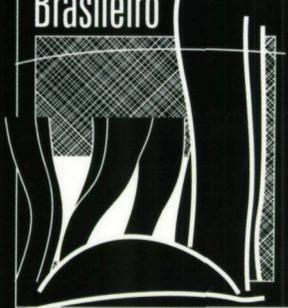


Direito Civil

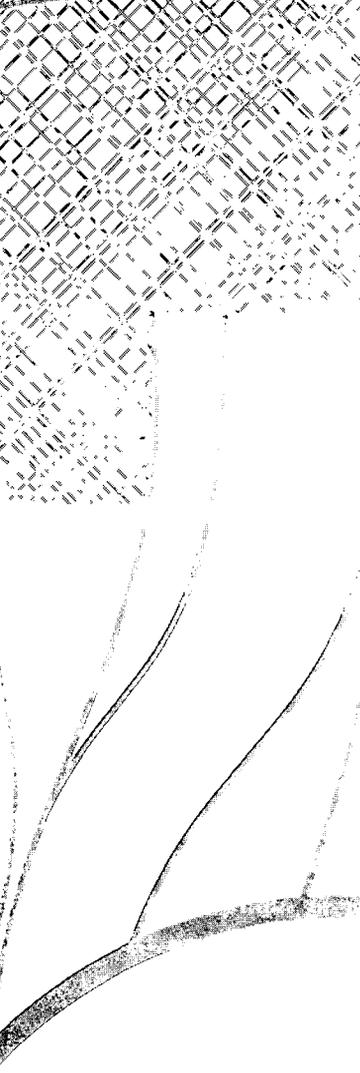
Direito das Coisas Vol. II

Clóvis Beviláqua

História do Direito
Brasileiro



3



Direito Civil

**Direito
das Coisas**
Vol. II

Clóvis Beviláqua
Obra fac-similar

Prefácio de
Francisco Cesar Asfor Rocha

**História do Direito
Brasileiro**



Brasília
Agosto/2003

CLOVIS BEVILAQUA

DIREITO DAS COISAS

2.º VOLUME

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

1 9 4 2

Livraria Editora Freitas Bastos

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

Rua 15 de Novembro, 62-66 — S. Paulo

CAPITULO XII

DA HYPOTHECA JUDICIAL

§ 161

DA ORIGEM DA HYPOTHECA JUDICIAL (1)

I. Segundo a opinião commum dos autores, não se encontra, no direito romano, uma hypotheca attribuida, directamente, á sentença condemnatoria, em proveito do credor. Havia, é certo, o *pignus praetorium* e o *pignus ex causa iudicati captum*. Mas o primeiro consistia na posse

(1) LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §§ 207 a 209; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, §§ 160 a 162; DIDIMO DA VEIGA, *Direito hypothecario*, ns. 154 a 161; AFFONSO FRAGA, *Direitos reaes de garantia*, § 95; S. VAMPRÉ, *Manual de direito civil*, § 115; AZEVEDO MARQUES, *A hypotheca*, pags. 84 a 88; LYSIPPO GARCIA, *Registro de immoveis*, II, ps. 39 a 107; A. D. GAMA, *Da hypotheca*, ns. 200 a 210; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, III, nota ao § 197; PLANIOL et RIPERT, avec le concours de BECQUÉ, *Des sûretés réelles*, vol. XIII do *Traité*, ns. 557 e segs.; HUC, *Commentaire*, XIII, ns. 193 a 200; PAUL PONT, *Des privilèges et hypothèques*, I, ns. 567 a 605; GUILLIQUARD, *Des privilèges et hypothèques*, I, ns. 122 a 167 e II, ns. 901 a 929; STOLFI, *Diritto civile*, I, parte terza, I, *Diritti reali di garanzia*, ns. 638 e segs..

dos bens do devedor concedida pelo juiz (*missio in bona*), que era seguida da venda dos mesmos bens para satisfação dos direitos dos credores.

O segundo, *pignus ex causa iudicati captum* era uma forma de penhora. Condemnado o devedor, o magistrado, que havia proferido a sentença condemnatoria, designava um official publico para intimar o devedor ao pagamento e, não attendido immediatamente, tomava posse dos moveis; não sendo sufficientes, se apoderava dos immoveis. Não se effectuando o pagamento no prazo estabelecido, os bens não eram vendidos pelo official publico (1a).

Não ha semelhança entre essas duas instituições e a *hypotheca* oriunda da sentença.

II. Na França, ella apparece com a ordenança de MOULINS, de Agosto de 1566. O art. 53 desta ordenança dizia: “Desde logo, e no momento da condemnação imposta em ultima instancia, e desde o dia da prolação, será adquirido, á parte, direito de *hypotheca* sobre os bens do condemnado, para o effeito e execução do julgamento ou aresto contra elle obtido” (2).

Em Portugal, a Ord. 3, 84, § 14, nas palavras — “e o que tiver bens de raiz, que valham o conteudo da condemnação, não os poderá alhear, durando a demanda, mas logo ficarão *hypothecados* por este mesmo feito e por esta Ordenação para pagamento da execução”, se tem apontado a fonte da *hypotheca* judicial, que passou para o direito patrio.

III. A lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864, art. 3, § 12 diz apenas: “Não se considera derogado por esta lei o direito, que ao exequente compete, de prosse-

(1-a) D. XIII, 7, fr. 26, pr.; XLII, 5, fr. 35; XLII, 1, frs. 40 e 61; XX, 4, fr. 10.

(2) GUILLOUARD, *op. cit.*, n. 870 *in fine*.

guir a execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condemnado; mas, para ser opposto a terceiros, conforme valer, depende de inscrição."

Não disciplinou a instituição, salvo quanto á exigencia da inscrição.

O decreto n. 169A, de 19 de Janeiro de 1890, art. 3, § 11, que, semelhantemente á lei anterior, havia declarado não haver outras hypothecas, senão as que elle estabelecia, copiou a formula imprecisa acima transcripta, acrescentando, somente, a palavra *especialização*, a recordar a formalidade que antecede á inscrição.

O Codigo Civil, por sua vez, affirma, no art. 824, a existencia da hypotheca judicial, como direito de sequela sobre os bens do condemnado, que tenham passado a outras mãos. Mas para valer contra terceiros, depende de especialização e inscrição. E' simples direito de sequela, sem o predicado da preferencia, de grande importancia para a hypotheca convencional ou legal. Não decorre immediatamente, da sentença a hypotheca judicial. Esta constitue, apenas, o fundamento, em que se apoia o credor para hypothecar bens do devedor vencido.

§ 162

DO CONCEITO E DA CONVENIENCIA DA HYPOTHECA JUDICIAL.

I. *Hypotheca judicial*, segundo já ficou indicado, é o vinculo real, que a lei faz nascer da sentença condemnatoria, sobre os bens do executado, para o efeito de responderem pela execução da sentença, caracterizando-se por ser mero direito de sequella, sem preferencia, mas depen-

dendo a sua efficacia da especialização e inscripção. E' uma forma de hypotheca legal.

As sentenças, que podem gerar hypotheca judiciaria são as que, tendo passado em julgado, condemnam o vencido a uma obrigação de dar quantia ou coisa, ou de indemnizar perdas e danos. Se a condemnação impõe obrigação illiquida, cumpre liquidal-a para inscrever, em seguida, a hypotheca.

E' a sentença proferida por tribunal judiciario, que é capaz de produzir hypotheca; DIDIMO DE VEIGA opina que a sentença condemnatoria do Tribunal de Contas, por ser equiparada á dos tribunaes judicarios, tambem fundamenta hypotheca. LACERDA DE ALMEIDA dá-lhe razão. Realmente assim deve ser com as sentenças proferidas em materia contenciosa. Tambem as sentenças arbitraes, quando se tornam executorias, são titulos para hypotheca judicial.

As sentenças dos juizes estrangeiros não geram hypotheca sobre immoveis situados no Brasil, senão depois de homologadas pelo Supremo Tribunal Federal, porque, só então, adquirem poder executorio. Antes disso, a sua autoridade se circumscreve aos limites da soberania do Estado, onde são proferidas por juizes competentes.

II. A hypotheca judicial tem soffrido criticas numerosas. NICOLA STOLFI menciona-as pelo modo seguinte: a) Quando muitos credores aceitam a bôa fé de um devedor, não deve ser possivel que um delles obtenha uma causa de prelação, se a natureza do credito não a contem. — Esta objecção não attinge á hypotheca judiciaria, segundo existe entre nós, pois que a lei não lhe attribue direito de preferencia e, sim, tão só o de assegurar a execução pelo direito de sequela

(1) *Op. cit.*, n. 651.

b) A hypotheca judicial não procede, directamente da sentença condemnatoria, que se limita a declarar o direito, que preexiste e dar ao credor um titulo executorio para desapropriar os bens do devedor, que não paga; não pode mudar a natureza do credito, transformando-o de chirographario em real. — Mas, quando se diz que a sentença gera hypotheca, apenas se quer affirmar que ella fornece um titulo para a hypotheca sobre os bens do devedor, afim de assegurar a execução da sentença, evitando que sejam alienados pelo condemnado, quando não convenha a execução immediata.

c) A hypotheca judicial embaraça a circulação dos capitães, intimidando os mutuantes pelo perigo de que outros credores frustem as suas esperanças, sujeitando á hypotheca todos os bens do devedor commum. — Esta objecção perde o seu valor, desde que não haja, como no direito não ha, na hypotheca judiciaria o attributo da preferencia. Ao contrario poderá a hypotheca de que se trata, favorecer os outros credores, impedindo que o devedor venda os bens hypothecaveis, que vão garantir, dentro de certa medida, o pagamento de todos.

d) A hypotheca judicial é contraria á equidade, porque é premio para o credor mais deshumano, que occasionou ou, pelo menos, apressou a ruina do devedor, e sacrifica o credor indulgente, somente por ter cedido á voz da humanidade. — Eliminada a prelação da hypotheca judiciaria, esse quadro não tem realidade.

e) Não se desconhece que o devedor possa pagar algum dos seus credores em detrimento de outros; mas, desde que intervem a justiça, não deve ser para beneficiar um só credor, e sim no interesse de todos. — E' sempre o mesmo ponto de vista, extranho á hypotheca judicial do nosso direito.

E' certo que não considero essa instituição merecedora de applausos; mas não ferem justo as objecções levantadas. Em verdade, ella não é desprovida de utilidade,

quando a execução immediata do bem penhorado offerece inconvenientes. Mas, em verdade, o que, entre nós, a mantem é a tradição. E, como não tem os defeitos, que lhe apontam, vae sendo mantida.

III. STOLFI tambem enfileira as observações dos autores, que sustentam ser a hypotheca judicial conforme á justiça e á equidade. Não offerecem particular interesse, e podem reduzir-se a esta ultima: — não se tendo ainda aberto concurso de credores, é logico o poder quaiquer delles assegurar-se por uma garantia, ainda que altere a *par conditio creditorum*, porque *vigilantibus, non dormientibus jura succurrunt* (2). — Tal como se acha estabelecida entre nós, como simples direito de sequela, a hypotheca judicial não necessita de invocar essa defesa, pois que pode ser util aos proprios *dormientibus*, que se aproveitaram da situação por ella creada.

163

DIFFERENÇA ENTRE A HYPOTHECA JUDICIAL E O DIREITO DE PENHORAR BENS ALIENADOS EM FRAUDE DA EXECUÇÃO

I. LAFAYETTE consagrou o seu § 208 do *Direito das coisas*, para patentear a differença essencial entre os dois institutos: a hypotheca judicial e a fraude á execução, que alguns pretenderam identificar. As differenças são, realmente, substanciaes, e melhor hoje se accentuam do que ao tempo em que escreveu o sabio jurisconsulto.

Segundo o Codigo do Processo Civil, (art. 895) a alienação dos bens do devedor se considera em fraude á execução.

(2) *Op. cit.*, n. 650.

a) Quando sobre elles fôr movida acção real ou réipersecutoria;

b) Quando, ao tempo da alienação, já pendia contra o alienante, demanda capaz de alterar-lhe o patrimonio, reduzindo-o á insolvencia;

c) Quando transcripta a alienação, depois de decretada a fallencia;

d) Nos casos expressos em lei.

Os casos expressos em lei não foram mencionados. CARVALHO SANTOS (1) apresenta, a titulo de exemplo, a alienação feita depois de inscripta a penhora no Registro de immoveis, ou quando já tiver sido inscripto o arresto ou sequestro. PLACIDO E SILVA usa de uma formula geral: A fraude de execução "se objectivará sempre, quando o alienante ou o hypothecante promova alienação ou hypotheca, existindo demanda capaz de alterar-lhe o patrimonio, reduzindo á insolvencia, ou esteja, em verdade, em estado insolvente". (2)

II. Sendo nullos os actos de alienação praticados em fraude á execução, os bens, objectos de tal alienação continuam no patrimonio do alienante e sujeitos, como diz LAFAYETTE, ao pagamento das dividas do executado (3).

Este assumpto da fraude á execução tem motivado controversias (4), que, afinal, terminaram.

Distingam-se, inicialmente, os casos de fraude contra-credores, considerados no Codigo Civil, arts. 106 a 113, que são annullaveis pela acção pauliana, e os de fraude

(1) *Codigo de Processo Civil interpretado*, X, ao art. 985.

(2) *Codigo de Processo Civil*, nota 972.

(3) Obra e paragraphos citados, em que a explicação se alonga.

(4) Vejam-se MARTINS TEIXEIRA, *Concurso de credores*, §§ 12 e seguintes, particularmente 41 e 42; PHILADELPHO AZEVEDO, *These de concurso e Registros publicos*; e o meu *Codigo Civil comentado*, I, obs. 7 ao art. 111.

contra a execução que são nullos. Enumera-os o Codigo de Processo Civil, art. 895, acima referido. Nullos, que são, os actos de alienação, os objectos podem ser penhorados.

Essa penhora, porem, nada tem de semelhante com a hypotheca judicial, que se baseia em sentença, termo e não inicio da execução, como é a penhora; e que não se apoia em fraude contra credores. O direito de penhorar bens alienados em fraude á execução, por outro lado, se exerce independentemente de hypotheca. | Não ha necessidade de prosseguir nessa exposição. Os institutos differem muito accentuadamente.

II. Para assignalar a differença entre os dois institutos, bastaria dizer que a hypotheca judicial é um direito real com fundamento em sentença condemnatoria e a fraude á execução é vicio, que annulla a alienação feita pelo devedor.

A fraude á execução é acto lesivo praticado pelo devedor mancommunado com terceiro (*animus nocendi, eventus damni*). Esse vicio annulla a alienação e por via de consequencia, torna possivel a penhora dos bens nullamente alienados, se outros não tiver o alienante.

São, pois, duas instituições differentes em sua forma e em sua substancia.

§ 164

LEGISLAÇÃO COMPARADA

Ha tendencia nas legislações para suprimir a hypotheca judiciaria. Não a contemplam o direito argentino, o peruano, o mexicano e o allemão. Na Belgica foi substituida pela indisponibilidade, na Hespanha, pelas pre-
notações.

Entre as legislações, que mantêm esta forma de hypotheca, mencionam-se as seguintes:

a) A franceza, Codigo Civil, art. 2 123 O Codigo Civil francez fazia resultar a hypotheca judiciaria não só das sentenças em materia contradictoria, ou á revelia do devedor, fossem definitivas ou provisórias, como ainda dos reconhecimentos ou verificações feitas em sentença de assignaturas apostas em acto obrigatorio de cunho privado.

A lei de 3 de Setembro de 1807 modificou, em parte a facilidade do Codigo, em conferir hypotheca judiciaria ás sentenças de reconhecimento ou de verificação de escripta. Prohibiu que o portador de um acto de cunho privado, cuja escripta fez verificar em justiça, o inscrevesse antes do vencimento do credito

A hypotheca judiciaria do direito francez é geral; por isso se estende até aos bens futuros do devedor. Não passa, porem, aos immoveis transmittidos hereditariamente aos seus successores. Tambem os navios escapam á generalidade da hypotheca judiciaria, porque somente por hypothecas convencionaes podem ser onerados.

As sentenças dos tribunaes francezes não geram hypotheca sobre bens situados em paiz estrangeiro, salvo se ella o admitte e nas condições que estabelece. Aliás é a lei estrangeira que dirá se tal é possivel.

Os bens inalienaveis, emquanto perdura essa qualidade, não podem ser objecto de hypotheca judiciaria

O credor pode renunciar a hypotheca judiciaria, depois de proferida a sentença que a produz.

A hypotheca judiciaria resulta de pleno direito da sentença condemnatoria, sem necessidade de requerimento do credor, nem declaração do juiz.

A hypotheca judiciaria não pode recahir sobre bens do devedor, após a declaração de sua fallencia.

A hypotheca judiciaria deve ser inscripta.

A sentença arbitral, por ser de caracter privado a jurisdicção dos arbitros, somente depois de tornada executoria pela autoridade judiciaria produz hypotheca.

Tambem as decisões administrativas importam hypotheca, visto como o art. 2.123 do Codigo Civil não as incluye.

b) Italiana, Codigo Civil, arts. 1.970 a 1973. Toda sentença que condemna ao pagamento de uma somma, á consignação de coisa móvel ou ao cumprimento de outra obrigação, que possa resolver-se no resarcimento de damno, produz hypotheca sobre bens do devedor, em proveito de quem a obteve (art. 1.970).

Não produz hypotheca sobre os bens de herança jacente, ou acceita a beneficio do inventario (art. 1.971).

As sentenças arbitraes produzem hypotheca depois que se tornam executorias por determinação da autoridade judiciaria (art. 1.972).

As sentenças estrangeiras só produzem hypotheca sobre bens situados no Italia, quando a autoridade judiciaria do reino lhe ordena a execução, salvo disposição em contrario, de convenção internacional (art. 1.973).

Somente uma sentença e sentença actual, que condeme ao pagamento de uma somma, á entrega de coisa móvel ou ao cumprimento de outra obrigação, que possa resolver-se em resarcimento de damno, produz hypotheca. Equipara-se á sentença a providencia ordenada pela séde jurisdiccional, a que a lei attribua efficacia de sentença expedida em forma executiva (2).

(1) Vejam-se: PLANIOL et RIPERT, avec le concours de BECQUÉ, *Suretés réelles*, première partie, vol. XII do *Traité de droit civil français*, ns. 593 a 620; AUBRY et RAU, § 265; GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, II, ns. 869 a 930.

(2) STOLFI, *op. cit.* n. 655, em cujas afirmações tambem se apoiam as proposições seguintes.

Produzem hypotheca as sentenças proferidas entre nacionaes, entre estes e estrangeiros, seja em materia civil, commercial ou penal. Até o magistrado administrativo, em materia de sua competencia, profere sentença com esse effeito.

Se no curso ulterior do processo, a sentença é annullada, com eila cae a hypotheca.

Não produzem hypotheca: os processos verbaes de conciliação; as ordens do Presidente do Tribunal nos processos de separação judicial entre conjuges.

Habilitam, porem, a inscrever hypotheca judiciaria, as sentenças arbitraes tornadas executorias por decreto do pretor e as pronunciadas pelos consules ou tribunaes consulares italianos, nos paizes onde existem.

As sentenças estrangeiras homologadas pelo Poder Judiciario italiano podem produzir hypotheca judicial, como acima foi dito.

O Codigo Civil italiano refere-se ás sentenças, que ordenam a entrega, por qualquer razão, de coisa movel. Surgiu dahi a duvida: se tambem habilita á inscripção hypothecaria a sentença que condemna á entrega de coisa immovel. Prepondera a opinião dos que se inclinam pela efficacia da sentença condemnatoria para autorizar a inscripção da hypotheca judiciaria, fundados na identidade de razão. E' uma interpretação, em que o imperativo das necessidades sociaes supera o princípio logico da *inclusio unius exclusio alterius*, apesar da firmeza com que parece manifestar-se.

c) O Codigo Civil venezuelano, arts. 1.958 a 1.961, seguiu a orientação italiana. Toda sentença executoria, que condemna ao pagamento de uma quantia determinada, ou á entrega de coisa movel ou ao cumprimento de qualquer outra obrigação commettida na de pagar quantia liquida, produz hypotheca sobre bens devedor, em proveito de quem haja obtido a sentença.

O credor favorecido com a sentença deverá designar, perante o tribunal, os bens especiaes do devedor nos quaes pretenda estabelecer hypotheca; e, se o tribunal encontrar que representam valor duplo da quantia, a cujo pagamento tenha sido condemnado o devedor, ordenará que se registre a sentença junto com a deligencia do credor e o auto respectivo.

No caso de excederem os bens o duplo do valor da divida, o devedor poderá reclamar limitação do onus; tambem lhe cabe pedir transferencia do gravame para outros bens determinados e sufficientes para garantir o cumprimento da obrigação (art. 1.958).

Não podem ser objecto de hypotheca judiciaria os bens de heranças jacentes ou acceitas a beneficio de inventario (art. 1.959).

As sentenças arbitraes produzem hypotheca, depois de tornadas executorias por decreto da autoridade judiciaria competente (art. 1.960).

As sentenças estrangeiras não produzem hypotheca sobre bens situados no paiz, salvo quando as autoridades judiciarias da Republica venezuelana decretarem a sua execução, observado, em todo caso, o que dizerem tratados internacionaes.