédio estiver hipotecado, o penhor rural poderá constituir-se independentemente da anuência do credor hipotecário, mas não lhe prejudica o direito de preferência, nem restringe a extensão da hipoteca, ao ser executada. (art. 1.440). Esta norma representa exatamente o oposto do que, no código anterior, previa o artigo 783, onde se determinava que a penhor era nulo se não contasse com a anuência do credor hipotecário.

Tem o credor direito a verificar o estado das coisas empenhadas, inspecionando-as onde se acharem, por si ou por pessoa que credenciar. (art. 1.441). O código anterior se ressentia da ausência dessa norma.

Podem ser objeto de penhor: I - máquinas e instrumentos de agricultura; II - colheitas pendentes, ou em via de formação; III - frutos acondicionados ou armazenados; IV - lenha cortada e carvão vegetal; V - animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola. (art. 1.442).

O penhor agrícola que recaí sobre colheita pendente, ou em via de formação, abrange a imediatamente seguinte, no caso de frustrar-se ou ser insuficiente a que se deu em garantia. (art. 1.443).

Se o credor não financiar a nova safra, poderá o devedor constituir com outrem novo penhor, em quantia máxima equivalente à do primeiro; o segundo penhor terá preferência sobre o primeiro, abrangendo este apenas o excesso apurado na colheita seguinte. (Art. 1.443, parágrafo único). Norma sem antecedente. Acreditamos que na execução dos penhores poderá haver confusão quanto aos créditos do primeiro e do segundo penhor.

Podem ser objeto de penhor os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios. (art. 1.444). Sem correspondente anterior. Esta disposição está a tratar do penhor pecuário.

O devedor não poderá alienar os animais empenhados sem prévio consentimento, por escrito do credor. (art. 1.445). Quando o devedor pretende alienar o gado empenhado ou, por negligência, ameace prejudicar o credor, poderá este requerer se depositem os animais sob a guarda de terceiro, ou exigir que se lhe pague a dívida de imediato. (Art. 1.445, parágrafo único). Observe-se que, manteve-se a regra geral segundo a qual só mediante o sinal da fraude se aceita a remoção dos bens, no caso, dos animais.

Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor. (art. 1.446). Presume-se a substituição prevista neste artigo, mas não terá eficácia contra terceiros, se não constar de menção adicional ao respectivo contrato, a qual deverá ser averbada. (Art. 1.446, parágrafo único).

Segue o novo código com uma seção especial sobre o penhor industrial e o penhor mercantil. Esta seção não tinha correspondência no código anterior.

Podem ser objeto de penhor máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos, instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; animais, utilizados na indústria; sal e bens destinados à exploração das salinas; produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados, matérias primas e produtos industrializados. (art. 1.447). Da mesma forma que se chamou atenção anteriormente para outros textos legais, neste passo, pede-se especial atenção para as normas do Decreto-lei nº 413, de 09.01.69.

Regula-se pelas disposições relativas aos armazéns gerais o penhor das mercadorias neles depositadas. (Art. 1.447, parágrafo único). Assim dispondo, o código nos remete, obrigatoriamente, a uma legislação que mantém a sua linguagem histórica iniciada com o código comercial imperial.

Constitui-se o penhor industrial, ou o mercantil, mediante instrumento público ou particular, registrado no cartório de registro de imóveis da circunscrição onde estiverem situadas as coisas empenhadas. (art. 1.448). Prometendo pagar em dinheiro a dívida, que garante com penhor industrial ou mercantil, o devedor poderá emitir, em favor do credor, cédula do respectivo crédito, na forma e para os fins que a lei especial determinar. (Art. 1.448, parágrafo único). Esta norma é repetição daquela criada para o penhor rural no artigo 1.438.

O devedor não pode, sem o consentimento por escrito do credor, alterar as coisas empenhadas ou mudar-lhes a situação, nem delas dispor. O devedor que, anuindo o credor, alienar as coisas empenhadas deverá repor outros bens da mesma natureza, que ficarão sub-rogados no penhor. (art. 1.449).

Tem o credor o direito a verificar o estado das coisas empenhadas, inspecionando-as onde se acharem, por si ou por pessoa que credenciar. (art. 1.450). Isto corresponde a uma norma geral e assim sendo, poderia tal disposição estar na parte introdutória.

Podem ser objeto de penhor, direitos susceptíveis de cessão, sobre coisas móveis. (art. 1.451). Este artigo inicia a regulação do penhor sobre os títulos de crédito, sendo recomendável analisá-lo em sintonia com as normas dizentes ao instituto. Da mesma forma, oportuno, quando se tratar dos valores mobiliários emitidos por sociedades anônimas, analisar o texto em sintonia com a pregação legal contida nos artigos 39 e seguintes da Lei nº 6.404, de 15.12.76, lei de sociedades anônimas.

Constitui-se o penhor de direito mediante instrumento público ou particular, registrado no registro de títulos e documentos. (art. 1.452). O titular de direito empenhado deverá entregar ao credor pignoratício os documentos comprobatórios desse direito, salvo se tiver interesse legítimo em conservá-los (Art. 1.452, parágrafo único). A forma em que se encontra redigida a norma, permite sugerir que se está dando corpo à tese de se admitir os títulos de crédito virtualizados. Revela-se o abandono à documentalidade ou cartularidade dos títulos de crédito. A doutrina e a jurisprudência muito terão dizer a respeito.

O penhor de crédito não tem eficácia senão quando notificado ao devedor; por notificado tem-se o devedor que, em instrumento público ou particular, declarar-se ciente da existência do penhor. (art. 1.453).

O credor pignoratício deve praticar os atos necessários à conservação e defesa do direito empenhado e cobrar juros e mais prestações acessórias compreendidas na garantia. (art. 1.454). Resta transferida ao

credor a administração da garantia, o que é uma norma geral, freqüentemente mitigada pela realidade daqueles negócios que impõe, por lei, tratamento diverso.

Deverá o credor pignoratício cobrar o crédito empenhado, assim que se torne exigível. Se este consistir numa prestação pecuniária, depositará a importância recebida, de acordo com o devedor pignoratício, ou onde o juiz determinar; se consistir na entrega da coisa nesta se sub-rogará o penhor. (art. 1.455). Nota-se que o dispositivo diz respeito não apenas ao penhor sobre títulos, mas também sobre direitos.

Estando vencido o crédito pignoratício, tem o credor direito a reter, da quantia recebida, o que lhe é devido, restituindo o restante ao devedor; ou a excutir a coisa a ele entregue. (Art. 1.455, parágrafo único).

Se o mesmo crédito for objeto de vários penhores, só ao credor pignoratício, cujo direito prefira aos demais, o devedor deve pagar; responde por perdas e danos aos demais credores o credor preferente que, notificado por qualquer um deles, não promover oportunamente a cobrança. (art. 1.456). A lei penaliza a inércia e não poderia ser de outra forma.

O titular do crédito empenhado só pode receber o pagamento com a anuência, por escrito, do credor pignoratício, caso em que o penhor se extinguirá. (art. 1.457).

O penhor, que recai sobre título de crédito, constitui-se mediante instrumento público ou particular ou endosso pignoratício, com a tradição do título ao credor, regendo-se pelas disposições gerais deste título e, no que couber, pela presente seção. (art. 1.458). O legislador andou, inicialmente, preferindo o termo transferência em substituição ao termo *tradição*. É, pois, possível que, neste caso, a adoção do termo tenha sido um vício decorrente da falta de revisão. O endosso é instrumento típico do direito cambiário. Agora, a lei estaria a admitir sua substituição pelo instrumento notificatório.

Ao credor, em penhor de título de crédito, compete o direito de: I- conservar a posse do título e recuperá-la de quem quer que o detenha; II- usar dos meios judiciais convenientes para assegurar os seus direitos, e os do credor do título empenhado; III- fazer intimar ao devedor do título que não pague ao seu credor, enquanto durar o penhor; IV- receber a importância consubstanciada no título e os respectivos juros, se exigíveis, restituindo o título ao devedor, quando esse solver a obrigação. (art. 1.459). Embora tenha havido substituição de termos, não houve em relação ao código antigo, significativas alterações.

O devedor do título empenhado que receber a intimação prevista no inciso III do artigo antecedente, ou se der por ciente do penhor, não poderá pagar ao seu credor. Se o fizer, responderá solidariamente por este, por perdas e danos, perante o credor pignoratício. (art. 1.460). O correspondente artigo anterior (art. 794) não compreendia as perdas e danos.

Se o credor der quitação ao devedor do título empenhado, deverá saldar imediatamente a dívida, em cuja garantia se constituiu o penhor. (art. 1.460, parágrafo único). Comporta aqui a análise da hipótese de se quitar a dívida, sem se estar a quitar o título. No código anterior a questão era remetida para as perdas e danos (art. 795 do anterior). Imagine-se o caso de ter o devedor pago regularmente ao seu credor, dele tendo obtido quitação, sem ter tido notícia da emissão ou de saque de duplicata. A responsabilidade por perdas e danos, de fato, só poderá recair sobre os ombros do agente do ato.

Podem ser objeto de penhor os veículos empregados em qualquer espécie de transporte ou condução. (art. 1.461). A efetiva utilização desse penhor de veículos poderá inibir (em boa hora, digamos), a utilização indiscriminada da alienação fiduciária em garantia.

Constitui-se o penhor, a que se refere o artigo antecedente, mediante instrumento público ou particular registrado no cartório de títulos e documentos do domicílio do devedor, e anotado no certificado de propriedade. (art. 1.462).

Prometendo pagar em dinheiro a dívida garantida com o penhor, poderá o devedor emitir cédula de crédito, na forma e para os fins que a lei especial determinar. (Art. 1.462, parágrafo único).

Não se fará o penhor de veículos sem que estejam previamente segurados contra furto, avaria, perecimento e danos causados a terceiros. (art. 1.463). Esta combinação de penhor com o seguro, antes não obrigatória é uma inovação que faz sentido.

Tem o credor direito a verificar o estado do veículo empenhado, inspecionando-o onde se achar, por si ou por pessoa que credenciar. (Art. 1.464).

A alienação, ou a mudança, do veículo empenhado sem prévia comunicação ao credor importa no vencimento antecipado do crédito pignoratício. (Art. 1.465). Parece-nos que a adoção da expressão *ou a mudança* diz respeito à mudança do domicílio do veículo, isto é, de seu registro.

O penhor de veículos só se pode convencionar pelo prazo máximo de dois anos prorrogável até o limite de igual tempo, averbada a prorrogação à margem do registro respectivo. (art. 1.466). Os artigos 1.461 a 1.466, cuidando do penhor de veículos não têm correspondência no código anterior e é preciso ser analisada em função do decreto-lei nº 911 de 03.10.69, que cuida da alienação fiduciária em garantia.

Instituindo-se o penhor legal, diz a lei que são credores pignoratícios, independentemente de convenção: I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito; II - o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guardando o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas. (art. 1.467). Trata-se de hipótese de penhor legal já tradicionalmente admitido no direito anterior.

A conta das dívidas enumeradas no inciso I do artigo antecedente será extraída conforme tabela impressa, prévia e ostensivamente exposta na casa, dos preços de hospedagem, da pensão ou dos gêneros fornecidos, sob pena de nulidade do penhor. (art. 1.468). A norma é idêntica à do código anterior.

Em cada um dos casos do art. 1.467, o credor poderá tomar em garantia um ou mais objetos até o valor da dívida. (art. 1.469). Os credores, compreendidos no art. 1.467, podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora, dando aos devedores comprovante dos bens de que se apossarem. (art. 1.470). Trata-se de um dos raros casos em que se admite a iniciativa sem a necessidade prévia de uma intervenção da autoridade.

Tomado o penhor, requererá o credor, ato contínuo, a sua homologação judicial. (art. 1.471). Na norma anterior (art. 780 do código antigo), se determinava a iniciativa de citar a parte para, em vinte e quatro horas, pagar ou apresentar defesa. No novo código o que se estaria a homologar seria a garantia, ou seja, o penhor legal, sendo necessário prosseguir-se no processo. O mais viável no caso, seria ou a cobrança ou a monitória, neste caso, protegidas pelo penhor legal. Temos dúvidas sobre a possibilidade da execução, já que não nos parece que os documentos da hospedaria pudessem representar um título, a menos que se emitisse uma duplicata, com a garantia do penhor legal. A lei, entretanto, não diz tanto.

Pode o locatário impedir a constituição do penhor mediante caução idônea. (art. 1.472). Considerando-se que caução idônea há de ter por finalidade o pagamento, quanto aos processos, vigeria a norma do artigo anterior.

##### 5. Sobre a hipoteca

Podem ser objeto de hipoteca: I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II - o domínio direto; III - o domínio útil; IV - as estradas de ferro; V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI - os navios; VII - as aeronaves. (art. 1.473). Em relação ao código anterior, houve a exclusão das minas e das pedreiras e a inclusão das aeronaves sobre as quais, para o legislador de 1.916, de fato, não havia ainda despertado interesse. Quanto às minas (e aí incluída a exploração de pedras), o próprio texto está a remeter-se para a disposição do artigo 1.230.

A hipoteca dos navios e das aeronaves rege-se-á pelo disposto em lei especial. (art. 1.473, parágrafo único). Necessário recorrer-se ao Decreto-lei nº 70, de 20.11.66, à Lei nº 7.652 de 03.02.88, alterada pela lei nº 9.774, de 21.12.98.

A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel. (art. 1.474). É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado. (art. 1.475). Embora, na prática, a matéria, com freqüência, despertasse certa dúvida, a norma é de uma obviedade de aluvião. Em se vendendo o bem, o gravame vai junto. Não poderia ser diferente.

Pode convencionar-se que vencerá o crédito hipotecário se o imóvel for alienado. (art. 1.475, parágrafo único). O dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor. (art. 1.476). Trata-se da consagração do princípio segundo o qual o imóvel pode ser objeto de tantas hipotecas quanto o seu valor suportar. (diz-se hipoteca de graus diferentes, em segunda, em terceira e em quarta hipotecas, por exemplo).

Salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira. (art. 1.477). Trata-se da sucessividade das hipotecas, de modo que a segunda se submete à primeira, e assim por diante.

Não se considera insolvente o devedor por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira. (art. 1.477, parágrafo único). A norma sugere que, para se obter a declaração de insolvência do devedor, será necessário estabelecer-se um concurso de credores, sob a liderança do primeiro credor hipotecário.

Se o devedor da obrigação garantida pela primeira hipoteca não se oferecer, no vencimento, para pagá-la, o credor da segunda pode promover-lhe a extinção, consignando a importância e citando o primeiro credor para recebê-la e o devedor para pagá-la; se este não pagar, o segundo credor, efetuando o pagamento, se sub-rogará nos direitos da hipoteca anterior, sem prejuízo dos que lhe competirem contra o devedor comum. (art. 1.478). A intenção do texto não pode ter sido outra se não o fazer do segundo credor hipotecário, o substituto do primeiro, com os benefícios dessa posição. A norma do código anterior (art. 814) falava na possibilidade da remição pelo credor posterior.

Se o primeiro credor estiver promovendo a execução da hipoteca, o credor da segunda depositará a importância do débito e as despesas judiciais. (art. 1.478, parágrafo único). O adquirente do imóvel hipotecado, desde que não se tenha obrigado pessoalmente a pagar as dívidas aos credores hipotecários, poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes o imóvel. (art. 1.479). Norma sem correspondente anterior. O uso do termo *abandonando* seguido do uso do pronome *lhes*, está a significar mais do que abandono, eis que mais se parece com a entrega do bem, e neste caso, será preciso estar atento para a prova da entrega. Com permitida vênia, aquele que abandona não faz a entrega da coisa abandonada a ninguém. A expressão buscada no verbo abandonar não foi feliz.

O adquirente notificará o vendedor e os credores hipotecários, deferindo-lhes conjuntamente, a posse do imóvel, ou o depositará em juízo. (art. 1.480).

Poderá o adquirente exercer a faculdade de abandonar o imóvel hipotecado, até 24 (vinte e quatro) horas subseqüentes à citação, com que se inicia o procedimento executivo. (art. 1.480, parágrafo único). Como já observamos, não se trata, exatamente, de abandono, ainda mais se se está a sugerir o abandono de hora marcada.

Dentro em 30 (trinta) dias, contados do registro do título aquisitivo, tem o adquirente do imóvel hipotecado o direito de remi-lo, citando os credores hipotecários e propondo importância não inferior ao preço por que o adquiriu. (art. 1.481). Embora a lei não diga, está claro que se trata de direito de ação.

Se o credor impugnar o preço da aquisição ou a importância oferecida, realizar-se-á licitação, efetuando-se a venda judicial a quem oferecer maior preço, assegurada preferência ao adquirente do imóvel. (art. 1.481, § 1º).

Não impugnado pelo credor, o preço da aquisição ou o preço proposto pelo adquirente, haver-se-á por definitivamente fixado para a remissão do imóvel, que ficará livre de hipoteca, uma vez pago ou depositado o preço. (art. 1.481, § 2º). Se o adquirente deixar de remir o imóvel, sujeitando-o a execução, ficará obrigado a ressarcir os credores hipotecários da desvalorização que, por sua culpa, o mesmo vier a sofrer, além das despesas judiciais da execução. (art. 1.481, § 3º).

Disporá de ação regressiva contra o vendedor o adquirente que ficar privado do imóvel em consequência de licitação ou penhora, o que pagar a hipoteca, o que, por causa de adjudicação ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra e o que suportar custas e despesas judiciais. (art. 1.481, § 4º). A norma tem dois correspondentes no código antigo e que são os artigos 815 e 816.

Necessário lembrar que estas disposições são do direito material, sendo necessário, no seu desempenho prático, analisar as hipóteses em concreto, com as ações previstas no código instrumental.

Realizada a praça, o executado poderá, até a assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, remir o imóvel hipotecado, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido. Igual direito caberá ao cônjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado. (art. 1.482). Costa Loures e Dolabela Guimarães abstraem dessa norma o reacendimento de antiga controvérsia sobre a possibilidade ou não de nova penhora sobre o bem remido, quando a remição for feita pelo devedor. (9)

(9) Costa Loures, Dolabela Guimarães, ob. cit. p. 633.



Ousamos dissentir do nosso ex presidente do Judiciário mineiro e nosso ex-professor para dizer que, a nosso sentir, dúvida não remanesce sobre a possibilidade de nova penhora a partir do momento em que liberado estiver o bem. A norma não tem correspondente anterior.

No caso de falência, ou insolvência, do devedor hipotecário, o direito de remissão defere-se à massa, ou aos credores em concurso, não podendo o credor recusar o preço da avaliação do imóvel. (art. 1.483). Esta norma interfere diretamente no processo falencial e, portanto, tem que ser analisada em conjunto com as normas daquele direito concursal.

Pode o credor hipotecário, para pagamento de seu crédito, requerer a adjudicação do imóvel avaliado em quantia inferior àquele, desde que dê quitação pela sua totalidade. (art. 1.483, parágrafo único).

É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remições, dispensada a avaliação. (art. 1.484). A norma consagra uma prática usual, qual seja a de anotar nos instrumentos de venda e compra, valores diferentes daqueles que realmente praticados na operação. Neste caso, os valores oficialmente atribuídos ao negócio, diz a lei, nortearão a sua eventual alienação forçada.

Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até perfazer 20 (vinte) anos, da data do contrato. Desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca, reconstituindo-se por novo título e novo registro; e nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir. (art. 1.485). A lei limita o prazo diferentemente do código anterior que também o limitava em trinta anos, mas, admite sua reconstituição.

Podem o credor e o devedor, no ato constitutivo da hipoteca, autorizar a emissão da correspondente cédula hipotecária, na forma e para os fins previstos em lei especial. (art. 1.486). A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido. (art. 1.487). Esta disposição não tinha correspondência no código anterior, e vem resolver uma lacuna da nossa legislação que acabava por propiciar o abuso na utilização da hipoteca e, freqüentemente, sua anulação.

Nos casos deste artigo, a execução da hipoteca dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida. (art. 1.487, § 1º). Havendo divergência entre o credor e o devedor, caberá àquele fazer prova de seu crédito. Reconhecido este, o devedor responderá, inclusive, por perdas e danos, em razão da superveniente desvalorização do imóvel. (art. 1.487, § 2º).

Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito. (art. 1.488). Esta disposição não tem correspondente no código antigo e o direito brasileiro dela se ressentia, como forma de se evitar a hipoteca de todo o bem condominial.

O credor só poderá se opor ao pedido de desmembramento do ônus, provando que o mesmo importa em diminuição de sua garantia. (art. 1.488, § 1º). Salvo convenção em contrário, todas as despesas judiciais ou extrajudiciais necessárias ao desmembramento do ônus correm por conta de quem o requerer. (art. 1.488, § 2º).

O desmembramento do ônus não exonera o devedor originário da responsabilidade a que se refere o art. 1430, salvo anuência do credor. (art. 1.488, § 3º).

A lei regula a chamada hipoteca legal que confere às seguintes pessoas: I - às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas; II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior; III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais; IV - ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente; V - ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação. (art. 1.489). A regra do inciso I, até onde se tem notícia, nunca foi aplicada. Quanto à do inciso V não se conhecia precedente.

O credor da hipoteca legal, ou quem o represente, poderá, provando a insuficiência dos imóveis especializados, exigir do devedor que seja reforçado com outros. (art. 1.490). A lei não esclarece se esse reforço também seria considerado hipoteca legal. É certo que poderá até vir a ocorrer tratamento igual, por equiparação, mas se se trata de reforço, certamente, do ponto de vista conceitual, este reforço, hipoteca legal não é.

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; ou por outra garantia a critério do juiz, a requerimento do devedor. (art. 1.491). Sem correspondente anterior. Quando se diz garantia por caução de título da dívida pública, por certo se está a dizer, título corrente.

A pretexto desta renovação da norma legal, tivemos o cuidado de conferir na mais recente doutrina, a presença de algo que modificasse nosso reiterado entendimento segundo o qual a lei não está a compreender, nesse entrecho, oferecimento de título que não seja título corrente, coisa acreditada como valor monetário e financeiro. Felizmente a doutrina não está a dar guarida a uma certa doutrina recente, à base de recomendados pareceres, segundo os quais, os títulos da velha república, do império até, corrompidos pela prescrição e pela legislação que os tornou valores não circuláveis (a não ser para sebos e colecionadores) se enquadraria nessa qualidade de títulos públicos.

As hipotecas serão registradas no cartório do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um. (art. 1.492). Compete aos interessados, exibido o título, requerer o registro da hipoteca. (art. 1.492, parágrafo único). Maria Helena Diniz, recomenda-se na célebre frase de Lacerda de Almeida, para lembrar que *hipoteca não registrada é hipoteca não existente*. (10)

(10) Diniz, Maria Helena, ob. cit. p. 935.

Os registros e averbações seguirão a ordem em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo. (art. 1.493). O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas. (art. 1.493, parágrafo único). Não se registrarão no mesmo dia duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real, sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas, salvo se as escrituras, do mesmo dia, indicarem a hora em que foram lavradas. (art. 1.494).

Neste passo, recomendando-se na lição de Clovis Beviláqua, melhor elucidam a questão Costa Loures e Dolabela Guimarães, dissertando sobre a especialidade e a publicidade, assim: *Pela especialidade, há hipoteca convencional, obtém-se a determinação precisa da responsabilidade e dos imóveis que a ela ficam sujeitos, representado esse complexo no instrumento de sua constituição, segundo as regras rígidas do art. 1.226. Com a especialização nasce uma obrigação de vínculo ainda estritamente pessoal. Já a publicidade, resultante da inscrição do instrumento constitutivo no Registro Imobiliário, transformando o caráter pessoal da obrigação assumida em direito real, de caráter absoluto, isto é, oponível erga omnes. No caso de hipoteca legal, como não há instrumento constitutivo, provindo ela de uma imposição da lei, a especialização se faz em juízo, a requerimento do interessado, servindo a sentença homologatória de título hábil para a sua inscrição no registro competente.* (11)

(11) Costa Loures e Dolabela Guimarães, ob. cit. p. 638.

Quando se apresentar ao oficial do registro título de hipoteca que mencione a constituição de anterior, não registrada, sobrestará ele na inscrição da nova, depois de a prenotar, até 30 (trinta) dias, aguardando que o interessado inscreva a precedente; esgotado o prazo, sem que se requeira a inscrição desta, a hipoteca ulterior será registrada e obterá preferência. (art. 1.495).

Se tiver dúvida sobre a legalidade do registro requerido, o oficial fará ainda assim, a prenotação do pedido. Se a dúvida, dentro de noventa dias, for julgada improcedente, o registro efetuar-se-á com o mesmo número que teria na data da prenotação; no caso contrário, cancelada esta, receberá o registro o número correspondente à data em que se tornar a requerer. (art. 1.496). A norma do código anterior previa prazo menor, de trinta dias (art. 835 do código antigo).

As hipotecas legais, de qualquer natureza, deverão ser registradas e especializadas. (art. 1.497). O registro e a especialização das hipotecas legais incumbem a quem está obrigado a prestar a garantia, mas os interessados podem promover a inscrição delas, ou solicitar ao Ministério Público que o faça. (art. 1.497, § 1º).

As pessoas, às quais incumbir o registro e a especialização das hipotecas legais, estão sujeitas a perdas e danos pela omissão. (Art. 1.497, § 2º). Vale o registro da hipoteca, enquanto a obrigação perdurar, mas a especialização, em completando 20 (vinte) anos, deve ser renovada. (art. 1.498).

A hipoteca extingue-se: I - pela extinção da obrigação principal; II - pelo perecimento da coisa; III - pela resolução da propriedade; IV - pela renúncia do credor; V - pela remição; VI - pela arrematação ou adjudicação. (art. 1.499). Excluiu-se, em relação à norma correspondente anterior (art. 849) a hipótese da *sentença passada em julgado*.

Extingue-se ainda a hipoteca com a averbação, no registro de imóveis, do cancelamento do registro, à vista da respectiva prova. (art. 1.500). A norma anterior contemplava ainda a hipótese do requerimento de ambas as partes, se capazes e conhecidas do oficial de registro. É certo que o requerimento por ambas as partes compreende forma de extinção de obrigação. Quanto ao conhecimento das pessoas pelo oficial de registro, trata-se de reminiscência só passível da atenção do legislador no Brasil do princípio do século passado.

Não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução. (art. 1.501).

As hipotecas sobre as estradas de ferro serão registradas no Município da estação inicial da respectiva linha. (art. 1.502).

Antes de criticar a existência ou a utilidade da norma é preciso ligeira digressão histórica, lembrando-se que as estradas de ferro, no Brasil, nasceram pela obra do Barão de Mauá. Eram, portanto, privadas. Num segundo momento foram erigidas pelas mãos do Estado, rasgando as entranhas desse país continente. Estas estradas de ferro foram se tornando obsoletas na medida em que se valorizou a chegada das rodovias e do transporte rodoviário. Só muito recentemente, despertando de longo sono é que, mediante privatizações e mediante novas concessões, as ferrovias foram retomadas.

Ocorre que, verificando-se inadimplemento ou descumprimento de norma regedora da concessão, deve o Estado, como autoridade, exercer os seus direitos de concedente e para tanto, tais normas do código civil seriam dispensáveis. Se motivos de outra ordem determinarem a retomada da concessão, da mesma sorte terá o Estado a seu serviço o instituto da desapropriação. Logo, também por esta razão não seria necessário recorrer-se a tais normas do novo código. Estas considerações induzem ao raciocínio de que as normas a respeito da estrada de ferro, quando menciona ou regula a chamada do Estado pode ser norma sem utilidade. Nesse ponto não podemos emprestar nossa adesão à conclusão adotada por Costa Loures e Dolabela Guimarães que entendem que o Estado, no caso, apenas estaria a exercitar uma antecipação da reversão da concessão outorgada. Tal não pode ser verdadeiro porque, no caso a lei está a falar em remição mediante o pagamento do preço da arrematação ou da adjudicação. (12)

(12) Costa Loures e Dolabela Guimarães, ob. cit. p. 643.

Admitindo-se, entretanto, diferentemente, vê-se que tal norma, pela complexidade do que representa a planta de uma estrada de ferro necessitava ser mais explícita. De se observar que, considerados isoladamente, os mesmos bens podem ser objeto, inclusive, de outros tipos de gravames.

Os credores hipotecários não podem embaraçar a exploração da linha, nem contrariar as modificações, que a administração deliberar, no leito da estrada, em suas dependências, ou no seu material. (art. 1.503).

A hipoteca será circunscrita à linha ou às linhas especificadas na escritura e ao respectivo material de exploração, no estado em que ao tempo da execução estiverem; mas 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 com isso a garantia do débito enfraquecer. (art. 1.504). De se observar que a oposição dos credores à alienação é, então, uma exceção à regra.

Na execução das hipotecas será intimado o representante da União ou do Estado, para, dentro em 15 (quinze) dias, remir a estrada de ferro hipotecada, pagando o preço da arrematação ou da adjudicação. (art. 1.505). Diante do fato de se estar a tratar de bens, presumivelmente, de particulares, a norma mais se parece com a possibilidade de uma expropriação da coisa, induzindo-se o poder público a resgatar dívida privada. A norma anterior era mais feliz, quando reservava à pessoa de direito público, apenas a faculdade de se exercer a preferência. (art. 855).

## 6. Sobre a anticrese

Pode o devedor ou outrem por ele, com a entrega do imóvel ou credor, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos. (art. 1.506). Anticrese é, pois, direito real sobre imóvel alheio, obtendo o credor a posse da coisa, para dele perceber os frutos ou rendimentos, respondendo esses recebimentos, pela obrigação subjacente.

É permitido estipular que os frutos e rendimentos do imóvel sejam percebidos pelo credor à conta de juros, mas se o seu valor ultrapassar a taxa máxima permitida em lei para as operações financeiras, o remanescente será imputado ao capital. (art. 1.506, § 1º). A norma mantém acesa a questão, no momento assaz tormentosa, quanto ao que sejam os juros legalmente aceitos. E agrava a discussão quando, estando a regular a vida do cidadão comum, utiliza-se da linguagem, em torno dos juros, dizendo *taxa máxima permitida em lei para as operações financeiras*. A jurisprudência e a doutrina terão muito trabalho.

Quando a anticrese recair sobre bem imóvel, este poderá ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético, ou a terceiros, assim como o imóvel hipotecado poderá ser dado em anticrese. (art. 1.506, § 2º).

O credor anticrético pode administrar os bens dados em anticrese e fruir seus frutos e utilidades, mas deverá apresentar anualmente balanço, exato e fiel, de sua administração. (art. 1.507). Este dispositivo não tinha correspondente no código anterior.

Se o devedor anticrético não concordar com o que se contém no balanço, por ser inexato, ou ruínoza a administração, poderá impugná-lo, e, se o quiser, requerer a transformação em arrendamento, fixando o juiz o valor mensal do aluguel, o qual poderá ser corrigido anualmente. (art. 1.507, § 1º). Sem correspondente anterior. Esta disposição deve ser analisada em conjunto com a norma da hipoteca aplicável e com as normas da locação.

O credor anticrético pode, salvo pacto em sentido contrário, arrendar os bens dados em anticrese a terceiro, mantendo, até ser pago, direito de retenção do imóvel, embora o aluguel desse arrendamento não seja vinculativo para o devedor. (art. 1.507, § 2º). O acréscimo está em que, na redação do correspondente artigo anterior, (art. 806), o aluguel não era vinculativo para o devedor.

O credor anticrético responde pelas deteriorações que, por culpa sua, o imóvel vier a sofrer, e pelos frutos e rendimentos que, por sua negligência, deixar de perceber. (art. 1.508).

O credor anticrético pode vindicar os seus direitos contra o adquirente dos bens, os credores quirografários e os hipotecários posteriores ao registro da anticrese. (art. 1.509). Esta disposição estabelece o lugar onde se situa o crédito resultante da anticrese na hierarquização dos créditos.

Se executar os bens por falta de 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. (art. 1.509, § 1º).

O credor anticrético não terá preferência sobre a indenização do seguro, quando o prédio seja destruído, nem, se forem desapropriados os bens, com relação à desapropriação. (art. 1.509, § 2º).

O adquirente dos bens dados em anticrese poderá remi-los, antes do vencimento da dívida, pagando a sua totalidade à data do pedido de remição e imitir-se-á, se for o caso, na sua posse. (art. 1.510). Sem correspondente anterior.

## 7. Conclusão

A título de conclusão, uma nota final que não poderia deixar de ser considerada, diz respeito ao fato de a dentre nós tão conhecida 'alienação fiduciária em garantia' não ter sido regulada dentre os 'direitos reais de garantia.' Preferiu o legislador dar-lhe sede própria, regulando-a a partir do artigo 1.361, tratando da 'propriedade fiduciária' no livro III, do Direito das Coisas, dentro do capítulo 'da propriedade'. Todavia, Maria Helena Diniz, em mais de uma oportunidade não deixa de trazer o exemplo da 'alienação fiduciária' como direito real de garantia (13)

(13) Diniz, Maria Helena, ob. cit. p. 879 e 886.

De resto, cumpre registrar que a presente elaboração corresponde apenas a um princípio de pesquisa e suas correspondentes primeiras notas. A ela serão oportunamente acrescentadas outras notas e ainda outras considerações doutrinárias.

## 9. Bibliografia:

CALDAS AULETE, Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, 5ª. Edição, Editora Delta, Rio de Janeiro, 1.964, vol. 3 e 4.

DINIZ, Maria Helena, Código Civil Anotado, 8ª. Edição, Saraiva, São Paulo-SP, 2002.

LOURES, José Costa e GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela, Novo Código Civil Comentado, 1ª edição, Del Rey, Belo Horizonte-MG, 2002.

MACHADO, Antônio Cláudio Machado, OLIVEIRA, Juarez, BARRETO, Zacarias, Código Civil de 2002 Comparado e Anotado, 1ª edição, Juarez de Oliveira, São Paulo-SP, 2002.

MALUF, Carlos Alberto Dabus, Novo Código Civil Comentado, obra coordenada por Ricardo FIUZA, 1ª edição, Saraiva, São Paulo-SP, 2002.

MOURA, Américo de, Rui Barbosa Escritos e Discursos Seletos, Editora Nova Aguilar, Rio de Janeiro-RJ, 1.997.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

REALE, Miguel. *O Novo Código Civil Brasileiro*. Revista da Academia Paulista de Magistrados, nº 1, São Paulo-SP, 2001.

REALE, Miguel. Site do autor <http://www.miguelreale.com.br/reale/ncc.htm>