

## Remissão hypothecaria

A hypotheca é um direito real; que vincula determinado objecto, immovel ou navio, ao pagamento preferencial de uma obrigação.

Restringindo até certo ponto os poderes do proprietario, não o priva, entretanto, do direito de alienar o bem hypothecado, que passará porém com o mesmo onus para o dominio do adquirente.

O devedor alienante não se exime por este facto de sua obrigação, mas o adquirente, que não é pessoalmente obrigado, terá de soffrer, como terceiro detentor do bem hypothecado, a respectiva excussão, ficando tambem sujeito a outras consequencias legaes, que aggravam a sua situação.

O abandono do bem, que algumas legislações têm facultado, resguardaria o adquirente das alludidas consequencias, mas o codigo civil não admitte semelhante, expediente, per-

mittindo, porém, de accordo com o direito anterior, a remissão do immovel, sobre a qual pretendo aventar algumas notas criticas.

A remissão, do que se trata, é a que realisa o adquirente com a entrega ou deposito do preço ou do valor do immovel, que pode ser superior, igual, ou inferior a divida.

Não é o pagamento feito pelo devedor ou seus herdeiros, que são pessoalmente obrigados, nem o exercicio do *jus offerendi* do segundo credor hypothecario, que paga ao primeiro para conseguir á subrogação em seus direitos, nem finalmente o resgate, que tambem pode effectuar o terceiro adquirente com a satisfação integral da obrigação, mas a consignação liberatoria da Ord. do L. 4 T. 6, a expurgação do Codigo Civil portuguez, a purge do direito francez, cujas vantagens e desvantagens são aliás muito discutiveis, porque, se attende aos interesses do adquirente ou terceiro detentor, modifica de modo desfavoravel a situação do credor. Consulte-se sobre este ponto o Tratado das Hypothecas de Lacantinerie e Loynes 3.<sup>a</sup> edição, vol. 6.<sup>o</sup> n. 2317. Esta observação seria inteiramente desnecessaria se o nosso Codigo Civil não falasse em remissão do devedor, do herdeiro e do credor de segunda hypotheca, o que tem levado espiritos pouco versados a uma deploravel confusão de idéas.

Da remissão n'este sentido, proprio ou es-

pecial, occupa-se o nosso Código nos seguintes artigos :

815. “Ao adquirente do immovel hypothecado cabe igualmente o direito de remil-o.

Parag. 1.º Se o adquirente quizer forrar-se aos effeitos da execução da hypotheca, notificará judicialmente, dentro em trinta dias, o seu contracto aos credores hypothecarios, propondo, para a remissão, no mínimo, o preço por que adquiriu o immovel. A notificação executar-se-á no domicilio inscripto (art. 846, paragrapho unico), ou por editaes, se ali não estiver o credor.

Parag. 2.º O credor notificado pode, no praso assignado para a opposição, requerer que o immovel seja licitado”.

816. “São admittidos a licitar :

I. Os credores hypothecarios,

II. Os fiadores.

III. O mesmo adquirente.

Parag. 1.º Não sendo requerida a licitação, o preço da aquisição ou aquelle que o adquirente propuzer, haver-se-á por definitivamente fixado para a remissão do immovel, que, pago ou depositado o dito preço, ficará livre de hypothecas.

Parag. 2.º Não notificando o adquirente, nós trinta dias do art. 815, parag. 1.º aos credores hypothecarios, fica obrigado :

I. A's perdas e damnos para com os credores hypothecarios.

II. A's custas e despesas judiciaes.

III. A' differença entre a avaliação e a adjudicação caso esta se effectue.

Parag. 3.º—O immovel será penhorado e

vendido por conta do adquirente, ainda que elle queira pagar, ou depositar o preço da venda, ou da avaliação, excepto se o credor consentir, se o preço da venda ou da avaliação bastar para a solução da hypotheca, ou se o adquirente a resgatar.

A avaliação não será nunca em preço inferior ao da venda”.

Estes artigos, informa o dr. Clovis Bevilacqua, são devidos á Commissão do Governo que os extrahiu da lei hypothecaria então vigente e logo em seguida acrescenta:

“Não se os encontram (sic) na edição da Camara porque resultaram de acrescimo posterior á publicação do projecto no *Diario Official*.”

A lei hypothecaria então vigente era, como se sabe, o Dec. n. 169 A de 19 de janeiro de 1890, que reproduzia a seu turno as disposições da L. de 24 de setembro de 1864.

Só os immoveis podem ser remidos ?

O Dec. de 19 de janeiro de 1890 occupava-se unicamente da remissão de immoveis, porque só elles eram susceptiveis de hypotheca.

OCodigo, porém, estendeu a hypotheca aos navios, que pela doutrina e pela lei são considerados moveis.

E' tambem remivel a hypotheca de navios, quando oCodigo só se refere á remissão de immoveis ?

A falta de referencia á remissão de navios

poderia decorrer de uma inadvertencia legislativa.

Mal avisado andará sempre quem na interpretação de nosso Código levar em alto apreço a previdencia e a presumida sabedoria do legislador.

Porque o Código, por exemplo, só cogita da remissão no caso de venda, estará ella excluida na hypothese de troca ou doação ?

Ainda hoje se discute com fundamento em textos expressos e contradictorios do Código Civil se a viuva, que se casa, perde o usufructo dos bens dos filhos, que tinha sob o patrio poder, questão que o nosso Tribunal ultimamente decidiu, com razão, pela affirmativa.

Pelo art. 31 o domicilio civil da pessoa natural é no lugar da residencia, mas o art. 9 da introdução suppõe o domicilio em lugar diverso da residencia. Pelo art. 413 II, não pode ser tutor o que tiver de fazer valer direito contra o menor, que fôr, portanto, seu credor, mas, segundo o art. 430, o credor pode ser tutor e cobrar o debito do pupillo.

As excepções pessoaes pelo art. 152 aproveitam, mas pelo art. 911 não aproveitam ao co-devedor solidario.

A's pessoas, que não podem contractar, é facultado aceitar por si sós doação pura ou sem encargo (art. 1170), mas o tutor, para acceptal-a pelo menor, necessita de autorisação do juiz (art. 427, III).

Se é verdade, como ensina o dr. Clovis que o referido art. 1170 comprehende os menores de 16 annos e até os proprios loucos, o que não quero admittir, segue-se que um ab-

solutamente incapaz tem capacidade para praticar este acto juridico, confiando o Codigo Civil mais em seu "discernimento", do que no criterio de seus representantes legaes !

Taes manifestações legislativas e doutrinarias são profundamente contristadoras.

Limitando-me a esta simples indicação, que poderia ampliar, volto, sem adduzir commentarios, á remissão dos navios para concluir que contra ella não seria argumento valioso o silencio do Codigo.

A L. de 8 de novembro de 1922, que especialmente regula os contractos de hypotheca de navios, indicando no art. 23 os modos pelos quaes esta se extingue, omittiu, porém, a remissão, aliás admittida e até simplificada pela legislação franceza (L. de 10 de julho de 1885).

O direito de remir cabe ao adquirente do immovel, conforme o art. 815 do Codigo Civil.

Adquirente do immovel é quem o obteve por titulo oneroso ou gratuito, compra, troca, ou doação. Quem adquire por qualquer d'estes modos pode promover a remissão do bem, offerecendo o preço da compra ou o valor em que estima o immovel, ficando salvo ao credor o direito de requerer a licitação, quando não se conforme com o preço ou valor offerecido pelo adquirente.

Ainda que o Codigo tenha sempre em vista a alienação onerosa pela venda, não parece duvidoso que a remissão seja igualmente admissivel nos casos de troca e doação, porque o motivo predominante é sempre o mesmo, com

o reforço subsidiario do precedente historico. Veja-se Lafayette, Direito das cousas, vol. 2.º; parag. 262, texto e nota 12.

Na expressão — adquirente — do art. 815 estará tambem comprehendido o herdeiro?

E' muito certo que não. A affirmativa é, entretanto, sustentada pelo dr. Clovis Bevilacqua, que invoca com a mais santa simplicidade as disposições do art. 766 que passo a transcrever : “Os successores do devedor não podem remir parcialmente o penhor ou a hypotheca na proporção dos seus quinhões : qualquer d'elles, porém, pode fazel-o no todo”.

Mas o herdeiro na qualidade de adquirente ou successor a titulo universal não é, juridicamente, um terceiro. Conceder a remissão ao herdeiro, que é devedor pessoal, seria um attentado aos principios mais certos e positivos e um desacato á unanime doutrina dos auctores. Do art. 766 não pode, felizmente, ser deduzida esta desarrazoada consequencia, incompativel com a referencia ao penhor, que está no mesmo artigo. A remissão dos arts. 815 e 816 é applicavel ao penhor ?

A remissão de que se trata no art. 766, não é a mesma de que nos occupamos.

Attenda-se a que o herdeiro é obrigado a esperar o vencimento da obrigação e a solvela em sua integridade, ao passo que o terceiro adquirente nem espera o praso ou vencimento, nem paga a divida, porque só tem de entrar com o valor do immovel, que, como já disse, pode ser superior, igual, ou inferior a ella

O estabelecido no art. 766 é apenas uma consequencia da indivisibilidade da ga-

rantia real, penhor ou hypotheca, já proclamada no direito anterior.

O artigo quer apenas dizer que o herdeiro não desonera, parcialmente, os bens moveis dados em penhor ou o immovel sujeito á hypotheca pagando a parte proporcional da divida.

E' o mesmo principio estatuido no art. 758 quanto ao proprio devedor originario: o pagamento de prestações não importa exoneração correspondente da garantia real.

Em um livro sobre hypotheca editado pela Livraria Academica de S. Paulo, lê-se pag. 185: "No n. 178 já vimos quaes as pessoas que, para os effeitos da remissão, podem ser consideradas como adquirentes (ou terceiros detentores) do immovel hypothecado.

Accrescentaremos apenas que o herdeiro, comquanto seja representante e continuador da pessoa do devedor, gosa do beneficio da remissão e, como não ha remissão parcial do quinhão hereditario, no caso de querer utilisar-se de tal vantagem terá de remir a hypotheca em sua totalidade. Vide Clovis Bevilacqua Cod. Civ. Comment. vol. 3.º pag. 394 e bem assim o nosso Cod. Civ. art. 766".

Foi assim acolhida, expressamente, a singular interpretação do dr. Clovis.

A semente atirada por um erro evidente e grosseiro germinou promptamente, porque, encontrou condição favoravel no meio intellectual de escriptores profissionaes.

Remissão tambem não é o pagamento que, conforme o art. 814, faz o credor de se-

gunda hypotheca para subrogar-se nos direitos do credor da primeira.

Este beneficio, que remonta ao direito romano, onde era desconhecida a remissão, é o "*jus offerendi et succedendi* de que tratam, desenvolvidamente, Gluck, *Commentarios das Pandectas*, vol. 19, parag. 1097, e Dernburg *Direito de penhor*, vol. 2.º parags. 165 e 166.

E' ainda, por um engano que o dr. Clovis, na observação 2 ao art. 815, considera este caso como de remissão, quando é um pagamento subrogatorio no vencimento da primeira divida hypothecaria.

E, se o pagamento pelo segundo credor é remissão, porque o Codigo fala em remir, remissão tambem deve ser o pagamento feito pelo proprio devedor, porque no mencionado art. 814 está, expressamente, declarado que o segundo credor só tem este direito "se o devedor não se offerecer a remir".

Ao jurista cumpre, porém, não obstante a identidade do termo, não confundir as idéas.

O direito de desinteressar pelo pagamento com subrogação a quem tem preferencia no credito, hypothecario ou não, compete a qualquer credor, mesmo chirographario (art. 985, I).

Pagamento com subrogação é uma cousa e remissão hypothecaria outra muito diversa.

O segundo credor pode pagar, mas não pode fazer remissão.

O terceiro adquirente pode remir, entrando somente com o valor do immovel offerecido por elle ou apurado em licitação, ainda que

seja inferior á divida, como já vimos acima ; poderá tambem se assim lhe convier, em lugar da remissão effectuar o pagamento total da divida, ficando de pleno direito subrogado nos direitos do credor (cit. art. 985, II).

Este era um dos casos da chamada cessão legal do direito romano, e participa da natureza do *jus offerendi*, como é observado por Muhelenbruch, *Cessão de creditos*, pag. 486.

Para a remissão é sempre necessaria a intervenção judicial, para o pagamento não.

Na remissão o credor é forçado a receber antes do vencimento. mas no pagamento só é obrigado a receber, estando vencida a divida.

Se o adquirente não promove a remissão nos trinta dias da lei, pode ser logo accionado pelo credor hypothecario, antes do vencimento da divida

O dr. Didimo da Veiga ensina, erroneamente, em seu *Direito Hypothecario* pags. 466 e 467 que "sem necessidade de estar a divida vencida... o adquirente é constituído desde a aquisição em obrigação de pagar ou remir a hypotheca sob pena de excussão d'esta e de desapropriação forçada do immovel.

O mais rigoroso dos consecretarios admittidos á aquisição do immovel hypothecado é o obrigar a remissão, ou sujeitar o adquirente á excussão, reputando-se a divida vencida, ainda que falte longo para o lapso do praso da obrigação." E a mesma solução daria elle na vigencia do Codigo onde a questão não muda de aspecto.

O conselheiro Lafayette adverte, porém, no vol. 2.º parag. 260, do *Direito das Cousas* que “a alienação que o devedor faz do immovel não deroga o termo e as condições da divida.

O terceiro detendor, por consequencia, gosa do praso concedido ao devedor”. Invoca a autoridade de Troplong que apenas reproduz o disposto no final do art. 2167 do Código francez.

Sou, francamente, desta opinião; mas por um argumento que deduzo da Lei hypothecaria de 24 de setembro de 1864 e que considero decisivo.

Quando as hypothecas eram accionaveis pela assignação de dez dias, o detendor, que não remia, ficava sujeito á execução, mas, como para esta era preciso que o devedor houvesse sido accionado e condemnado, o que somente poderia acontecer depois do termo ou vencimento da divida, é claro que este, necessariamente, teria de aproveitar ao adquirente.

A mudança do processo para o executivo, operada pelo art. 4, parag. 1.º, da lei de 5 de outubro de 1885, não alterou as relações intrinsecas ou materiaes, que são independentes da forma ou procedimento judicial.

Figuremos, agora, a hypothese de promover o adquirente a remissão, offerecendo o preço ou o valor do bem.

O credor notificado pode requerer que o immovel seja licitado.

Requerida, porém, a licitação por este in-

interessado, porque o art. 816 exclue os estranhos da faculdade de licitar ?

Esta injustificavel prerogação do direito commum está pela terceira vez reproduzida em nossa legislação. Mas, como bem pondera Martou, *Privilegios e Hypothecas*, vol. 4, n. 1463, a intervenção de um estranho é favoravel aos credores e não prejudica ao adquirente porque a este é indifferente que o preço seja elevado pelo estranho ou pelo credor.

E', finalmente, ainda por indesculpavel inadvertencia que o art. 816, parag. 2, III, torna o adquirente que nos trinta dias não notifica aos credores responsaveis pela differença entre a avaliação e a adjudicação.

Na hypothese de ir o bem á praça e não haver lançador prevalece o determinado no art. 274 do Dec. n. 370 de 1890, isto é, o immovel será adjudicado ao adquirente pelo preço da avaliação.

Como poderá então haver differença entre o preço da avaliação e o da adjudicação ?

A responsabilidade é e só pôde ser pela differença entre o preço da alienação e o da avaliação, que serve de base á adjudicação.

Summamente estranhavel é que deslises d'esta natureza passem sem um leve reparo de nossos commentadores que, na paraphrase do texto, vão, machinalmente, repetindo o que lhes ditou o legislador.

Dr. Gondim Filho

100