

Sumário (adicionado ao documento original)

Consulta

Parecer [reprodução dos itens constantes do tópico Parecer]

1.0 - Novação

2.0 - Estipulações dos Contratos Firmados pela Consulente

3.0 - Possíveis Interpretações dos Contratos

4.0 - Invalidade de Hipoteca Única em Garantia de Diversos Créditos

5.0 - Interpretação Compatível com o Instituto da Hipoteca

Respostas aos Quesitos

PARECER JURÍDICO

Confissão de dívidas a diversos credores com constituição de garantia hipotecária. Novação.

CONSULTA

A ALPHA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A. ("Consulente") assim expõe os fatos relativos à consulta:

1. A Consulente explora indústria de produtos plásticos e exportava praticamente toda a sua produção quando foi obrigada a impetrar concordata preventiva; e com o fim de desistir da concordata e recuperar seus níveis normais de atividade, propôs aos credores quirografários o reescalonamento das dívidas com constituição de hipoteca, caução, penhor ou alienação fiduciária sobre todos os seus bens.

Os credores eram xxx bancos em funcionamento no País, sendo que o Banco do Brasil S.A., além de credor por operações comerciais, era, através da Carteira de Comércio Exterior - CACEX, credor na qualidade de gestor do Fundo de Financiamento à Exportação (FINEX), com recursos da União Federal (arts. 60 e 61 da Lei nº 5.025, de 10.06.1966).

2. A proposta foi aceita pelos credores, que firmaram com a Consulente, em 29.0A.198X, "Instrumento Particular de Confissão e Assunção de Dívidas, e Promessa de Hipoteca e Outras Avenças", no qual a Consulente confessou dever os valores especificados no Anexo 2 e se obrigou a pagar a

dívida em quatro prestações anuais acrescidas de juros, a constituir as garantias sobre os bens relacionados no Anexo 3 e a outras prestações. Esse Instrumento sofreu pequenas retificações em aditamento datado de 15.0B.198X.

3. Por Escritura Pública de Constituição de Ônus Hipotecário de 23.0C.198X, a Consulente constituiu hipoteca sobre diversos imóveis em garantia do saldo devedor total reconhecido e confessado no Instrumento de 29.0A.198X, com indicação da porcentagem de cada banco na dívida garantida. Essa escritura foi aditada e rerratificada por duas outras:

a) uma, de 08.0D.198X, em que foram constituídas alienação fiduciária, caução de ações e quotas e hipoteca de outros imóveis; e

b) outra, de 27.0E.198X, intitulada "Escritura de Segundo Aditivo a Instrumento Particular de Confissão e Assunção de Dívidas, e Promessa de Hipoteca e Outras Avenças", na qual foram ajustados novos prazos de pagamento da dívida, foi facultada à Consulente vender, com prévia autorização dos credores, bens imóveis não operacionais (destinando-se parte do valor realizado à liquidação da dívida e parte à formação de capital de giro da Consulente), estabelecidas novas taxas de juros e facultado à Consulente efetuar o pagamento da última parcela através de emissão de partes beneficiárias, para subscrição pelos credores na proporção de seus créditos.

4. Parte da dívida confessada pela Consulente foi por ela paga com o produto da venda de bens, e em 199X o Ministério da Fazenda promoveu a cobrança da dívida para com a CACEX, originária de letras de câmbio sacadas pela Consulente contra empresas estrangeiras importadoras dos seus produtos, endossadas à CACEX e não pagas pelas empresas sacadas, cujo valor correspondia a 20,9885% do total da dívida confessada pela Consulente no Instrumento de 29.0A.198X.

Ao remeter para a Secretaria do Tesouro Nacional toda a documentação relativa às operações da Consulente, a GECEX - Gerência de Comércio Exterior, informou em Ofício de 00.0F.199X: "entende nossa assessoria jurídica ter ocorrido a "novação" dos débitos da titular junto ao FINEX".

5. O processo administrativo do Ministério da Fazenda foi encaminhado à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, e por esta à Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado do Rio de Janeiro, que inscreveu a dívida na "Dívida Ativa", a princípio como dívida tributária e, posteriormente, com fundamento nas letras de câmbio endossadas à CACEX.

Com base nessa inscrição na "Dívida Ativa", a Procuradoria da Fazenda Nacional promove execução contra a Consulente.

6. A consulta é acompanhada de cópias dos documentos nela citados.

CONSULTA

A Consulente formula os seguintes quesitos:

1º) Os instrumentos contratuais citados configuram novação das dívidas confessadas pela Consulente no Instrumento de 29.0A.198X?

2º) É válida a inscrição na Dívida Ativa das obrigações nascidas das letras de câmbio, cujo valor integrou o total da dívida confessada pela Consulente no Instrumento de 29.0A.198X?

PARECER

1.0 - Novação

Para fundamentar a resposta aos quesitos da consulta começamos por destacar alguns aspectos do conceito de novação -- modo de extinção da obrigação mediante constituição de outra, que a substitui, formado a partir do artigo 999 do Código Civil, do seguinte teor:

"Dá-se a novação:

I - Quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior;

II - Quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - Quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este."

Explicando o conceito, observa CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ("Instituições de Direito Civil", Forense, Rio de Janeiro, 1986, 8ª Ed., vol. II, p. 159):

"Diz-se, então, que a novação pode ser *objetiva* ou *subjetiva* e a isto se reduzem os três casos mencionados na lei. É *objetiva* quando entre as mesmas partes a *obligatio* sofre uma alteração quantitativa, qualitativa ou causal, modificando-se a prestação, sem substituição dos sujeitos: é *subjetiva* quando, sendo o mesmo o objeto, há substituição de um dos sujeitos da relação obrigacional. E acrescentamos que, se se conjugam a alteração *subjetiva* e a *objetiva*, teremos uma figura de novação *subjetivo-objetiva*, inteiramente aceitável."

2. A novação pressupõe o consentimento dos sujeitos da relação obrigacional, e o artigo 1.000 do Código Civil dispõe que "não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira".

O ânimo de novar é requisito suficiente para que exista novação: se as partes declaram expressamente a intenção de novar, a nova obrigação substitui a anterior, que se extingue, independentemente da modificação dos elementos da obrigação extinta. Como ressalta JOSÉ SORIANO DE SOUZA NETO ("Da Novação", Saraiva & Cia., 1937, 2ª Ed., p. 135):

"Portanto, no caso de declaração expressa das partes de quererem novar, dá-se, evidentemente, novação, ainda que nenhuma diferença exista entre ambas as obrigações."

Na falta de declaração expressa, o ânimo de novar pode ser inferido da interpretação do negócio jurídico. Como ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (ob. cit., p. 158):

"Na ausência, porém, de menção específica, deve ser apurado se o conjunto de circunstâncias autoriza afirmar se se configura implicitamente, porém de maneira inequívoca. Quer isto dizer que nunca se presume a novação, pois o contrário dissonaria da sua natureza extintiva do vínculo, devendo resultar sempre da vontade das partes. O que se faculta é, tão somente, na apuração desta vontade, aceitar-se, a par da declaração

explícita, a claramente dedutível dos termos da nova. Na prática há dificuldade, às vezes, no verificar se ocorre efetivamente novação, ou se se verifica a criação de outra obrigação, sem o propósito de novar. Reconhecendo-o, os doutores apontam um critério altamente prestimoso, no esclarecimento das dúvidas. É o da incompatibilidade. Há novação, quando a segunda obrigação é incompatível com a primeira, isto é, quando a vontade das partes milita no sentido de que a criação da segunda resultou na extinção da primeira."

3. Há negócios, todavia, em que as modificações na obrigação existente implicam, necessariamente, novação, como explica JOSÉ SORIANO DE SOUZA NETO (ob. cit., p. 135-7):

"44. Há mudanças que, por si sós, operam, virtual e necessariamente, novação, isto é, *constituem*, em si e por si, *animus novandi tacito*."

"Essas mudanças podem recair sobre o objeto, a natureza ou a causa jurídica da obrigação. A mudança do objeto, da natureza, ou da causa jurídica, atingindo a substância da obrigação, e demonstrando que se não trata de uma simples modificação da anterior, produz, necessariamente, novação, reserva feita, quanto à mudança de causa, no caso de promessa abstracta, como veremos mais adiante."

"Há, p.ex., novação por mudança de objeto se alguém, devendo uma certa quantia em dinheiro, promete ao seu credor, em substituição a ela, um semovente, um imóvel, ou mercadorias, ou vice-versa.

Dá-se novação por mudança na natureza da obrigação, quando, p. ex., uma obrigação pura e simples é substituída por uma obrigação alternativa ou vice-versa."

4. A novação ocorre ainda que as partes no negócio a neguem, ou afirmem que não têm intenção de novar, se essa declaração é incompatível com a natureza do ato. É o que explica F. LAURENT ("Principii di Diritto Civile", Società Editrice Libraire, Milano, 1910-1922, v. XVIII, p. 218-9):

"Suponhamos agora que as partes introduzam na obrigação original uma modificação que importe novação por si mesma, como ao substituírem o objeto do débito novo; podem declarar que não ocorreu novação? POTHIER o nega, e com toda a razão. Quando se diz que as partes são livres para estipular as convenções que desejam, supõe-se que essa vontade

seja legalmente possível. Ora, se fazem uma convenção de que resulta novação, não podem certamente convencionar que esta não ocorreu, porque seria contraditório, tal como se dissessem: queremos novar e não novamos. É o caso de aplicar a velha máxima jurídica de que as declarações contrárias ao ato não têm qualquer eficácia. Se eu contrato uma venda, por mais que me esforce em declarar que não quero vender, o negócio por mim estipulado será sempre uma venda. Do mesmo modo, no momento em que um débito puro e simples é substituído por um débito condicional, de nada adianta dizer que não tenho intenção de novar: a novação se efetuará de qualquer modo, porque a convenção por mim ajustada é uma novação e é inútil sustentar o contrário. (...)

Aqui há uma outra dificuldade. Toda novação supõe vontade de novar. Para que exista novação objetiva, se requer, portanto, que as partes tenham tido a intenção de extinguir o primeiro débito e substituí-lo pelo segundo. Mas é necessário considerar o caso em que o juiz é chamado a examinar a vontade das partes contratantes. Se, como supusemos há pouco, o novo débito tem objeto diferente, é necessariamente distinto do primeiro, e a não ser que se sustente que há dois débitos, é preciso concluir que há novação. A vontade de novar não pode ser posta em dúvida porque a lei literalmente estabelece que há novação quando um novo débito substitui o antigo, que fica extinto. Por isso, desde que haja um débito novo, há intenção de novar, e o juiz não poderia decidir pela inexistência da novação porque as partes não tiveram vontade de novar, porque tal decisão seria contrária à lei, tal como o é a declaração das partes que, embora efetuando a novação, declaram não querer novar."

JOSÉ SORIANO DE SOUZA NETO (ob. cit., p. 181-2) assim explica, com maior ênfase, a inocuidade da declaração da intenção de não novar por quem pratica ato que constitui necessariamente novação:

"Pode parecer, à primeira vista, que o afirmado no texto está em flagrante contradição com o princípio fundamental, por nós sustentado, de que a novação moderna é uma questão de vontade. Essa primeira impressão, resultado de um exame superficial, desaparecerá logo que se aprofunde o estudo do assunto. Antes de tudo, é engano supor que, no caso, fazemos abstração da vontade dos contratantes; ao contrário, procuramos fixar a sua verdadeira vontade. De feito, o que se nos depara, aqui, é um choque na manifestação da vontade das partes: de um lado, operando uma substituição de obrigações que importa, em si e por si, evidente, real e flagrante novação, manifestam elas, com uma realidade e uma objetividade

gritantes, o seu *animus novandi*; de outro lado, com uma pura declaração verbal de que não fazem novação, contrapõem-se àquela manifestação da vontade de caráter real, objetivo, expressa no fato. É como si se dissesse (para empregar as palavras dos civilistas franceses) "Eu novo e eu não novo". Diz-se "Eu novo", com realizar um ato, que é uma novação evidente, real, flagrante; diz-se "Eu não novo", com declarar, simplesmente, através de vãs palavras, que se não nova. Ora, dessa contradição, desse choque entre o ato, o fato, na sua materialidade, na sua realidade, na sua objetividade e na sua evidência, e as meras palavras, ocas, vazias, resulta, claramente, a mentira e falsidade destas! Si descermos da espera jurídica, onde se situa a questão da novação, e penetrarmos no domínio prosaico dos fatos indiferentes ao direito, sem significação jurídica, a demonstração da superioridade e da vitória do ato ou fato sobre a palavra no seu conflito como manifestação da vontade, tomará uma forma, que, pelo seu relevo, simplicidade e clareza, se imporá, impressionante e esmagadoramente, à inteligência mais obtusa e à mais fechada compreensão. Por ex.: A, ao mesmo tempo que saboreia um charuto, ou bebe um copo d'agua, declara: "Eu não fumo; eu não bebo água". Que é que manifesta, revela, real e verdadeiramente, a vontade de A -- o ato, que ele pratica, ou as palavras, com que, inocuamente, inutilmente, nega e contesta o próprio ato praticado? Reconhecer e proclamar a superioridade do ato, como manifestação da vontade daquele que o pratica, será, porventura, recusar o valor da vontade? Absolutamente, não. Assim, pois, quando, no texto, escrevemos que "Si, por acaso, as partes realizando uma novação evidente, real, flagrante, declararem, entretanto, que não fazem novação, isto não impede que ela se opere"... não abandonamos o princípio do predomínio da vontade no domínio jurídico da novação, senão, ao revés, o mantemos, e, nele estribados, mostramos onde se acha manifestada a real e verdadeira vontade das partes contratantes."

2.0 - Estipulações dos Contratos Firmados Pela Consulente

5. Analisemos agora as estipulações constantes dos instrumentos firmados pela Consulente que interessam à resposta à consulta.

No "Instrumento Particular de Confissão e Assunção de Dívidas, e Promessa de Hipoteca e Outras Avenças", datado de 29.0A.198X, contém a seguinte declaração:

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

"1.1 - A DEVEDORA confessa dever aos CREDORES os valores especificados no Anexo 2, que faz parte integrante deste Instrumento."

O Anexo 2 é uma relação de 50 dívidas, com indicação -- em relação a cada uma -- do nome do banco credor, do valor em cruzados de 29.0A.198X, e do total dessas dívidas e da porcentagem que cada uma representa nesse total. Não há qualquer dado sobre os negócios jurídicos que deram origem às dívidas; segundo nos foi informado, o montante do saldo devido a diversos bancos já constituía soma de dívidas originárias de diferentes negócios, e a notificação enviada pelo Banco do Brasil à Consulente em 00.00.199X indica que a dívida da Consulente para com a Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S.A., decorrente de exportações financiadas com recursos do Fundo de Financiamento à Exportação - FINEX, resultava da soma dos valores de 141 títulos de crédito denominados em dólar norte-americano.

6. O Instrumento de 29.0A.198X continha ainda as seguintes estipulações:

"3.1 - Sem intenção de novar, as partes ajustam que o pagamento será efetuado em 04 (quatro) parcelas iguais, em 30.03.8X, 30.07.8X, 30.12.8X e 30.07.8X."

"4 - DA SOLIDARIEDADE ATIVA.

Os CREDORES são solidários e indicarão um deles como representante, junto às demais partes." (grifos aditados).

Embora o Instrumento seja de "Confissão de Dívidas" e na Cláusula 1.1, acima transcrita, a Consulente confesse "dever aos credores os valores especificados no Anexo 2", os títulos das Cláusulas 1, 2, 3 e 11 referem-se à "dívida", no singular ("Da Confissão da Dívida", "Da Forma de Pagamento Da Dívida" e "Do Vencimento Antecipado Da Dívida").

Com base nessas cláusulas -- e sem levar em consideração outros fatos ou informações -- a leitura do Instrumento autoriza duas conclusões:

a) não obstante vários dispositivos do contrato se referirem a uma "dívida", no singular, e o Anexo 2 relacionar os créditos de cada credor com indicação do total e da porcentagem de cada um nesse total, a declaração

expressa de não haver intenção de novar exclui a hipótese de novação: as partes não teriam pretendido criar nova relação obrigacional que substituísse os créditos relacionados no Anexo 2, que continuariam regidos pelos instrumentos de que se originavam;

b) os credores não se tornaram solidários em uma nova obrigação, e sim nas obrigações existentes, o que implicou -- necessariamente -- permuta de quotas-partes ideais dos créditos listados: cada credor teria cedido aos demais quotas-partes do seu crédito nas porcentagens indicadas no Anexo 2 e recebido, em permuta, quotas-partes nos créditos dos demais credores, em porcentagem igual à relação entre o seu crédito e o total dos créditos.

7. Cabe, todavia, verificar se os instrumentos que posteriormente aditaram, alteraram e ratificaram o de 29.0A.198X, ou outros fatos ou manifestações das partes contratantes, confirmam ou invalidam essas conclusões.

A Escritura Pública de Constituição de ônus Hipotecário", de 27.0E.198X, contém as seguintes cláusulas:

"1 - Em 29.0A.198X, firmou-se Contrato de Confissão de Dívida, aditado por outro, onde a ALPHA confessou dever aos CREDITORES quantias decorrentes de empréstimos obtidos e ajustou a concessão de garantias para os respectivos saldos devedores, estipulando nova forma de resgate da dívida confessada."

"3 - A ALPHA e os ASSUNTORES declaram que o saldo devedor total reconhecido e confessado no referido Contrato de Confissão de Dívida, em 29.0A.198X, monta a Cz\$ 9.323.569.556,78 (...)."

"4 - Em garantia do pagamento da dívida acima referida, a ALPHA dá em hipoteca de primeiro (1º) grau, aos CREDITORES "in solidum", o(s) imóvel(eis) supra descrito(s), na seguinte proporção:" (segue-se a relação de todos os bancos com a porcentagem atribuída a cada um) (grifos aditados)

8. Essa escritura foi aditada e rerratificada por outra, de 08.0G.198X, no qual declarou-se:

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

"1 - Dando cumprimento ao acordo de 29.0A.198X, aditado em 15.0B.198X, foram constituídos ônus reais em favor dos CREDORES, em garantia de dívida confessada pela ALPHA e pelos ASSUNTORES, através dos Contratos datados de 27.0E.198X, como se segue (...)."

"4 - Que, assim retificadas as escrituras de 23.0C.198X, mencionadas no item "1.4" deste instrumento, tal como acima expresso, as partes ratificam todos os demais atos, declarações, garantias constituídas em favor dos CREDORES, para todos os fins de direito, de forma que, juntos possam produzir os devidos efeitos jurídicos desde 23.0C.198X." (grifos aditados)

9. Em 29.07.88, as partes firmaram Escritura de Segundo Aditivo, com as seguintes estipulações:

"E pelas partes contratantes (...) me foi dito que, por solicitação da ALPHA, ajustaram, de comum acordo, aditar, retificar e ratificar o "Instrumento Particular de Confissão e Assunção de Dívidas, e Promessa de Hipoteca e Outras Avenças" por elas celebrado em 29.0A.198X, aditado em 15.0B.198X, e os pactos deles decorrentes, como se seguem: Cláusula 1ª - Ficam aditados os instrumentos aludidos, para tornar certo que: 1.1 - O resgate da dívida reconhecida e confessada dever pela ALPHA, (...) será por ela promovido da seguinte forma:" (segue-se a enumeração de pagamentos no ato e em prestações, a autorização para venda de imóveis, parte para pagamento da dívida e parte para assegurar-lhe capital de giro).

"1

"1.1.6 - Os valores recebidos, conforme mencionado nos subitens acima, serão rateados entre os CREDORES, na proporção de seus créditos no total da dívida confessada pela ALPHA, conforme fixado no ANEXO 2 do "Instrumento Particular de Confissão e Assunção de Dívidas e Promessa de Hipoteca e Outras Avenças" reproduzida nos pactos dele decorrentes, exceto os valores referidos em 1.1.4, que caberão única e exclusivamente à CACEX, como pagamento do saldo de seu crédito." (grifos aditados)

10. Os trechos transcritos mostram que:

a) na escritura de constituição de ônus hipotecário, de 23.0C.198X, embora a cláusula 1 declare que, segundo o contrato de 29.0A.198X, "a ALPHA confessou dever aos credores quantias decorrentes de empréstimos obtidos e ajustou a concessão de garantias para os respectivos saldos

devedores", a cláusula 3 refere-se ao montante do "saldo devedor total", e a cláusula 4 constitui hipoteca de primeiro grau "em garantia do pagamento da dívida acima referida" (isto é, do total da dívida), e declara-se que essa hipoteca é dada aos credores "in solidum", nas proporções de cada um na dívida garantida;

b) as duas escrituras -- de aditamento e ratificação -- também se referem à dívida reconhecida e confessada como se fora uma única dívida;

c) a escritura de segundo aditivo estabelece que os valores pagos pela Consulente "serão rateados entre os credores, na proporção de seus créditos no total da dívida confessada", "exceto os valores referidos em 1.1.4, que caberão única e exclusivamente à CACEX, como pagamento do saldo de seu crédito";

d) essa mesma escritura modifica em parte o objeto da dívida garantida ao transformá-la em obrigação alternativa de pagamento em moeda ou em partes beneficiárias de emissão da Consulente.

3.0 - Possíveis interpretações dos Contratos

11. À primeira vista, essas estipulações permitem duas interpretações diferentes:

1^a) a hipoteca foi constituída em garantia das mais de duzentas obrigações distintas reconhecidas no instrumento de 29.0A.198X, e todos os bancos se tornaram credores solidários em cada uma dessas obrigações, nas proporções de seus créditos no total; essa interpretação nega que as dívidas reconhecidas tenham sido novadas;

2^a) a Consulente e os credores ajustaram a unificação dos seus créditos, e como a unificação de obrigações em moedas e condições diferentes implica necessariamente criação de nova obrigação em substituição das então existentes, convencionaram implicitamente novação, passando a ser credores solidários da nova obrigação, nas proporções das dívidas extintas; e as hipotecas foram constituídas em garantia dessa nova obrigação.

4.0 - Invalidade de Hipoteca Única em Garantia de Diversos Créditos

12. Para definir qual dessas duas interpretações é procedente é necessário verificar se ambas são compatíveis com o instituto da hipoteca convencional que as partes contrataram, e essa perquirição conduz à conclusão da improcedência da primeira interpretação, porque hipoteca é direito real de garantia que, por sua natureza, é acessório de uma obrigação, e o mesmo direito de garantia não pode ser acessório de dois ou mais direitos principais: é incompatível com o regime da hipoteca a interpretação de que um único direito real de hipoteca grava diversos bens em garantia de duas centenas de créditos com credores, moedas de pagamento e condições diferentes. É o que ensina PONTES DE MIRANDA ("Tratado de Direito Privado", Borsoi, Rio de Janeiro, 1955, t. V, § 575, p. 277):

"Há direitos acessórios a um só direito (fiança e penhor ao mesmo crédito; duas ou mais hipotecas em garantia do mesmo crédito; duas ou mais fianças ao mesmo crédito). Porém o direito não pode ser acessório a dois ou mais créditos principais, salvo no caso de dois ou mais créditos, cujo título é um só. Se foi feita uma só hipoteca para dois ou mais créditos da mesma pessoa contra o mesmo devedor, têm-se a todos os créditos como um só (universalidade objetiva de créditos); se não se pode conceber aos créditos como todo, *e.g.*, se uns são sob condição e outros não, há tantas hipotecas quanto as classes irreduzíveis de créditos. Não se concebe hipoteca única para pluralidade de créditos de diferentes pessoas credoras, solidárias ou não, nem para pluralidade de créditos contra diferentes devedores, solidários ou não: cada um pode ter as suas exceções." (grifos aditados)

13. A mesma opinião foi manifestada pelo Ministro OROZIMBO NONATO em parecer datado de 22.07.1971, não publicado, respondendo a consulta da Companhia Brasileira Minerações Brasileiras Reunidas S.A. (MBR) sobre a validade, de acordo com a lei brasileira, de vínculo hipotecário único em garantia de duas obrigações distintas em termos de títulos, credores, moeda de pagamento, prazos, juros e outras condições, mesmo prevendo o instrumento de hipoteca que cada dívida venceria antecipadamente no caso de inadimplemento da outra. Depois de demonstrar, com citações de doutrina, o entendimento pacífico sobre a natureza acessória da hipoteca, conclui:

"Assim, em princípio, em se tratando de dívidas distintas, distintas devem ser as hipotecas, que lhes são acessórias, como garantias.

Mas, se se trata de dívidas conjuntas, unificadas, tornando os titulares co-credores, não me parece que possa remanescer qualquer dúvida quanto à possibilidade versada.

E a conjunção de duas dívidas, embora de origem diversa, pode derivar da vontade das partes, tornando-se uma dívida única com dois ou mais titulares.

.....

E é certo que se cada um dos empréstimos se regula por instrumento autônomo e próprio, com moedas estrangeiras diversas e condições diferentes, as duas dívidas não se unificam.

Assim, a resposta à primeira série de quesitos é, de minha parte, afirmativa, unificadas, porém, as dívidas pelos credores, configurando-se, então, caso de uma só dívida de que são co-titulares dois credores."

14. No Parecer citado, OROZIMBO NONATO considera ilegal o vínculo hipotecário em garantia de duas obrigações distintas contestando, com os seguintes fundamentos, a alegação de que o princípio da liberdade de contratar autorizaria o negócio:

"Por outro lado, nem toda norma de direito privado pertence ao ius permissivum."

"Muitas integram o ius cogens, de aplicação sobranceira à vontade das partes. E a elas pertencem as regras básicas dos institutos, no magistério de Dernburg, segundo Espinola, "Sistema do Direito Civil Brasileiro", 1ª ed., v. 1º, p. 84."

.....

"Na noção de contrato nulo, entra aquele em que se não guardam as leis imperativas (vide ORLANDO GOMES, "Contratos", pp. 178 e sgs., nº 119). E, a esta luz, se pode considerar, como o faz o ORLANDO GOMES, ao lado do contrato proibido (contra a ordem pública e os bons costumes) o contrato ilegal (contra qualquer lei imperativa e perfeita)."

.....
“Quando, porém, o ato entra em chачas com a lei perfeita, torna-se anulável ou nulo (v. VICENTE RÁO, "O Direito e a Vida dos Direitos", v. I, nº 215, p. 342).

As objeções suscitadas contra as convenções planejadas dirigem-se contra a sua legalidade, por entrarem tais convenções em chачas contra antessupostos inarredáveis da hipoteca, contra leis inatingíveis pela vontade dos particulares."

15. Confirmam a opinião de PONTES DE MIRANDA e OROZIMBO NONATO sobre a ilegalidade da hipoteca constituída em garantia de diferentes créditos de diversos credores, a não ser que sejam unificados em um único crédito:

I - a redação do Código Civil, que:

a) dispõe que os contratos de hipoteca declararão, sob pena de não valerem contra terceiros, "o total da dívida, ou sua estimação (art. 761), e não contém qualquer dispositivo compatível com um único vínculo hipotecário em garantia de diferentes créditos;

b) somente admite a constituição de outra hipoteca sobre o imóvel hipotecado, em favor do mesmo ou de outro credor, mediante novo título (art. 812);

c) veda a inscrição no mesmo dia de duas hipotecas sobre o mesmo imóvel em favor de pessoas diversas, salvo se determinando precisamente a hora em que lavrou cada uma das escrituras (art. 886);

II - as seguintes obras que expõem o direito hipotecário brasileiro, que não se referem, sequer, à hipótese de uma hipoteca em garantia de crédito distintos:

a) CLÓVIS BEVILÁQUIA, "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado", Francisco Alves, 1955, vol. III;

b) LAFFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, "Direito das Coisas", Freitas Bastos, 6ª Ed., 1956;

c) AFFONSO FRAGA, "Direitos Reais de Garantia - Penhor, Antichrese e Hypotheca", Saraiva, 1933;

d) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "Instituições de Direito Civil", vol. IV - Direitos Reais, Forense, 1974;

e) OSWALDO CÔRREA C. DOS SANTOS, "Do Contrato do Direito Hipotecário Brasileiro", Forense, 1958;

f) ORLANDO GOMES, "Direitos Reais", Forense, Rio de Janeiro, 7ª Ed., 1980;

g) J. M. DE AZEVEDO MARQUES, "A Hypotheca - Doutrina, Processo de Legislação", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1933, 3ª Ed.;

h) TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, "Hipoteca", AIDE editora, Rio de Janeiro, 1985;

i) DARCY BESSONE, "Direitos Reais", Saraiva, São Paulo, 1988;

l) SÍLVIO RODRIGUES, "Direito Civil", vol. V, Direito das Coisas, Saraiva, São Paulo, 1979;

m) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "Curso de Direito Civil", Direito das Coisas, Saraiva, São Paulo, 1961, 4ª Ed.;

n) TITO FULGÊNCIO, "Direito Real de Hipoteca", Forense, Rio de Janeiro, 1960.

III - os repositórios de jurisprudência e as revistas de direito mais conhecidas que não contêm nenhuma decisão judicial que aprecie a hipótese.

5.0 - Interpretação Compatível com o Instituto da Hipoteca

16. As escrituras firmadas pela Consulente com os bancos credores tiveram por objetivo constituir garantias reais sobre os bens do patrimônio da Consulente a favor dos seus credores, na proporção dos respectivos créditos, e ao se interpretar os instrumentos firmados para verificar se implicaram, ou não, criação de obrigação nova que tenha extinto as então

existentes, há de ser adotada aquela que seja compatível com a validade da hipoteca constituída, e não a que conduz à conclusão da invalidade da hipoteca.

Como demonstrado acima, embora seja certo que a novação pressupõe o ânimo de novar das partes contratantes, há negócios jurídicos que, por sua natureza, constituem novação. Nestes negócios, ainda que as partes declarem que não têm intenção de novar, essa declaração há de ser considerada inexistente, porque incompatível com o negócio ajustado, conforme opinam LAURENT e SORIANO NETO.

A hipoteca foi constituída pela Consulente a favor dos seus credores em garantia de uma única dívida, resultante do somatório de mais de duzentos créditos então existentes. A unificação das dívidas de um mesmo devedor para com diversos credores somente é possível mediante criação de nova obrigação, que extingue às anteriores. Ainda, portanto, que as partes tenham declarado no Instrumento de 29.0A.198X que não tinham intenção de novar, as escrituras de constituição de hipotecas novaram os créditos então existentes e não tem qualquer significação a declaração constante no Instrumento de 29.0A.198X.

6.0 - Interpretação das Partes Contratantes

17. A interpretação de que os instrumentos de constituição de hipoteca criaram obrigação nova, que extinguiu as então existentes, é confirmada pela seguinte manifestação posterior da GECEX - Gerência de Comércio Exterior do Banco do Brasil S.A., que ao remeter para a Secretaria do Tesouro Nacional toda a documentação relativa às operações da ALPHA, afirmou em Ofício de 00.0F.199X:

"3. Finalmente, consignamos que, com a assinatura do Contrato de Confissão e Assunção de Dívida entre a ALPHA e os bancos credores, inclusive o Banco do Brasil, entende nossa assessoria jurídica ter ocorrido a "novação" dos débitos da titular junto ao FINEX. Dessa forma, a dívida estaria lastreada pelo referido contrato e não mais pelas letras de câmbio, uma vez que extinguiu-se a primitiva obrigação e uma nova relação obrigacional foi constituída." (grifos aditados)

18. Essa manifestação é decisiva na interpretação dos contratos, por força dos seguintes dispositivos do Código Comercial:

"Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

.....

III - o fato dos contratantes, posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato de celebração do mesmo contrato."

RESPOSTAS AOS QUESITOS

Com esses fundamentos, assim respondemos aos quesitos formulados:

1º) A Escritura Pública de Constituição de Ônus Hipotecários, de 23.0C.198X, novou créditos listados no Anexo II do "Instrumento Particular de Confissão e Assunção de Dívida, e Promessa de Hipoteca em Outras Avenças", de 29.0A.198X: todas essas dívidas foram unificadas, substituídas por uma única e nova obrigação, cujos sujeitos ativos são os credores, nas porcentagens dos seus créditos anteriores, os quais se extinguíram por força da novação.

2º) As obrigações nascidas das letras de câmbio endossadas pela Consulente à CACEX extinguíram-se pela novação da escritura de 23.0C.198X. Por conseguinte, a inscrição na dívida ativa dessas obrigações é improcedente por basear-se em créditos extintos.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 06 de outubro de 1997

Esclarecimento: os anexos mencionados no Parecer não são juntados por serem longos e não terem relevância na hipótese da consulta.