

# DIREITO CIVIL

## Prelação das hypothecas anteriores ás dividas fiscaes

Para a cobrança de seus *impostos*, tem a fazenda publica (federal, estadual ou municipal) sobre os immoveis dos contribuintes *hypotheca, onus real*, ou privilegio de qualquer especie, *que lhe dê preferencia contra os credores hypothecarios, na hypothese de serem as hypothecas anteriores á divida fiscal?* Eis a questão. Pelo modo como está formulada a pergunta, fica bem claro que, no caso de serem as *hypothecas posteriores á divida fiscal, ou constituídas depois de exigiveis os impostos*, não negamos, nem discutimos sequer, a preferencia da fazenda publica: em taes condições os credores *hypothecarios* só recebem a importancia dos bens vendidos em praça depois de deduzida a quantia necessaria para o pagamento dos impostos.

Segundo uma opinião muito corrente, a fazenda publica tem um privilegio, que prefere ás *hypothecas anteriores á divida fiscal*.

Desde já diremos que os nossos melhores civilistas absolutamente não autorizam essa falsa e es-

druxula opinião, opinião que não é aceita por nenhum dos juristas estrangeiros que conhecemos, que não foi adoptada por nenhum código de paiz civilizado, que não tem a seu favor um só argumento razoavel.

LAFAYETTE, por exemplo, no *Direito das Cousas*, vol. 2.º, § 269, n.º 5, pag. 331 e 332, doutrina: «O nosso antigo direito imprimia em certas hypothecas o character de privilegiadas, e lhes dava preeminencia sobre as hypothecas simples, legaes ou convencionaes. A lei actualmente vigente derogou um tal systema. *Hoje a hypotheca, legal ou convencional, é pura, e illide e perime sempre o privilegio, qualquer que seja a sua prerogativa. Este principio é absoluto; só se lhe conhece uma excepção, a que respeita ás despesas e custas judiciaes, feitas com a excussão do immovel. As ditas despesas, por decreto expresso da lei, são precipuamente tiradas do producto da arrematação da cousa hypothecada*». O que ensina o nosso grande civilista, é quasi o que está escripto, com uma clareza notavel, no art. 220 do vigente decreto n.º 370, de 2 de maio de 1890: « .a hypotheca tem sobre o immovel hypothecado *preferencia a quaesquer creditos, com excepção sómente: a) do credito proveniente das despesas e custas judiciaes, feitas para excussão do mesmo immovel; b) das debentures ou obrigações ao portador, emittidas anteriormente pelas sociedades anonymas, ou commanditarias por acções*».

TEIXEIRA DE FREITAS, que escreveu o texto da *Consolidação das Leis Civis* antes da lei de 24 de setembro de 1864, acrescentou depois ao art. 1270, § 10, a seguinte nota (n.º 15): «O art. 6.º, § 4.º, da novissima lei hypothecaria diz: «Ficam salvos, independentemente de transcripção, e inscripção, e considerados como onus reaes, a decima e outros

impostos respectivos aos immoveis». Em a nota seguinte (n.º 16) diz o inolvidavel jurisconsulto: «O art. 6.º da novissima lei hypothecaria *tambem contempla entre os onus reaes* (suas palavras)—o legado de prestações ou alimentos expressamente consignados no immovel, *o que não é mais do que um onus hypothecario*». Se o *onus real* do citado art. 6.º é um *onus hypothecario*, temos uma hypotheca legal simples, e então, é ainda TEIXEIRA DE FREITAS quem o affirma (nota n.º 18, pag. 738 da ed. de 1896), «segue-se, pois (tendo cessado a differença entre hypotheca legal privilegiada e hypotheca legal simples), que as hypothecas legaes preferem entre si pela sua prioridade, como está escripto no nosso art. 1273, e que *tambem pela prioridade preferem ás convencionaes. Está consequentemente revogado o nosso texto, na parte em que diz que a hypotheca legal prefere á convencional, ainda que esta seja anterior*. Por outra, a novissima lei hypothecaria fica de accordo com o nosso art. 1274, quando diz que as hypothecas legaes preferem ás hypothecas convencionaes posteriores; de onde resulta *que não preferem ás hypothecas convencionaes anteriores*». Logo, o *onus real* da fazenda publica do art. 6.º da lei de 1864, e que passou para o art. 6.º, § 4.º, da lei vigente, de 19 de janeiro de 1890, é *uma hypotheca legal simples*, e, como todas as hypothecas legaes simples, não tem prelação contra as hypothecas convencionaes anteriores. T. FREITAS está de plenissimo accôrdo com LAFAYETTE. E de accôrdo com ambos está CARLOS DE CARVALHO, que no art. 1943 da *Nova Consolidação* diz que «são titulos de preferencia contra a fazenda federal, *provando-se serem anteriores á divida fiscal*, as hypothecas legaes, ou convencionaes, especializadas e inscriptas na forma da lei».

Deante de tão claros preceitos, de doutrina e leis tão expressas, é o caso de perguntar: d'onde proveu a extranha balela?

Ha alguns juristas patrios, que inconsideradamente, e sem o menor apoio em texto de lei, ou theoria juridica, entendem que a fazenda publica tem um privilegio absoluto, ou preferencia contra os proprios credores hypothecarios *com hypothecas anteriormente inscriptas*.

Entre os que sustentam esse erro clamoroso, está o Dr. DIDIMO DA VEIGA, que na pagina 249, n.º 196, do seu *Direito Hypothecario*, confessa francamente que a sua opinião contraria os *princípios de direito*, e tem como unico fundamento as palavras do § 4.º do art. 6.º da lei de 19 de janeiro de 1890: «*ficam salvos*, independentemente de transcripção e inscripção, e considerados como onus reaes, a decima e outros impostos respectivos a immoveis». No seu entender o «*ficam salvos*» quer dizer que a decima e os impostos sobre immoveis, além de não dependerem de transcripção, nem inscripção, têm preferencia contra as hypothecas anteriores! A essa absurda interpretação respondem victoriosamente a lição de LAFAYETTE e a de T. DE FREITAS. Duas regras geraes vigoram no direito patrio em materia de hypothecas. Em primeiro logar, só podem oppor-se a terceiros as hypothecas e onus reaes inscriptos ou transcriptos, e desde a data da inscripção ou transcripção, segundo preceitúam os arts. 8 e 9 do decreto n.º 169, A, de 19 de janeiro de 1890. Em segundo logar, as hypothecas, legaes, ou conventionaes, e os onus reaes, se regulam, no que concerne á preferencia, *exclusivamente pela prioridade* (art. 6.º § 2.º do citado decreto e art. 112 do decreto n.º 370 de 2 de maio de 1890). Para favorecer a fazenda publica (federal, estadual ou municipal) o legislador abriu uma

excepção á primeira regra no já reproduzido art. 6.º, § 4.º, da lei 19 de janeiro de 1890: «ficam salvos independentemente de transcrição» etc. *A segunda regra não soffre excepção alguma.* **E' absoluta**, como affirma LAFAYETTE no logar já citado. Do facto de ter o legislador dispensado da transcrição o onus real da fazenda publica será permittido concluir que o mesmo legislador abriu uma excepção á *regra absoluta ácerca da prioridade*? E' um absurdo sesquipedal, repellido energicamente pelo que ha de mais elementar e mais corrente em materia de privilegio. O privilegio deve ser explicitamente consagrado pela lei, e nunca póde ser deduzido de um texto de lei por interpretação extensiva: «*le disposizioni in materia di privilegio non sono suscettive d'interpretazione estensiva*» (BIANCHI, *Dei Privilegi*, n. 425, pag. 615 da ed. de 1894). *Dispensar o registro não é inverter ou alterar a prioridade.* A interpretação do Dr. DIDIMO, sem o menor amparo na lei, é facilmente refutavel pelo que ensinam com tanta segurança e clareza LAFAYETTE e T. DE FREITAS. Ainda voltaremos a esta esdruxula opinião, quando examinarmos os decretos de 16 de abril de 1842, 31 de março de 1874, 18 de outubro de 1878 e 19 de janeiro de 1898, citados pelo Dr. DIDIMO.

Um outro jurista patrio que tambem parece conferir á fazenda publica o privilegio em questão, é ALMEIDA OLIVEIRA nas *Execuções*, nota 362, pag. 159. E' verdade que este escriptor não discute a questão de saber se a preferencia da fazenda publica só se verifica na hypothese de ser a divida fiscal *anterior* á divida hypothecaria. Mas, admittamos, para argumentar, que a sua regra seja geral. Em que se funda ella? *Absolutamente em nada.* O escriptor não cita um só artigo de lei, um escripto, nacional ou estrangeiro, que sirva de fundamento ao seu imperdoavel deslize. Repetiu inconscientemente a *balela*.

LEITE VELHO, o autor da excellente monographia, as *Execuções de Sentenças*, reproduz por seu turno a *falsa opinião*, escrevendo: «as dividas provenientes de impostos têm precedencia absoluta sem dependencia de transcripção ou inscripção». E, para justificar o que ficou dito (art. 459), cita a lei de 24 de setembro de 1864, o decreto n. 5581, de 31 de março de 1874, art. 27, e o decreto n. 7051, de 18 de outubro de 1878, art. 32. Ora, já vimos de que modo LAFAYETTE e T. DE FREITAS respondem na parte em que se tira argumento da lei de 24 de setembro de 1864, cuja disposição relativa á materia foi copiada na lei actualmente vigente. Restam-nos os dois decretos citados. O de março de 1874 no art. 27 apenas declara que, «sendo os bens immoveis, o imposto constitúe onus real». Nada mais. O de outubro de 1878 no art. 32 apenas dispõe; «O imposto predial constitúe onus real passando com o immovel para o dominio do comprador ou successor». Nada mais. O de janeiro de 1898 repete a disposição do de março de 1874. Nada mais. Temos, portanto, nos decretos invocados por LEITE VELHO em defesa do seu infundado erro, a mera repetição da regra, nunca posta em duvida, de que os impostos sobre immoveis são onus reaes. Sim, são onus reaes e independentes de transcripção e inscripção. Mas, não é disso que se trata. Quer-se saber se ha lei, ou decreto, que prescreva a preferencia da fazenda publica contra *as hypothecas anteriores á divida fiscal*, e a este respeito LEITE VELHO, como todos os outros, não indicou uma só lei, decreto, ou regulamento, ou opinião fundamentada, que deva prevalecer contra a doutrina de LAFAYETTE e T. FREITAS, doutrina baseada na interpretação de um claro e facil texto de lei.

Vejam os se entre as leis e alvarás concernentes á materia ha qualquer coisa que justifique a disparatada balela.

SOUZA BANDEIRA, em seu *Novo Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda*, á pagina 405 usque 413, facilita-nos a tarefa, transcrevendo um parecer da commissão de fazenda da Camara dos Deputados na sessão de 1855, e um projecto de lei de 3 de agosto do mesmo anno. O parecer allude a uma consulta do Conselho de Estado de 3 de abril de 1855, consulta em que quatro conselheiros sustentaram o privilegio da fazenda publica, e quatro o negaram. O resumo da consulta, feito pela commissão de fazenda, mostra-nos que o argumento capital, senão unico, dos quatro conselheiros favoraveis ao privilegio, foi a lei de 22 de dezembro de 1761, lei que mais de uma vez temos visto citada como fundamento do privilegio. Ora, a lei de 22 de dezembro de 1761 (artigos 13, 14 e 15, que são os artigos citados) não contém uma só palavra, uma só, que de qualquer modo consagre o privilegio da fazenda publica em face dos credores hypothecarios. Pelo contrario, muito pelo contrario, a lei de 22 de dezembro de 1761 estatue o seguinte (§§ 13, 14 e 15): «Mando que da publicação desta em deante se não possam mais graduar as preferencias pela prioridade das penhoras, nem ainda a respeito dos credores particulares: E que ainda entre estes credores particulares *preferam os que tiverem hypothecas especiaes anteriores, provadas por escripturas publicas;* e não de outra sorte; nem por outra maneira alguma qualquer que seja: E que a respeito da Minha Real Fazenda se proceda na forma abaixo declarada. 14. Logo que qualquer credor pretender entrar em concurso com o Meu Real Erario se legitimará antes de tudo verbal, summariamente e de plano; produzindo ante o Juiz Executor todos os titulos e razões com que intentar preferir: Para o mesmo fazer

autuar estes requerimentos pelo Escrivão a que tocar, o qual continuará delles vista immediatamente ao Procurador Fiscal a que pertencer: E para que o tal Procurador em a sua resposta leve os papeis em que a lançar ao mesmo Conselho, para nelle se decidirem pela pluralidade dos votos: de sorte que, achando-se os taes preferentes em algum dos dois casos em que devem preferir; os quaes são: *Primeiro, o de terem hypothecas especiaes, provadas por escripturas publicas, e anteriores aos contractos dos Rendeiros da Minha Fazenda, e ás posses dos Magistrados, ou aos provimentos dos Thesoureiros e Officiaes obrigados á mesma Fazenda.* Segundo, o de terem sentenças tambem anteriormente alcançadas contra os sobreditos com pleno conhecimento de causa, e não de preceito; ou fundadas na confissão das partes: Em qualquer destes dois casos se mandem suspender as execuções, e se proceda ao levantamento dellas; e dos sequestros, ou penhoras, que houverem feito. 15. Achando-se porém que as *hypothecas* ainda provadas por escripturas publicas são sómente geraes ou *posteriores*; ou que as sentenças, vendas, doações, dotes, legados ou alheiações, em que os taes preferentes intentarem fundar-se são *posteriores aos Contractos Reaes* ou aos provimentos dos Thesoureiros ou Officiaes que têm a seu cargo a arrecadação da Minha Fazenda, ou ás posses dos Magistrados que têm o mesmo cargo; *logo serão os pertenses (pretensos) preferentes excluidos in limine, como inhabeis e como illegitimos contradictores para serem admittidos a concurso com o Meu Real Erario: e se darão logo despachos para se ajuntarem aos autos das Execuções afim de nellas se proseguir até integral pagamento da mesma Real Fazenda».* Ahi está tudo o que contém a lei de 22 de dezembro de 1761, no que concerne ao privilegio da fazenda publica em face dos credores hypothecarios; e o que sobre essa materia dispõe a lei trans-

cripta, é que *as hypothecas anteriores aos contractos dos rendeiros da real fazenda preferem ás dividas provenientes dos mesmos contractos*, isto é, ás dividas dos rendeiros para com a real fazenda. A lei só manda excluir os credores hypothecarios, como *inhabeis e illegitimos contradictores*, quando as hypothecas são POSTERIORES ás dividas provenientes dos contractos dos rendeiros. A lei, portanto, não contém preceitos especiaes para a garantia dos impostos directamente pagos pelos contribuintes; só trata dos contractos dos rendeiros da real fazenda, *decretando a preferencia dos credores hypothecarios com hypothecas anteriores aos mesmos contractos*. Parece incrível que houvesse quatro conselheiros de Estado, que descobrissem na lei de 22 de dezembro de 1761 o privilegio em questão. Felizmente, houve outros quatro conselheiros de Estado, que affirmaram positivamente que os quatro primeiros estavam redondamente equivocados. Foi o que salvou a reputação do conselho de Estado.

Tão absurda era a opinião dos quatro conselheiros de Estado que viam na lei de 1761 o privilegio da fazenda publica, que a commissão de fazenda da Camara dos Deputados julgou necessario elaborar um projecto de lei, o qual no art. 1.º, n. 8, conferia á fazenda publica o direito de, nos processos de fallencia, ser paga com prelação a quaesquer outros credores da mesma classe. Esse projecto nunca foi approvedo.

A lei de 22 de dezembro de 1761 não offerece o menor arrimo á absurda balela.

Haverá outra lei, que autorize o absurdo que combatemos? As *Instrucções de 20 de novembro de 1863*, assignadas pelo marquez de Abrantes, dizem que (art. 6.º), levantando-se questão no juizo da fallencia sobre a classificação da divida activa da fazenda, será resolvida a questão de accôrdo com a lei de 1761, com

o alvará de 12 de maio de 1758, §§ 10 e 11, com a lei de 20 de junho de 1774, §§ 34, 37, 39 e 41, e com o alvará de 24 de julho de 1793, § 1.º, e mais disposições em vigor.

Poderá alguém suppor que algum dos alvarás citados dê á fazenda publica o almejado privilegio. Isso não se verifica. Eis aqui, fielmente transcriptos, os §§ 10 e 11 do alvará de 12 de maio de 1758: «Para mais facilitar os meios necessarios de beneficiar os meus vassallos; com as vantagens, que a todos elles se hão de seguir das sobreditas edificações, ou reedificações, estabeleço que as pessoas que emprestarem dinheiro, ou concorrerem com materiaes, ou mãos de obreiros, para se edificar, ou reedificar, dentro do recinto da cidade de Lisbôa, que foi expresso no meu sobredito decreto de tres de dezembro do anno proximo passado, figurem não só com Real Hypotheca em concorrente quantia nos edificios, ou bemfeitorias, que nelles se fizessem em todo, ou em parte, mas tambem com preferencia a todos, e quaesquer outros credores, ainda hypothecarios, que fizerem penhoras posteriores ás edificações ou reedificações, como si os mutuantes tivessem penhoras filhadas anteriores, e feitas em execução de sentenças havidas em juizo contencioso com plenario conhecimento de causa: O que se executará posto que os outros credores sejam privilegiados; ou ainda, que seja a Minha Real Fazenda, porque a todos os outros privilegios Ordeno, que se prefira sempre o dos sobreditos mutuantes. XI. Formando-se concurso sobre os bens de qualquer reedificante, ou edificante, o juiz deste concurso, conhecendo breve, e summariamente, da verdade da divida procedida da edificação, ou reedificação total, ou parcial, faça logo pagar ao credor della pelo producto das lojas, casas, ou armazens reedificados, eximindo-o assim da longa disputa dos mais preferentes, e de esperar a

final decisão de todo o concurso ordinario.» Só se prescreve no alvará de 12 de maio de 1758 que as pessoas, que contribuirem com dinheiro, materiaes ou mão de obra, para as edificações e reedificações no recinto de Lisbôa, tenham preferencia a todos e quaesquer outros credores, inclusive os hypothecarios, que fizerem penhoras posteriores ás edificações e reedificações. Como é facil vêr, o alvará de 12 de maio de 1758 nenhuma disposição encerra contraria á these que sustentamos. Nem sequer tem relação com ella.

O alvará de 24 de junho de 1793 (junho e não julho, como dizem erradamente as *Instrucções*) no § 1.º determina: «Quanto aos pontos de preferencia, que pretendem ter os credores do devedor fallido nos bens, em que tem hypotheca especial e legal, quaes são as moradas de casas e outras fazendas, para a compra, construcção, ou reparação, das quaes concorrerão com dinheiro ou materiaes: Sou servido declarar que estas dividas não se entendem comprehendidas na generalidade do rateio estabelecido no § 22 do alvará de 13 de novembro de 1756; mas que devem ser pagas precipuamente, e com preferencia pelo producto dos bens da sua especial hypotheca, por serem tão privilegiadas, que pelo mesmo § 22 preferem á minha real fazenda, quanto mais aos outros credores concorrentes». O alvará reproduzido sómente confirma a hypotheca privilegiada do credor que contribuiu com dinheiro, ou materiaes, para a construcção, ou reparação, do predio, *hypotheca a qual prevalece até contra a real fazenda*. Nada mais.

A lei de 20 de junho de 1774 (que facilmente pôde lêr-se á pagina 730 até 736 do *Codigo Filippino* annotado por CANDIDO MENDES), no § 34 estatúe a prelação do credor que concorreu com dinheiro, ou materiaes, para a construcção, ou reparação, do edifi-

cio, para que a respeito das bemfeitorias seja nellas primeiro graduado que outro qualquer credor, a quem o sólo, ou edificio, tenha sido geral, ou especialmente hypothecado. No § 37 dispõe que tem hypotheca legal privilegiada o credor de dinheiro emprestado para compra de qualquer fazenda, ou terras, a respeito sómente dos bens comprados com o dinheiro emprestado, constando da escriptura do emprestimo que este se fez com esse destino, e verificando-se a compra posterior. No § 39 preceitúa que os credores de fretes preferem aos hypothecarios, desde que se trata dos bens ou fazendas hypothecadas, ou da sua importancia em dinheiro. No § 41 prescreve que todos os credores que por identidade de razão se acharem comprehendidos *no espirito dos casos já citados*, preferirão egualmente aos credores hypothecarios. Eis o que contém a lei de 20 de junho de 1774, nos §§ citados. Nada mais. Como se vê, essa lei nada tem que vêr com a nossa questão.

Na falta absoluta de lei que sirva de apoio ao desejado privilegio da fazenda publica, federal, estadual, ou municipal, temos visto citar mais de uma vez o art. 21, § 2.º, do decreto de 16 de abril de 1842. Ora, a disposição citada é a seguinte: «A penhora executiva terá logar, se, exigida a decima, não fôr paga de prompto. A exigencia será provada por verba lançada e assignada pelo respectivo recebedor no verso do conhecimento do talão, e se procederá immediatamente á penhora do predio ou seu rendimento, *que serão considerados sempre como hypothecados ao imposto*, ou em quaesquer bens moveis e semoventes do devedor pela importancia que bastar para a solução da decima vencida, da multa e das custas judiciais, fundando-se a intenção da fazenda nacional nas certidões passadas pela Recebedoria.» O predio se considera hypothecado á fazenda publica.

E' a hypotheca hoje denominada *onus real*, que, como nos ensinou T. DE FREITAS, é expressão equivalente a *onus hypothecario*. Temos o predio hypothecado á fazenda publica; mas, como hoje não ha hypothecas privilegiadas—ponto corrente em direito, o credor hypothecario com hypotheca *anterior á divida fiscal* prefere á fazenda publica. Não atinamos com o argumento que se pretende deduzir do decreto de 16 de abril de 1842.

Impossibilitados de offerecer um texto de lei que lhes suffrague a esdruxula opinião, os defensores do phantastico privilegio insistem na expressão—*onus real*, que se lê na lei de 24 de setembro de 1864, d'onde passou para a lei, actualmente vigente, de 19 de janeiro de 1890.

Que mirifica virtude terá a expressão *onus real*? *Onus real* significa *privilegio*? Significa *hypotheca privilegiada*? Significa hypotheca de qualquer natureza e denominação, que tenha a efficacia de preferir ás hypothecas *anteriores*? Nenhuma dessas accepções póde ser adjectivada á expressão—*onus real*. Como é correntissimo em direito, e como expressamente declara a lei de 19 de janeiro de 1890, *onus real* é um genero, que comprehende as seguintes especies, *além da hypotheca*: *penhor agricola, servidão, uso, habitação, antichrese, usufructo, fôro e o legado de prestações ou alimentos—expressamente consignado no immovel*. Ora, o *onus real* da fazenda publica sobre os immoveis do contribuinte evidente e indubitavelmente não é penhor agricola, não é servidão, não é uso, não é habitação, nem antichrese, nem usufructo, nem fôro, e muito menos legado de prestações ou alimentos—expressamente consignado no immovel. Que ha de ser senão hypotheca, segundo affirma TEIXEIRA DE FREITAS em a nota 16 á pagina 737 da *Consolidação* (edição de

1896)? E, se é *hypotheca*, onde está a lei que lhe dá a prerogativa de *hypotheca privilegiada com preferencia ás convencionaes anteriores á divida fiscal*? Onde está?

O que nós temos, é uma disposição muito terminante a favor da nossa these no art. 29 do decreto n. 9885, de 29 de fevereiro de 1888: «São titulos de preferencia contra a fazenda nacional, *provando-se serem anteriores á divida fiscal*—as *hypothecas* legaes ou convencionaes, especializadas e inscriptas na forma da lei.»

Que haviam de dizer os adversarios da nossa doutrina a essa disposição terminante e clarissima? Objectam (e a sua objecção é a confissão de que não têm absolutamente um só argumento accetivel a favor do seu asserto) que o decreto de 29 de fevereiro de 1888 foi expedido pelo governo, e não é lei; o governo, usando da autorização concedida pela lei n. 3348, de 20 de outubro de 1887, em vez de se limitar á consolidação do processo executivo fiscal, alterou direitos civis e incluiu a alteração no já transcripto art. 29. Para quem sabe que o decreto de fevereiro de 1888 foi elaborado e referendado por FRANCISCO BELISARIO SOARES DE SOUZA, e para quem conhece o valor desse nome, o que era a competencia, o patriotismo e o escrupulo desse inolvidavel estadista, a resposta é comprometedora. Compreende-se que um ministro da fazenda da envergadura de FRANCISCO BELISARIO tenha commettido a leviandade de sacrificar os interesses da fazenda publica por um decreto errado? O decreto de fevereiro de 1888 consolidou, não só o que as leis do paiz, havia muito, preceituavam sobre a nossa questão, mas o que desde o direito romano vigorava a esse respeito. A Constituição 4.<sup>a</sup> do Cod., *qui potiores in pignore habeantur* (liv. 8.<sup>o</sup>, tit.

18) estatuiu: «*Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur, sicut prior es tempore ita potior es jure.*» Litteralmente: se recebeste em hypotheca algum immovel, antes que sobre o mesmo pezasse algum onus em favor da fazenda publica, assim como és anterior no tempo, ficas sendo superior no direito. Nem o direito romano, direito despotico em materia fiscal, direito despido das garantias que o regimen constitucional creou para os contribuintes, nem o direito romano consagrava a iniquidade propugnada pelos nossos adversarios.

As leis e decretos posteriores ao de 29 de fevereiro de 1888 reproduzem invariavelmente o preceito contido no art. 29 daquelle decreto. O art. 330 do decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, dispõe: «São titulos de preferencia contra a fazenda nacional, provando-se serem anteriores á divida fiscal, as hypothecas legaes ou convencionaes, especializadas e inscriptas na forma da lei». A lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, no art. 86, prescreve: «A disposição do art. 330 do decreto n. 848, de 1890, se applica á classificação dos creditos das fallencias, revogado assim o disposto no art. 69, a), do decreto n. 917, de 14 de outubro de 1890». O art. 69, assim revogado, estatuiu: «São credores separatistas (*ex-jure crediti*) a fazenda publica, para ser paga dos impostos sobre immoveis pelo producto delles». Este artigo não distinguia entre hypothecas anteriores e hypothecas posteriores á divida fiscal; mas, desde que a doutrina consagrada pela legislação patria, o systema do nosso direito positivo, era o que se vê dos decretos de 29 de fevereiro de 1888, de 11 de outubro de 1890 e da lei de 20 de novembro de 1894, está claro que a lei das fallencias não continha uma derogação do direito hypothecario brasileiro. Não é a fallencia que opera a graduação de creditos, senão a sua natureza.

Nem a questão de saber se o credor hypothecario prefere, ou não, á fazenda publica, é materia de lei de fallencias, e só por utilidade *pratica* podia ser regulada em uma lei como a de 24 de outubro de 1890. Bastava, pois, que o respectivo regulamento discriminasse as duas hypotheses; não era necessario revogar o art. 69. Quando muito, uma interpretação authentica, e nunca um artigo de lei revogatorio, era o admissivel.

A *Consolidação das Leis referentes á Justiça Federal* (decreto n. 3084, de 5 de novembro de 1898), obra de um distincto jurisconsulto, declara no art. 85 da *parte quinta*: «São titulos de preferencia contra a Fazenda, provando-se serem *anteriores* á divida fiscal —as hypothecas legaes ou convencionaes, especializadas e inscriptas na forma da lei».

Suppõem alguns dos nossos contrarios que a actual lei de fallencias (de 16 de agosto de 1902) no art 77 encerra uma disposição, que lhes é favoravel. O art. 77 diz o seguinte: «São credores separatistas (*ex-jure crediti*): a fazenda publica, os Estados e os municipios, pelos impostos devidos». Do mesmo modo que o art. 69 da lei de 24 de outubro de 1890, o art. 77 da vigente lei de fallencias não discrimina as duas hypotheses—a de ser a hypotheca *anterior*, e a de ser *posterior* á divida fiscal. Mas, que não pensou o legislador em revogar por meio de uma lei de fallencias a preferencia do credor hypothecario com hypotheca *anterior* á divida fiscal, que não foi seu intuito alterar nesta parte o nosso systema de concurso de preferencias, é o que se vê de modo clarissimo pela leitura do art. 78, III, § unico, da mesma lei da 16 de agosto de 1902, art. que prescreve: «Os decretos n.º 169, de 19 de janeiro de 1890, e n.º 370, de 2 de maio do mesmo anno, *regularão as*

*preferencias*». O legislador de 1902, pois, deixou a questão das preferencias em geral entregue á legislação anterior, á legislação vigente ao tempo de ser promulgada a lei de 1902. Que continha essa legislação a respeito da nossa these? Responde-nos um decreto do poder federal, que approvou o trabalho de um illustre jurisconsulto, a citada *Consolidação das Leis referentes á Justiça Federal*: as *hypothecas anteriores á divida fiscal* são pagas de preferencia á mesma divida. Tanto é esta a verdadeira interpretação da lei de 16 de agosto de 1902, que o seu regulamento (decreto n. 4855, de 2 de junho de 1903), no art. 303, preceitúa: «Entre os credores com privilegio geral, incluem-se a fazenda nacional, os Estados e os municipios, pelas dividas de impostos (lei n. 221 de 1894, art. 86); sendo, porém, *titulos de preferencia, quando anteriores á divida fiscal* (decreto n. 848, de 1890, art. 330; decreto n. 3084, de 1898, parte V, art. 85) — *as hypothecas convencionaes ou legaes*, especializadas e inscriptas na forma da lei».

Todas as nossas leis, desde as mais antigas até ás mais modernas, e todos os nossos regulamentos, preceitúam com uma clareza notavel que o credor hypothecario—com *hypotheca anterior á divida fiscal*, seja pago de preferencia á fazenda publica.

Nunca tivemos, absolutamente nunca, o absurdo pretendido pelos defensores do pretense privilegio da fazenda publica.

Mas, objectam ainda os nossos antagonistas: é preciso interpretar as nossas leis, que estatuem a preferencia do credor hypothecario; importa precisar o sentido da expressão — *hypothecas anteriores á divida fiscal*. Que quer dizer essa expressão? Significa *hypothecas* constituídas antes de começar o dono do predio

a dever os impostos? Significa hypothecas constituidas antes da promulgação da lei que crêa os impostos? E' neste ultimo sentido que deve ser entendida a expressão legal, dizem os contrarios.

Em que se basêa essa opinião? Exclusivamente na interpretação do art. 2098 do *Cod. Civil Francez*, e na doutrina de alguns jurisconsultos que commentam essa disposição de lei. A segunda *alinea* do cit. artigo diz: «*Le Trésor public ne peut cependant obtenir de privilège au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers*». Com esse preceito, affirmam os que nos são adversos, o legislador apenas prohibiu a promulgação de leis com effeito retroactivo, que ferissem os direitos adquiridos dos outros credores em concurrencia com o thesouro publico. Os credores que têm hypothecas anteriores á lei que confere o privilegio ao fisco, têm preferencia; os credores com hypothecas posteriores á lei que confere ao fisco o privilegio, estão em posição inferior, cedem ao fisco, muito embóra os impostos sómente sejam devidos, e se tornem exigiveis, depois de constituidas as hypothecas.

Em primeiro lugar, cumpre não esquecer que o systema francez é muito diverso do nosso. Em França ha o *privilegio*, definido pelo art. 2095 do *Cod. Napoleão*, que preceitúa de modo muito expresso: «*Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires*». O privilegio do direito francez, pois, dá ao credor privilegiado o direito expresso de ser pago de preferencia aos credores hypothecarios, o que não se verifica entre nós, conforme ensina LAFAYETTE, no logar já transcripto: «*hoje a hypotheca, legal ou convencional, é pura, e illide e perime sempre o privilegio, qualquer que seja a sua prerogativa*».

Em segundo lugar, as expressões de que se servem o legislador patrio e o legislador francez são muito differentes: o legislador francez escreveu — o Thesouro publico não pôde obter privilegio com prejuizo dos direitos anteriormente adquiridos por terceiros; o legislador patrio escreveu—preferem ao fisco os credores hypothecarios cujas hypothecas são *anteriores á divida fiscal*, O fisco tem um *onus real*. O *onus real* neste caso é, como diz T. DE FREITAS (e não podia ser outro direito real, absolutamente), *a hypotheca*. A *hypotheca* é um accessorio; o principal é a divida. O *onus real* do fisco, o qual não depende do registro, só começa a ter existencia quando ha *divida* não paga. Se o devedor dos impostos lançados paga na época determinada pela lei, e não ha divida fiscal, nenhum *onus real*, nenhuma *hypotheca*, pôde onerar o immovel. Accessorio sem principal? Só se a lei o prescrevesse de modo positivo, abrindo uma excepção á regra geral.

Não comprehendemos absolutamente como se possa torcer o sentido de uma expressão clarissima. A lei declara que preferem os credores com hypothecas anteriores *á divida fiscal*. Que quer dizer *divida fiscal*? Significa a lei que crêa o imposto? Creado um imposto e pago, *ha divida fiscal*? *A divida fiscal* não começa a existir, quando um contribuinte é collectado em determinado anno? Antes de lançada a contribuição, de designada a quota que uma pessoa tem de pagar, ha divida fiscal? Quando a lei usa dos termos — *divida fiscal*, quer exprimir coisa differente de *divida fiscal*? *Divida fiscal* não é *divida fiscal*? Sendo o *Cod. Napoleão* muito anterior ás nossas leis fiscaes, se o legislador quizesse estatuir uma regra igual á do direito francez, não era natural que empregasse expressões equivalentes á do legislador francez?

Finalmente, a reproduzida interpretação é repelida pelos próprios juristas francezes. AUBRY e RAU, cuja autoridade é immensa, e não excedida por nenhuns expositores, ou commentadores, do direito francez, AUBRY e RAU, apoiados em LOCRÉ, (*Leg. XVI*, pag. 246, numeros 19 e 20) escreveram a seguinte nota, que é a de n. 39, á pag. 187, tomo 3.º do *Cours de Droit Civil Français*, edição de 1869: «*La disposition dont il s'agit (a segunda alinea do art. 2018, já transcripta nestas allegações) a été insérée au Cod. par suite d'un débat qui s'était élevé au sein du Conseil d'Etat, sur l'effet du privilège du Trésor quant aux biens des comptables; et il résulte jusqu'à l'évidence du procès verbal de cette discussion, que le Conseil n'a pas seulement entendu sauvegarder les droits acquis à des tiers avant la promulgation des lois nouvelles qui pourraient intervenir, mais qu'il a bien réellement voulu maintenir, au regard du Trésor, l'efficacité des privilèges acquis avant la naissance des ses créances ou droits privilégiés*».

Querem vêr de um modo absolutamente claro, sem possibilidade de equívocos, como é falsa a doutrina adversa, e como é verdadeirã a nossa, mesmo no direito francez?

Aqui está a prova real, e esmagadora: o art. 2098 do *Cod. Napoleão* deixou os privilegios do thesouro para serem regulados por leis extravagantes posteriores. A lei que estabelece um privilegio equivalente aos nossos impostos prediaes, como ensinam a cada passo os juristas francezes, e como facilmente pôde vêr-se no livro intitulado—*Codes Français et Lois Usuelles*, ed. de 1901, pag. 135 da parte denominada—*Lois Usuelles*, é a lei de 12 de novembro de 1808, que no art. 1.º diz assim: *Le privilège du Trésor public pour le recouvrement des contributions directes, est réglé*

*ainsi qu'il suit, et s'exerce avant tout autre : 1.º pour la contribution foncière de l'année échue et de l'année courante, sur les récoltes, fruits, loyer et revenus des biens immeubles sujets à la contribution.»* O privilegio do fisco em França só tem vigor durante dois annos —o corrente e o anterior. Esse privilegio, que incide sobre os fructos do predio *exclusivamente* e não sobre o immovel; esse privilegio, que não póde prejudicar aos credores hypothecarios (Cassação—22 de agosto de 1836 e 12 de julho de 1852, no livro ultimamente citado, pag. 330 do *Cod. Napoleão*): esse privilegio, que é muito mais que o nosso *onus real*, não vigora durante todo o tempo que a respectiva lei vigora; vigora unicamente *por dois annos*—o corrente, em que o contribuinte *deixou de pagar a divida fiscal*, e o anterior, em que egualmente não foi *paga a divida fiscal*. Como isso é diverso do que assevera a doutrina contraria? No direito francez o privilegio, que não prejudica aos credores hypothecarios, *porque não incide sobre os immoveis, mas exclusivamente sobre os fructos deste*, é um privilegio que *não começa com a promulgação da lei*, é um privilegio que *dura sómente dois annos*, e dois annos *em que ha divida fiscal*. A interpretação adversa parte de uma affirmação completamente falsa.

Não ha paiz civilizado em que o privilegio do fisco se exercite por todo o tempo em que vigóra a respectiva lei, ou, mais precisamente, em que o privilegio comece a se tornar effectivo com a promulgação de uma lei. O privilegio do fisco entra em acção, *quando* ha duvida fiscal, *depois* que o fisco se faz credor, e deixa de receber os impostos *exigiveis*. Veja-se o que determina o art. 1697, n. 6.º, do *Codigo de Commercio* da Republica Argentina: «*Son acreedores con privilegio general, aquellos cuyos créditos proceden de alguna de las causas siguientes : Los créditos del Fisco,*

y los de las municipalidades por impuestos fiscales ó municipales **devengados**». O art. 2472 do Codigo Civil do Chile estatúe: «*La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran 6.º Los créditos del Fisco y los de las municipalidades, por impuestos fiscales ó municipales, devengados*». O fisco só tem privilegio sobre os bens do contribuinte por impostos *devengados*, isto é, devidos, vencidos, exigiveis.

Veremos depois o que dispõem outros codigos de nações cultas.

D'onde terá provindo a balela? Um boato falso não tem fundamento; mas, o boato falso muitas vezes se explica: foi sua origem um equivoco, uma apreciação precipitada, uma phrase mal ouvida.

Com o intuito de verificar a procedencia da nossa balela, compulsámos os antigos civilistas e praxistas patrios, á cata de um trecho, de uma passagem qualquer, em que se affirmasse a preferencia do fisco aos credores hypothecarios com hypothecas constituídas *antes* (cumpre não olvidar um só instante que sempre nos referimos ás hypothecas *anteriores á divida fiscal*) de serem devidos e exigiveis os impostos. O primeiro que consultámos foi SYLVA, que *Ad Ordinationes*, liv. 3.º, tit. 91, *ad principium*, n. 37, tratando do fisco, doutrina: «*licet ex privilegio executivo praeveniat in capiendis bonis debitoris, non ideo exinde adversus anteriorem creditorem hypothecam habentem praelationis jus obtinet*». Lição mais positiva e clara não é possível. Ao pé da letra: posto que o fisco se dê pressa, corra e chegue antes (*praeveniat*), armado de seu privilegio executivo, e faça penhora nos bens do devedor, nem por isso adquire direito de prelação contra o credor que tem hypotheca anterior. GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, na *Decisio vigesima tertia*, n. 4, depois de figu-

rar diversas hypotheses, assevera que prefere ao fisco o credor a quem foi empenhada especialmente certa quantidade de marmore: «*creditor praefertur fisco, quia ipsa marmora specialiter fuerunt creditori obligata*». MENDES DE CASTRO, na *Practica Lusitana*, liv. 3.º, cap. 21, n. 71, afirma: «*Nam etiam fiscus non praefertur anteriori creditori in hypotheca, nec enim jus privati laeditur per obligationem fisco postea factam; nisi fiscus sit creditor in debito primipili; dicit intelligi primipilum, id est generalem thesaurarium principis. Vel nisi in bonis quaesitis post obligationem contractam cum fisco. Nam fiscus non est privilegiatus, nisi quatenus expressim reperitur*». Ao pé da letra: porquanto o fisco não tem preferencia em relação ao credor com hypotheca anteriormente constituída; nem o direito do particular póde ser lesado em consequencia de obrigação posteriormente contrahida para com o fisco, excepto se o fisco fôr credor do centurião, commandante da primeira centuria dos triarios, ou se tratar de bens adquiridos depois de devidos os impostos (está claro que neste caso a hypotheca é sempre e necessariamente posterior á *hypotheca geral tacita privilegiada*, que então tinha o fisco); porquanto, o fisco só é privilegiado nos limites expressamente determinados pela lei. EGYDIO, citando MENDES DE CASTRO, na passagem já reproduzida nestas razões, diz o seguinte sobre a nossa questão (*Commentaria in lex Hoc Jure, ff. de justit. et jur., pars. 2.ª, cap. I, n. 23*): *His tamen non obstantibus contrariam sententiam, probabiliorem duco quamtenet MEND., dict. cap., num. 71, versicul. Contrarium; pro qua considerari oportet, Principem et fiscum ejus, in casu de quo agimus, nec jure communi attento, nec nostro, privilegium aliquod habere.*» Ao pé da letra: não obstante o que fica dito, julgo mais acertada a opinião contraria, sustentada por MENDES DE CASTRO, segundo a qual, no caso de que tratamos, nem o príncipe, nem o fisco,

tem privilegio de especie alguma, quer pelo direito commum, quer pelo nosso. MORAES, (*De Executionibus*), vol. 3.º, liv. VI, cap., IX, n. 74, depois de assentar a regra de que o fisco não tem privilegio algum em face dos outros credores do devedor commum (*cum fiscus nullum praelationis privilegium habeat concurrando cum aliis creditoribus*), enumera tres excepções á regra geral: «*In tribus tamen casibus fiscus praefertur, cum in illis et hypothecam, et praelationis privilegium habeat. Primus est in bonis quaesitis à debitore, post contractum cum Principe celebratum, in illis enim fiscus anterioribus creditoribus etiam generales hypothecas omnium bonorum habentibus praefertur. Secundus casus est in debito primipili. Tertius tandem casus (aqui está a nossa especie) est in debito ex tributis*, Liv. I, Cod., *si propter public. pensit. Sed ille textus bene expensus contrarium probat, nec alibi in jure privilegium praelationis adversus creditores hypothecarios protributis invenitur concessum. Contrarium vero probat imò Principem non subjici Ordin. cujus est conditor, et sic praeferrí, si est antiquior creditor, probat late in simili lege Surd., dec. 13 et est expressum no Regimento da Fazenda: cap. 156.* Ao pé da letra: todavia em tres casos o fisco deve ser preferido, cabendo-lhe nessas tres hypotheses hypotheca e privilegio de prelação. O primeiro caso se dá, quando se trata de bens adquiridos pelo devedor depois do contracto celebrado com o principe; porquanto, em relação a taes bens o fisco prefere aos credores anteriores, ainda que estes tenham hypothecas geraes de todos os bens (hypothecas geraes de bens presentes e futuros, hoje abolida, note-se bem). O segundo caso é o de dívida do primipilo (hoje e desde o direito portuguez simples recordação historica). O terceiro caso, finalmente (é a nossa hypothese) é o das dividas provenientes de impostos, segundo preceitúa a Const. 1.ª do Cod., *si propter publicas pensitatio-*

*nes venditio fuerit celebrata.* Mas, este texto, bem ponderado, **prova o contrario** (*ille textus, bene expensus, contrarium probat*); nem em qualquer outra disposição de lei, em qualquer outra parte do direito, se acha, ou se descobre, a concessão de preferencia ás dividas fiscaes em relação aos credores hypothecarios, ou contra os credores hypothecarios (*adversus creditores hypothecarios*). Entretanto, SURDO demonstra largamente, a proposito do texto citado, que o principe não está sujeito á ordenação, de que é autor (no regimen do absolutismo), e assim deve ser preferido, tem prelação, **si é credor mais antigo** (*si est antiquior creditor*). Mesmo no regimen despotico o principe prefere ao credor hypothecario, sómente quando a sua divida (delle principe) é mais antiga. Assim resolve o nossa questão MORAES, cuja obra foi publicada em 1742!

Decididamente, os civilistas e praxistas patrios não explicam a balela.

Qual será a explicação da origem deste absurdo boato falso, que a tanta gente tem prejudicado?

Terá a balela sua origem no direito estrangeiro, nos codigos das nações cultas, ou nos respectivos commentadores e expositores?

Tambem não. Os melhores codigos contemporaneos contrariam expressamente a absurda opinião, sem fundamento algum.

Já vimos que o Cod. Civil Francez, no art. 2098, deixou o privilegio do Thesouro publico para ser regulado por uma lei extravagante. Veiu depois a lei de 12 de novembro de 1808, já citada neste artigo, a qual conferiu ao fisco um privilegio absoluto para a cobrança dos impostos devidos no anno corrente e no anno anterior (*la contribution foncière de l'année échue et de l'année courante*), privilegio ou prelação

que incide *exclusivamente nas colheitas, fructos, alugueis e rendas dos immoveis sujeitos ao imposto (sur les récoltes, fruits, loyers et revenus des biens immeubles sujets à la contribution)*. Na França, pois, o privilegio é limitado aos *rendimentos dos immoveis tributados, e aos rendimentos de dois annos exclusivamente*. Nada mais. Entretanto, commentando a lei de 12 de novembro de 1808, TROPLONG, o grande TROPLONG, cuja immensa autoridade ninguem mais do que nós acata e admira; TROPLONG, depois de firmar bem, citando um conselheiro de Estado que redigiu a exposição de motivos da lei de 1808, que o privilegio não attinge o immovel, e portanto não prejudica aos credores hypothecarios, escreveu estas palavras: «*Du reste, le privilège accordé au fisc sur les fruits et loyers est absolu, en ce sens qu'il s'exerce avant tous autres, même les frais funéraires et de dernière maladie! On peut appliquer ici ce que j'ai dit plus haut sur cette préférence. Je la crois injuste par son exagération.*» Ahi está como o exímio jurisconsulto qualifica o privilegio do direito francez, equivalente ao do direito patrio, privilegio que na França incide exclusivamente nos fructos e rendimentos do immovel (e nunca absolutamente no immovel), e vigora exclusivamente por dois annos (note-se bem, por dois annos)!

O Cod. Civil Italiano, no art. 1962, tambem limita o privilegio a dois annos exclusivamente: «*Sono parimenti privilegiati i crediti dello Stato pel tributo fondiario dell'anno in corso e dell'antecedente.*» Justificando essa disposição, que restringe o privilegio a dois annos sómente, DE FILIPPIS acrescenta: «*Colpa dell'esattore, se non fu diligente a ripetere il pagamento delle annate precedenti*» (*Diritto Civile Italiano Comparato*, vol. 4.º, § 309). Os dois annos de privilegio são mais que sufficientes: se a fazenda publica não recebe os impostos, o culpado unico é o exactor, o agente fiscal.

O Cod. Civil Portuguez (art. 887) ampliou o prazo, fez o privilegio incidir no immovel, e declarou expressamente que o privilegio prevalece contra a hypotheca, mas tudo isso limitado a *tres annos*. «São creditos privilegiados sobre os immoveis do devedor, ainda que estes se achem onerados com hypotheca: 1.º os creditos por impostos devidos á fazenda nacional *pelos ultimos tres annos*, e no valor dos bens em que recairem os mencionados impostos.» Commentando esse preceito, escreveu DIAS FERREIRA. «O privilegio é limitado *a tres annos*, porque é de presumir que dentro deste periodo os agentes do fisco cobrem as contribuições. De resto, se estes forem remissos, *não deve soffrer terceiro as consequencias da sua negligencia*. Limitado assim o privilegio, **sabe sempre o adquirente até onde pôde chegar a sua responsabilidade**, e poderá exigir do alheizador a prova dos encargos existentes sobre o predio, ou procural-o elle mesmo directamente. **Levar o privilegio mais longe era continuar a manter um favor odioso no interesse do thesouro**, tanto mais que, querendo o Estado ampliar a preferencia, pode registrar a hypotheca sobre os bens respectivos» (*Codigo Civil Portuguez Annotado*, vol. 2.º, pags. 325 e 326).

Já o Cod. Civil Hespanhol (art. 1923) reduz o privilegio a *um anno* sómente: «*Par rapport (tradução de LEVÉ) aux immeubles et droits réels du débiteur, on accorde la préférence: 1.º aux créances de l'Etat sur les biens des contribuables, pour l'importance de la dernière annuité échue et non payée pour les impôts qui les grèvent.*»

Os mais modernos, os melhores codigos civis, não conferem ao fisco privilegio por mais de tres annos.

Este systema se comprehende, e se justifica. Privilegio por um prazo muito curto, e que recae em

geral nos rendimentos dos immoveis exclusivamente, é um instituto sufficiente para garantir o pagamento da divida fiscal, e que não prejudica aos credores hypothecarios, nem aos terceiros adquirentes.

Como o systema das nações cultas é differente da nossa balela!

Donde terá vindo esta? Será do direito romano?

\* \* \*

Foi um maldito texto do direito romano que deu origem a este absurdo inqualificavel, que têm repetido, sem o menor fundamento, alguns juristas patrios, absurdo que, como já vimos, nunca foi perfilhado, mas sempre repellido, por LAFAYETTE, TEIXEIRA DE FREITAS e CARLOS DE CARVALHO.

Nas *Pandectas* e no *Codigo* ha fragmentos que conferem ao credor hypothecario com hypotheca anterior preferencia em relação ao Estado. Além da constituição já transcripta, veja-se o fr. 8.º, *qui potiores in pignore* (liv. 20, tit. 4.º): «*Si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est, praeferrri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est: quia et privati praeferruntur.*» Ao pé da letra: se a republica receber alguma coisa em hypotheca ou penhor especial (*pignus* significa *hypotheca* e *penhor*, Quicherat e Daveluy, *verbo pignus*), deve-se dizer que a republica em tal caso prefere ao fisco, se o devedor commum começou a dever ao fisco depois do penhor ou hypotheca; porquanto, *os proprios particulares (privati) são preferidos (praeferruntur), têm preferencia em face do fisco.*

O que o direito romano estatuiu com muita clareza, é o *onus real* do fisco: *Imperatores Antoninus*

*et Verus rescripserunt, in vectigalibus ipsa proedia, non personas, conveniri: et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere* (fr. 7.º de publicanis et vectigalibus). Aqui temos o onus real, mas onus que não prevalece contra os credores com hypothecas anteriores, como declaram a constituição e o fragmento já transcriptos.

Foi apoiado nesses textos provavelmente que MACKELDEY (*Manuel de Droit Romain*) doutrinou (no § 353): «*Il est des droits de gage et d'hypothèque, auxquels les lois donnent un droit de préférence particulier (privilegium, jus prælationis), et qui par là priment tous les autres quoique antérieurs.*» E depois accrescentou em nota (n. 12) a esse paragrapho: «*On ne peut cependant faire valoir ces privilèges que contre les droits de gage et d'hypothèque postérieurs, que le même débiteur, ou que la loi, a constitué sur la chose.*» Foi pela mesma razão que GLÜCK escreveu estas palavras (*Commentario alle Pandette*, livro XX, § 1093, pag. 321 da edição de 1895, Milão): «*La regola per cui è preferita l'ipoteca che prima fu costituita è generalissima, e non solo vale contro ogni creditore, sino contro lo Stato o il fisco, ma ha luogo per tutte le specie d'ipoteche, siano esse legali o giudiziali, convenzionali o testamentarie.*

Entretanto, o mesmo GLÜCK, no § 1094, citando a Const. 1.ª do Cod, *si propter publicas pensitationes* (liv. 4.º, tit. 46) parece sustentar o contrario, isto é, que o privilegio do fisco prevalece contra as hypothecas anteriormente constituídas. A Const. citada diz o seguinte: «*Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore ejus jura hypothecæ sive pignoris prætendente. Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.*»

Aqui está o maldito texto a que nos referimos, texto completamente extranho ao direito patrio, expressamente condemnado pelo direito brasileiro, que estatúe o contrario, mas que tantos prejuizos tem causado a tanta gente. E' ácerca das duas palavras— *priore loco* —que versa toda a renhida controversia. Alguns interpretes, como VANGEROW, DERNBURG, WINDSCHEID, e outros citados por GLÜCK (vol. citado, pag. 332, nota *d*) querem que o *priore loco* exprima *preferencia, prelação, posição superior na graduação dos credits*, e então traduzem assim: A venda feita em consequencia da suspensão do pagamento dos tributos não deve ser revogada, ou rescindida, nem na hypothese do dono anterior offerecer o preço, nem sequer no caso de algum credor allegar hypotheca ou penhor sobre a coisa vendida; porquanto, é privilegiada a causa do fisco, ao qual todos os bens do devedor de tributos ficam obrigados em primeiro lugar, com preferencia contra quaesquer outros credores. E', como se vê, conferir ao fisco uma *hypotheca tacita geral privilegiada*. Outros interpretes, como WAECHTER e HUBER, citados por PELLAT, (*Traduction du Livre XX et du Tit. VII du Livre XIII des Pandectes*, extrahida da obra de SCHILLING, pag. 99, § 18 da edição de 1840, Pariz) entendem que a expressão *priore loco* quer dizer— *em tempo anterior*, significa prioridade no tempo. Assim entendidas as duas palavras, o texto está de perfeito acôrdo com os outros do direito romano, e o fisco não tem privilegio algum que prevaleça contra os credores hypothecarios anteriores á divida fiscal; porquanto, o final do texto se traduz assim: melhor é a posição do fisco, ao qual todos os bens do devedor remisso ficaram obrigados, ou vinculados, em tempo anterior (ás hypothecas e penhores), ou, em portuguez mais claro: melhor é a posição da fazenda publica, quando os bens do devedor lhe ficaram obrigados antes de pesar qual-

quer hypotheca sobre os mesmos bens. Traduzido assim, o texto em questão significa a mesmíssima coisa que o decreto de 29 de fevereiro de 1888, referendado pelo conselheiro FRANCISCO BELISARIO, e os demais decretos e leis do nosso paiz ácerca do ponto de direito que estudamos.

Mas, admittamos, para argumentar, que o mal-dito texto exprima exactamente o contrario. *Quid inde?* O que se segue, é que em direito romano o fisco tinha uma *hypotheca tacita geral privilegiada* sobre os bens dos contribuintes. No direito patrio ha hypothecas tacitas geraes (ou especiaes) privilegiadas? Já não vimos LAFAYETTE e T. DE FREITAS a affirmarem, de um modo clarissimo, que no estado actual do direito brasileiro (a lei de 1890 não alterou neste ponto, como em quasi tudo o mais, a lei de 1864) não ha hypothecas privilegiadas? Não é ponto correntissimo que nós não temos *privilegios* que prevaleçam contra as hypothecas? Quando a lei é clarissima, e os melhores civilistas patrios a interpretam do modo exposto, será licito deduzir do texto legal por interpretação extensiva um privilegio qualquer? Pois, já não era um principio de direito, geralmente acceito no tempo de SABELLI (*Summa Diversorum Tractatumum*, tomo 2.º, § *fiscus XV*)—*quod fiscus regulariter non sit privilegiatus, sed utatur jure communi, prout privatus, exceptis casibus in quibus reperitur expresse privilegiatus*? Já não ensinava PEGAS (*Resolutiones Forenses*, tomo 5.º, cap. 105. n. 36) que o fisco está sujeito ao direito commum, sempre que não lhe é conferido um privilegio de modo especial: «*Fiscus utitur jure communi, ubi non invenitur specialiter privilegiatus*»? Porque em direito romano ha um texto obscuro, que, segundo alguns, dá ao fisco uma *hypotheca tacita geral privilegiada*, e, segundo outros, não, havemos de entender que o fisco entre nós tem uma hypotheca privilegiada, quando a

nossa lei extinguiu as hypothecas privilegiadas, e em todos os nossos textos em vigor não se allude vagamente sequer a hypothecas privilegiadas? Quando as nações cultas contemporaneas estabeleceram um systema completamente diverso do que alguns interpretes attribuem ao direito romano, systema que garante os interesses do fisco e respeita muito os direitos dos particulares, havemos de applicar o direito romano incerto, ou revogado pelas leis patrias? O proprio direito romano não nos offerece um meio seguro de cortar facilmente quaesquer duvidas semelhantes á que poderia alguém nutrir a respeito da nossa questão, preceituando no fr. 10, *de jure fisci*:—*Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit*? ?

Uma outra razão contra nossa doutrina já vimos apresentada sob a fórma do seguinte argumento: a lei não isentou o onus real da fazenda publica do registro unicamente; a lei foi além, e isentou esse onus tambem da *necessidade* da prioridade!.

Onde as palavras da lei, que de qualquer modo signifiquem que o legislador dispensou o onus real da exigencia da anterioridade? Não ha taes palavras, confessam os nossos adversos; mas, accrescentam, o *ficam salvos* não podia exprimir exclusivamente a isenção do registro; porquanto, se a lei com o *ficam salvos* apenas eximisse o onus real da fazenda publica da necessidade do registro, a lei conteria um absurdo.

TROPLONG, no 1.º volume de sua obra, *Privilèges et Hypothèques*, n. 96, pag. 105 da edição de 1854, escreveu as seguintes phrases: «*La loi du 11 brumaire an VII, (art. 11, n. 2), accordait au fisc un privilège sur les immuebles pour une année échue et l'année courante de la contribution foncière. Ce privilège était même dispensé de l'inscription*». A lei de 11 brumario do anno

7.º conferia ao fisco um privilegio sobre os immoveis, o qual abrangia o anno anterior e o anno corrente do imposto respectivo a immoveis. Esse privilegio **era até dispensado** (*était même dispensé de l'inscription*) do *registro*. O legislador francez, querendo favorecer o fisco, dispensou expressamente o privilegio que continha um onus real, da necessidade da inscripção. Portanto, não é nenhum absurdo dispensar o onus real do fisco da inscripção ou transcripção, como fez o legislador patrio.

Seria a lei de 11 brumario do anno 7.º uma lei mal redigida? Não; porquanto, um seculo depois o mais bem redigido dos codigos civis actuaes, aquelle que por todos é considerado a melhor obra legislativa no genero, o Cod. Civil Allemão, reproduziu o mesmo... *absurdo*. Com effeito, o art. 91 da *Lei de Introdução* a esse codigo preceitúa (traducção de MEULENAERE): «*Reslent en vigueur les dispositions des lois des États d'après lesquelles le fisc, les corporations, les fondations, les institutions du droit public ou les fondations administrées par une autorité publique, ont le droit d'exiger, pour la garantie de certaines créances, l'inscription d'une hypothèque sur des fonds du débiteur, et d'après lesquelles l'inscription de l'hypothèque doit avoir lieu sur la requête d'une autorité déterminée. L'hypothèque ne peut être inscrite que comme hypothèque de sureté; elle naît avec l'inscription*». A hypotheca de *segurança*, ou hypotheca *ad cautelam*, a que allude o art. transcripto, é a que estatúe o art. 1184 do Cod. Civil Allemão: «*Une hypothèque peut être établie de telle manière que le droit du créancier du chef de l'hypothèque ne se détermine que d'après la créance et que le créancier ne peut, pour prouver cette dernière, se prévaloir de l'inscription (hypothèque de sureté)*». Temos, pois, que o legislador allemão, para garantir as *dividas fiscaes* (assim como para garantir as responsabilidades de certos devedores para com as corporações e fundações) permittiu expres-

samente que o *fisco inscrevesse, registrasse*, uma hypotheca especial, a hypotheca *ad cautelam, ou de segurança*, hypotheca a qual começa a existir antes da divida, posto que só possa entrar em acção, só funcione, depois que se contráe a divida.

Já se vê que não têm o menor fundamento juridico a asserção de que é absurdo cogitar da inscrição ou transcrição, no momento de lançar o imposto.

Uma lei franceza no fim do seculo 18 e a mais cuidadosamente elaborada das leis allemans no fim do seculo 19, do modo mais claro e discutivel, provam que não é absurdo cogitar da inscrição, ou transcrição, do onus real do fisco; porquanto, a primeira dispensou o registro, e a segunda permittiu o registro.

Querem mais um exemplo de registro feito pela fazenda publica, para garantir a divida fiscal? Aqui o temos na passagem em que DIAS FERREIRA, commentando o art. 887 do Cod. Civil Portuguez, diz: «Querendo o Estado ampliar a preferencia, pôde registrar a hypotheca sobre os bens respectivos, nos termos do art. 907, na intelligencia de que, se a hypotheca fôr inscripta depois de estarem já registadas hypothecas a favor de particulares, não prefere a estas» (obra citada, vol. 2.º, pag. 326).

Quando, portanto, o legislador patrio isentou o onus real da fazenda publica da inscrição e transcrição, fez uma coisa que já muito tempo antes tinha sido feita. Os onus reaes só valem contra terceiros, quando registrados. Os onus reaes do fisco, por excepção e favor especial, valem contra terceiro, sem dependencia de registro. Temos uma excepção á regra geral, excepção que não podia ser respeitada na pratica, se não fosse consagrada explicitamente pela lei.

Além da excepção apontada, nenhum outro favor fez a lei ás dividas fiscaes. Se o fez, apontem-nos

o texto, em que se abra excepção, por exemplo, á regra acerca da prioridade, regra **absoluta**, como diz LAFAYETTE.

O art. 29 do decreto n. 9885, de 29 de fevereiro de 1888, dispõe com clareza inexcedível que as hypothecas convencionaes preferem *ás dividas fiscaes*, quando são anteriores a essas dividas. De que dividas se trata, perguntam os nossos antagonistas? Incluem-se nessas dividas do art. 29 as dividas provenientes de impostos prediaes e outros impostos respectivos a immoveis? Inquestionavelmente, sim; porquanto além de serem as dividas provenientes de impostos prediaes dividas fiscaes por excellencia, o art. 1.º do mesmo decreto de 29 de fevereiro de 1888 declara quaes são as dividas fiscaes a que o mesmo decreto faz referencia mais de uma vez: são as dividas provenientes (n. 2) «*dos tributos, impostos, contribuições lançadas e multas*».

Consequentemente, a preferencia estabelecida pelo decreto de 1888, e reproduzida nas leis e decretos posteriores, é prelação que favorece as hypothecas convencionaes anteriores em face das dividas fiscaes procedentes de quaesquer *tributos, impostos e contribuições* lançadas e, portanto, *dos impostos prediaes e outros* respectivos a immoveis; pois, seria o maximo dos absurdos excluir os impostos prediaes e outros respectivos a immoveis da expressão tão lata, tão redundante, tão ociosa—«*tributos, impostos e contribuições lançadas*».

O fundamento de alguns dos que sustentam o privilegio por nós negado, é o art. 77 da lei das fallencias de 16 de agosto de 1902. E' um grande absurdo. Em primero lugar, não se póde applicar a lei das fallencias, quando se trata de relações juridicas entre pessoas, nenhuma das quaes é commerciante. Em segundo lugar, a actual lei das fallencias não estatúe

de modo algum o que pretendem os que a invocam neste passo. Além da demonstração que já fizemos desta asserção, temos um meio seguro de vêr que a lei não alterou em coisa alguma o nosso direito até então vigente, e esse meio consiste em ler o regulamento da lei, claro e peremptorio no art. 303 (dec. de 2 de junho de 1903), já transcripto neste artigo.

Desde que o fisco não tem preferencia, não está em melhor posição jurídica, mas em gráo inferior, deante do credor hypothecario, a consequencia necessaria, fatal, é que o fisco só recebe o pagamento de sua divida, depois de pago o credor hypothecario e no caso de haver sobras. Se o producto da praça, ou o valor dos bens arrematados, não é bastante para pagar a divida hypothecaria, é indiscutivel que o fisco não recebe um só vintem. Não se comprehendem absolutamente a declaração de que o fisco está em segundo logar, na gradação dos creditos, e a decisão de que o arrematante dos bens deve pagar ao fisco, *que em caso nenhum perde*. Isso é uma contradicção monstruosa.

Que é concurso de preferencias? Define JOÃO MONTEIRO, citando PEREIRA e SOUZA (que em a nota 913, vol. 2.º, das *Primeiras Linhas*, edição de 1872, está comnosco, ensinando muito expressamente que *preferem á fazenda real* os credores que têm hypotheca especial anterior): «o juizo pelo qual, no concurso de varios credores do devedor commum, sobre os bens deste, ou o seu producto, se dá a primazia ou vantagem áquelle ou áquelles que têm o melhor direito (*Processo Civil e Commercial*, vol. 3.º, § 287).

No concurso de preferencias se trata de indagar quaes são os credores que têm melhor direito, para serem preferidos. O art. 624 do regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, preceitúa: «Os cre-

dores preferem uns aos outros pela ordem em que ficam classificados, e na mesma classe preferem pela ordem da sua enumeração».

Portanto, desde que esteja demonstrado que os credores hypothecarios têm melhor direito de que o fisco, que estão em classe superior, que preferem ao fisco (e é o que temos demonstrado á saciedade), qual a consequencia logicamente fatal? E' a que nos aponta MACKELDEY na obra já citada, § 779: «*Le principe général est: tant que la classe précédente n'est pas intégralement payée, la suivante ne peut rien recevoir*». Ahi está o principio geral, corrente e rudimentar: enquanto a classe precedente não é paga, a seguinte, ou as seguintes nada podem receber.

Se se julgasse que a divida fiscal deve ser sempre paga pelo arrematante, *ipso facto* se daria ao fisco o privilegio que elle não tem. Com effeito, o arrematante, sabendo préviamente que tem de pagar os impostos accumulados, offerece pelo immovel o justo preço menos o valor dos impostos. Se o predio foi avaliado por 30:000\$000, e o arrematante está disposto a dar os 30:000\$000, só chegará ao preço de 20:000\$000 na hasta publica, sempre que souber que pesam sobre o predio impostos na importancia de 10:000\$000. Quem perde afinal, é o credor hypothecario, que desse modo fica em segundo lugar, em classe inferior. E' um absurdo inconcebivel. Admitida a prelação do credor hypothecario, que só por outra tentativa de sophisma póde ser posta em duvida, a consequencia inevitavel é ser pago o fisco, só quando ha sobras depois de paga a divida hypothecaria.

\* \* \*

Os credores hypothecarios que têm hypothecas inscriptas antes das dividas fiscaes, antes de começar o devedor hypothecario a dever impostos á fazenda publica, federal, estadual, ou municipal, devem ser pagos de preferencia, tendo a fazenda publica direito unicamente ás sobras. E' o que preceitúa o direito patrio.

DR. PEDRO LESSA.

