Ha colisão entre os arts. 847 e 1.555 do Código Civil?

DR. JOSE' VICTOR

A jurisprudência dos tribunais não tem sido uniforme sobre o entendimento dos dois dispositivos supra da lei civil, no sentido de ser admitida ou não a decretação da nulidade do contrato hipotecário mediante discussão, fraude ou falsidade da dívida, quando instaurado o concurso de preferência motivado pela insolvência do devedor.

Pretendem alguns julgados que o artigo 847, havia estabelecido uma regra especial operante de modo absoluto, em virtude da qual os credores quirografários e os por hipoteca não escrita, só poderão invalidar a primeira hipoteca por via de ação ordinária.

A controvérsia vem, desde alguns anos, sem ter uma solução definitiva.

Parece-me, entretanto, que a interpretação dos referidos textos não oferece grandes dificuldades para se chegar à conclusão razoável de que a melhor doutrina será a de permitir que, no caso de insolvência do devedor, a hipoteca seja anulada em concurso de credores, quer a impugnação se dirija contra vícios de direito real de garantia, quer contra vícios da obrigação principal e do respectivo contrato, conforme o judicioso parecer do eminente jurista Eduardo Spinola, publicado na Revista de Direito, vol. 69, página 220.

Seria inadmissível que o Código Civil, depois de longa elaboração, recebendo as luzes científicas das maiores sumidades jurídicas de seu tempo, fosse integrado como lei, ou direito comum, para todo o país, com dispositivos antagônicos que pudessem produzir confusão, deixando dúvidas sobre a vontade do legislador que o decretou.

O art. 847, como se vê do seu contexto, trata dos casos comuns, em que, sem concorrência se pretenda anular a primeira hipoteca, devidamente inscrita, o que só por ação ordinária poderá ser intenado, atendendo-se a efeitos da prioridade do respectivo registro, uma vez que o seu teor, pela publicidade decorrente da inscrição, presume exprimir a verdade por não ter sido cancelado mediante reclamação, em tempo oportuno, de qualquer prejudicado.

A regra do art. 847, vem assegurar a hipoteca os meios de evitar a execução do bem garantido pelo seu contrato, por outros credores sem iguais garantias.

Sem isso a hipoteca perderia a sua virtude de direito real amparado pela garantia da sequela atribuída eficazmente ao credor para que este pudesse promover a execução do imóvel gavado, quando este fosse pertencer a outrem por alienação indebita?

Não assim acontece quando o devedor se torna insolvente ou venha a faltar, havendo, nesta hipoteca, uma situação especial que deve ser regulada em matéria civil pelo preceito do art. 1.555 do mencionado Código.

Esta exceção se justifica, porque, no concurso de credores, a discussão, sobre nulidade, simulação, fraude ou falsidade das dívidas ou contratos, assume a forma de um interesse geral, tornando-se ampla a indagação sobre fatos de ordem publica, atendendo-se ainda, que em tal situação a lei permite, sem distinção de categoria de créditos, o ataque à invalidade de todas as obrigações viciadas com o intuito de gerar situações ilégítimas.

A respeito se expressa sobre o assunto o grande mestre Clovis Bevilacqua:

"No concurso de preferência, os direitos reais não escapam à arguição de nulidade e dos vícios declarados neste artigo.

E' claro que se a discussão pode versar entre os credores, não só sobre a pre-
ferencia dos seus títulos, como também sobre a nulidade, simulação, fraude ou falsidade das divisas e contratos em geral, seria inócua essa polemica judicial se não tivesse como consequência a invalidade das obrigações comprovadamente viciadas.

Para dissipar a controversia existente nas decisões sobre o assunto em apreço, especialmente nos tribunais de S. Paulo e de Minas, basta fazer um confronto entre os arts. 821, 823 e o art. 1555 regulador dos casos especiais em que a hipoteca pode ser anulada sem se tornar necessária a ação ordinaria.

Com efeito, no art. 821 se estabelece a igualdade de direitos entre credores sobre a remissão da divida quando em concurso ou em falencia.

O art. 823 serve de esclarecimento completo à inteligencia do art. 1555, porque proclama textualmente, que, sem necessidade de ação ordinaria "são nulas, em benefício da massa, as hipotecas celebradas, em garantia de debites anteriores, nos 40 dias precedentes à declaração da quebra ou à instauração do concurso de preferência".

Em face de tão terminante inciso desaparece a prendida invulnerabilidade absoluta do art. 847, para se admitir, como boa doutrina, que, no concurso de preferência, a hipoteca, como na falencia, pode ser destruida por sentença fundamentada nas nullidades decorrentes dos vícios referidos no citado artigo 1555.

Não se argumente que entre os dois artigos há uma disposição especial e uma disposição geral em conflito, pois isto será uma mera suposição desde que se faça uma apreciação exata e completa dos textos discutidos, e se tenha em vista o sentirimento da lei em sua alta finalidade defensora dos princípios intangíveis do direito e da justiça.