

ANTICRESE

J. M. OTHON SIDOU

1. Dentre as superfluidades que o novo Código varreu da legislação civil pátria, bem poderia figurar, fazendo companhia ao dote, de direito familiar, a *anticrese*, instituto de direito real.

Eliminado não foi; razão porque, em respeito ao *habemus legem*, merece um comentário jurídico.

A anticrese é um contrato pelo qual o devedor ou um terceiro por ele cede ao credor a posse temporária de um imóvel, com autorização para perceber os frutos, a fim de imputá-los anualmente, seja sobre os interesses (juros) se lhe são devidos, seja sobre o montante da dívida.

É como, com ligeira variante de palavras, a definem Aubry et Rau, em seu *Cours de droit français*.¹

Teixeira de Freitas, na *Consolidação* (art. 767) explica: “A doutrina, e prática, restringem o *penhor propriamente dito* — aos objetos móveis. Quando os bens são imóveis, toma o nome de anticrese, se o devedor cede o gozo deles para compensação dos juros do dinheiro emprestado”. (Grifos do original)²

2. Somente na fase clássica do direito romano, assim mesmo de data mais recente, surgiu a anticrese, de abordagem superficial e espalhada por várias leis do *Digesto*, notadamente no Livro 20, tit. 1; e, segundo Planiol,³ ela é raramente mencionada nos velhos textos. Em geral (acrescentamos), fazendo companhia ao penhor e à hipoteca, principalmente em relação a essa.

Significativo, quanto à dependência da hipoteca, é observar a redação proposta por Coelho Rodrigues em seu Projeto de Código Civil Brasileiro, que, por Decreto de 15.7.1890, deveria servir de base à elaboração atribuída a Clóvis Bevilacqua: “Quando, nos termos do art. 1645 [posse e usufruto da hipoteca], o contrato hipotecário confere o usufruto da coisa ao credor, este ficará, pelo mesmo fato, investido dos direitos e sujeito às obrigações do usufrutuário”. Artigo *caput* do capítulo titulado “Da anticrese”.⁴

Com efeito, a diferença entre hipoteca e penhor está em que o penhor só recai sobre coisa móvel e a posse é transferida ao credor, enquanto a hipoteca só incide sobre coisa imóvel, que permanece na posse do devedor. Empregando menos palavras, a anticrese é uma hipoteca em virtude da qual o imóvel é administrado pelo credor, para ser reembolsado do quanto lhe é devido.

No velho direito, o fim característico da anticrese era a compensação da dívida pela recepção dos interesses e dos frutos. Se o crédito não produzisse juros e do imóvel cedido ressaltassem apenas frutos percebidos pelo credor, não se tratava de anticrese, senão do penhor comum, ou “propriamente dito”, como trata o nosso Freitas.

3. Doutrinadores de longo curso argüem que tal instituto não constitui um direito real, mas simplesmente obrigacional, alegando que não repousa na coisa mesma e sim nos frutos; argumento facilmente desmontável, considerando que os frutos e o imóvel constituem uma unidade. Inexistem frutos se não houver imóvel, tanto quanto só existe sombra se houver corpo opaco. Por envolver direito pessoal, o ajuste só pode perfazer-se por meio de contrato; mais precisamente ‘contrato real pelo efeito’, porque, vinculado embora a direito real (não pessoal), se traslada, tão somente pela forma, para o direito das obrigações (direito pessoal).

Por outro lado, divulga-se que, em direito romano, para fazer valer a anticrese não fora necessário pacto, tese ousada referida por Arangio-Ruiz,⁵ atribuindo-a ao jurista alemão Manigk, em obra de 1910.

4. Mesmo no direito romano, a anticrese já carregava a viltade de instrumento onzenário, robustecida na Idade Média sob a forte influência do Direito Canônico e das leis de usura. Na Idade Moderna, as Ordenações Filipinas (1603), no Liv. 4, tit. 67§ 4, permitiam a aplicação do penhor impropriamente dito entre o foreiro e o senhorio. Nos demais casos, vedava-o como “contrato usurário”.

Accarias⁶ procura desfazer essa coima, argumentando que, “expressa ou tácita, a anticrese não constitui um meio de iludir as leis relativas à usura, porque, se a renda do imóvel exceder aos juros legais, o que excede é imputado ao capital, e assim resulta de textos do *Digesto*.”

Como quer que seja, decadente nos séculos XVI e seguintes, e não somente por seu alegado descaminho para a usura, sim, principalmente, por deficiente praticidade sob o ponto de vista econômico, a anticrese foi figura restaurada em 1804 pelo Código Civil francês, que a dispõe nos arts. 2085 a 2091. Não aparecia no projeto, e havia mesmo o propósito de afastá-la de vez da legislação gaulesa, o que não foi efetuado por Partallis e seus coadjuutores,

sob a pupila sagaz de Napoleão, devido a apelos dos tribunais de Bordeaux, Lyon, Grenoble, entre outros.

Legislada embora, no Código e em ordenanças anteriores, a anticrese “é pouco empregada”, como acentua Baudry-Lacantinérie,⁷ por ser suplantada, em face dos inconvenientes para o credor anticrético, entre eles o de administrar por si o imóvel e receber os resultados, devolvendo ao devedor o que exceder aos juros, se o importe não for imputado ao capital.

Não por outro motivo, em seu anteprojeto oficial de 1963, Orlando Gomes⁸ suprimiu tal instituto, assim justificando: “A anticrese foi supressa porque garantia real que não se recomenda sob o ponto de vista econômico, em virtude de ser de sua essência e transferência do imóvel ao credor da obrigação principal. Por isso caiu em desuso, não se justificando, por conseguinte, sua permanência no Código”.

5. Contrariando os doutrinadores que afirmam o pouco arrimo à anticrese dentre os contratos de garantia, uma voz isolada surge em sua defesa: a dos mestres mexicanos Aguilar Gutierrez e Debrey Muro, da tradicional UNAM. Em seu livro *Panorama de la legislación civil de Mexico*⁹, acurada e valiosa contribuição ao direito comparado interno, assinalam eles que “a anticrese é um contrato que tem muita aplicação sobretudo nos meios rurais do país, onde os camponeses, em caso de dificuldade econômica, cedem suas terras em troca de dinheiro, “dando direito ao credor de utilizá-las por todo o ano agrícola e indefinidamente até a dívida ser paga”.

Seja como for, o desuso da anticrese patenteia-se na escassa ou nenhuma jurisprudência das cortes e na somática reserva de espaço que lhe é dedicado pela doutrina em seus tratados, em comparação com os institutos afins.

6. Apesar das autorizadas vozes sobre sua inoperância, a anticrese persiste legislada, entre outros e além do Código Napoleão já citado, nos estatutos civis, todos elaborados ou reformados no século XX, de Itália (arts. 1969-1964), Espanha (arts. 1884-1886), Argentina (arts. 3239-3261, a mais longa legislação da espécie), Chile (arts. 2435-2445), Panamá (arts. 1622-1625), Quebec (Canadá francês, art. 1967), Japão (arts. 356-261) e Peru (arts. 1090-1096), esse posto em vigor em 1984, e assim o mais novo antes do nosso, de 2002.

Quase a totalidade dessas leis emprega a denominação clássica, oriunda do grego e absorvida pelo latim. O Código de Portugal omite-a, mas recita no art. 656, sob a seção “Consignação de rendimento”, a referência a “certos imóveis sujeitos a registro”, e expressa que a “consignação de rendimentos pode garantir o cumprimento da obrigação e o pagamento dos juros, ou apenas o cumprimento da obrigação, ou só o pagamento dos juros”.

O *BGB*, alemão, dispõe o instituto em causa no § 1213, subtitulando-o *Nutzungspfand*, ou “fruição do penhor”.

O Código Civil da Suíça (atualizado até 2002) não se refere diretamente à anticrese, do mesmo modo como os congêneres da Grécia e do Japão, com a peculiaridade, quanto a esse, de subordinar a figura ao capítulo genérico sobre penhor, enquanto o outro a subordina à hipoteca.

No direito inglês, a anticrese corresponde ao *welsh mortgage*, que é a garantia de uma dívida constituída sobre um imóvel, com a diferença de que ao credor é transferida não só a posse mas também a propriedade, sob a condição resolutória de retorno ao devedor, depois da extinção do débito. No mecanismo, essa figura guarda semelhança com a retrovenda, daí ser amiúde preferida por essa.

7. Particularidades, embora algumas sejam óbvias na espécie, merecem ser anotadas na lista de preceitos civis citados.

Todos esses ordenamentos, a bem dizer, coincidem direta, ou indiretamente, caso do Brasil, quanto à prescrição de dez anos do contrato de anticrese. O Código italiano dispõe, no art. 1962, que, conquanto ele dure até que o credor seja inteiramente satisfeito, é vedada a anticrese superior àquele prazo. Nada diz sobre a renovação do contrato, como procede o Código nipônico (art. 360), subordinando tal renovação ao mesmo período decennial.

O mesmo Código italiano é claro ao prevenir que incumbe ao credor anticrético pagar os tributos e ônus do imóvel, ressalvando que pode liberar-se de tal obrigação em qualquer tempo, restituindo o imóvel ao devedor (art. 1961). Mais claro ainda é o Código chileno: devolver o imóvel a qualquer tempo, e perseguir o pagamento de seu crédito pelos outros meios legais.

É patente, embora esses códigos não o digam ou nem precisem dizer, que “em qualquer tempo”, expressão que empregam, equivalendo a uma quebra de contrato, exige motivação, que pode ser qualquer outra, menos a minguada do rendimento proporcionado pelo imóvel. Aliás, resultaria, com efeito, na nenhuma garantia oferecida pela anticrese.

O Código panamenho dispõe, no art. 1623, sobre a responsabilidade que recai sobre o credor anticrético, de pagar o tributo e demais encargos dessa natureza relativos ao imóvel, acrescentando os gastos necessários à sua conservação e reparação. Assim mesmo, seguindo o constante do similar do Chile (art. 2441), estatui que o credor não adquire a propriedade do imóvel anticrético por falta de pagamento de toda a dívida no prazo convencionado, nem goza de preferência sobre outros credores, se não a que lhe advier de concomitante contrato de hipoteca (art. 1625). Ambos esses estatutos, o chileno e o panamenho, são peremptórios: “Toda estipulação em contrário é nula”.

O México, por sua pluralidade de códigos civis estaduais, merece abordagem especial. Sua Constituição federal de 1928, sucessora da de 1884, suprimiu a menção à anticrese, constante da Carta revogada, por ser considerado pelo constituinte instituto “pouco usado”; tese contestada pelos mestres mexicanos citados. Vários Estados, entretanto, o mantêm, afastando-se do estatuto protótipo do Distrito Federal e Territórios. Dentre os que mantiveram a anticrese, o Código de Hidalgo admite cláusula contratual de quitação da dívida se ocorrer a prescrição de dez anos, autorizando o devedor a recuperar a posse, se o credor anticrético não ajuizar a penhora e não foi por ele adjudicado o imóvel.¹⁰

“Anticrese judicial” é denominação ímpar na legislação comparada e figurante no art. 2445 do Código chileno (atualizado até 1945), que a remete aos provimentos do estatuto processual. A anticrese judicial consiste na transmissão da posse, em juízo de execução, ao credor exequente na forma de arrendamento, para que possa por essa forma pagar-se de seu crédito. Em palavras muito mais simples, é a mesma anticrese que, em lugar de formalizada por contrato, é resultante de decisão judicial. A figura, parecidamente exótica, nada tem de exotismo, porque corresponde à ‘hipoteca legal’, assim denominada noutras legislações. No direito brasileiros, entremostra-se no atual Código Civil, art. 1490, prevenindo a substituição da hipoteca legal pelo oferecimento de caução de títulos públicos “ou por outra garantia, a critério do juiz e a requerimento do devedor”. A anticrese judicial do estatuto andino, guarda também relação com o inovado art. 1507 do ordenamento brasileiro, cujo § 2º trata da administração do imóvel anticrético e da impugnada prestação de contas anual, transformando-a judicialmente em arrendamento, com o valor mensal do aluguel fixado pelo juiz.

8. O vigente Código Civil pátrio ocupa-se do instituto em capítulo do Título X — “Do penhor, da hipoteca e da anticrese”, reservando a essa os arts. 1506 a 1510; todos, menos um, acompanhados, de parágrafos, o que torna a brasileira, também nesta matéria, uma das mais pormenorizadas da legislação universal.

Desdobrados esses quatro artigos, a anticrese guarda as características e peculiaridades, como a seguir:

I — incidência apenas sobre imóvel (art. 1506), sendo, portanto, um instituto autônomo no campo dos direitos reais sobre coisa alheia;

II — cessão do imóvel para proporcionar ao cessionário a percepção dos frutos e rendimentos, em compensação da dívida do cedente. (*id.*);

III — faculdade de estipulação contratual quanto à percepção, pelo credor, à conta de juros, sendo todavia imputado ao capital o que ultrapassar a taxa máxima permitida em lei para as operações financeiras (*id.*, § 1º);

IV — faculdade do devedor de hipotecar paralelamente o imóvel, tanto ao credor anticrético quanto a terceiros (*id.* § 2º);

V — obrigação do credor anticrético de apresentar balanço anual de sua administração (art. 1507);

VI — conversão judicial da anticrese em arrendamento, no caso de impugnação, por parte do devedor, quanto à infidelidade do balanço ou à administração ruínosa do credor anticrético, com aluguel fixado pelo juiz (*id.*, § 1º);

VII — faculdade do credor anticrético de arrendar o imóvel a terceiro, mantendo a retenção até ser liquidado seu crédito; salvo pacto proibitivo (*id.*, § 2);

VIII — responsabilidade do credor pela deterioração que, por culpa sua, o imóvel vier a apresentar (art. 1508);

IX — responsabilidade se, por negligência, deixar o credor de perceber os frutos e rendimentos do imóvel recebido em anticrese (*id.*);

X — faculdade assegurada ao credor de vindicar seus direitos contra o adquirente do imóvel gravado, os credores quirográficos e os hipotecários posteriores ao registro da anticrese (art. 1509);

XI — perda do direito de preferência sobre o preço, em hasta pública, se, rompendo o pacto, o credor anticrético executar judicialmente o devedor pela dívida, ou se permitir que outro credor a execute, sem opor seu direito de retenção (art. 1509 § 1º);

XII — privação da faculdade de preferência do credor anticrético sobre a indenização do seguro, nos casos de destruição do imóvel, ou com respeito à desapropriação (art. 1509 § 2º);

XIII — possibilidade do adquirente do imóvel gravado por anticrese de remir a dívida antes do vencimento, e de imitir-se em sua posse (art. 1510);

XIV — subordinação da validade do contrato à declaração, em registro público, com respeito ao valor do crédito ou sua estimação pelo valor máximo; o prazo; a taxa de juros, se houver; e a especificação do imóvel dado em garantia (art. 1424);

XV — implícita prescrição em dez anos do contrato anticrético, pois a lei não mais reconhece prazo maior, tal como dispõe o art. 205 do Código.

9. No que é básico, poucas inovações oferece o Código de 2002 comparado com o anterior.

Não figurava no estatuto primitivo a obrigatoriedade de balanço financeiro da administração do imóvel pelo credor anticrético, e obviamente a anualidade dessa prestação de contas, o que já era, e é, objeto do art. 2085 do Código Napoleão.

Omisso também no estatuto de 1916 era a possibilidade da remição da dívida antes do vencimento, pelo adquirente do imóvel gravado por anticrese, com a imissão na posse se for o caso, objeto do art. 1510, vigente.

O art. 1506, cabeça do capítulo “Da anticrese”, além de afastar-se da versão originária, que é redacionalmente correta, compromete o instituto em seu alvo material. Lê-se no § 2º: — “Quando a anticrese recair sobre bem imóvel (...)”. A partícula ‘quando’, nesta acepção, é condicional, equivalente a ‘se’, e como está deixa a impressão, errônea, de que a anticrese pode recair sobre outra coisa, que, no caso, só poderia ser coisa móvel, característica do penhor. O descuido redacional vem do Projeto de 1984 da câmara dos Deputados, e foi relevado por todas as instâncias parlamentares. Redação do Código Civil de 1916, art. 505 § 2º: “O imóvel hipotecado pode ser dado em anticrese”. Não atinamos o que levou à redação tornada lei. Em todo caso, um erro venial, tendo em conta a imprestância do instituto em que foi cometido.

O Código, tanto o revogado quando o vigente, não alude, como o faz o similar italiano, à responsabilidade do credor anticrético quanto à satisfação dos encargos incidentes sobre o imóvel; silencia também quanto aos gastos necessários a sua conservação. Com relação a esses gastos, a interpretação lógica conduz a que, se o credor responde pela deterioração por culpa sua (art. 1508), as despesas na conservação do imóvel anticrético são ônus do devedor, caso improvada culpa do credor, e assim podem ser imputadas ao principal devido.

O modo como se apresentava o art. 805 do Código revogado: — “É permitido estipular que os frutos e rendimentos do imóvel, na sua totalidade, sejam percebidos pelo credor *somente* à conta de juros” — sem nada mais prevenir, bem robustece o arcaico anátema de instrumento de usura increpado à anticrese. O texto vigente (art. 1506 § 1º) não apenas eliminou o metedicho advérbio, como também previne, o que é achado em quase todos os estatutos similares, que se os juros ultrapassarem a taxa máxima permitida em lei para as operações financeiras, o remanescente será imputado ao capital, como disposto no Projeto Clóvis nesse ponto mutilado pela Câmara.

10. De tudo o que, sobre a anticrese, foi exposto, procede a indagação: que caminho tomaria o devedor, proprietário de um imóvel — demitir-se de

sua posse ou mantê-la, e por si saldar a dívida? E que lado preferiria tomar o credor — ter garantido o crédito pelo imóvel (na posse de quem quer que seja, não importa) ou assumir-lhe a posse para pagar-se a si próprio e administrá-lo, arrostando os percalços e os enfados resultantes dessa administração? Num caso está a hipoteca; noutro, a anticrese. Eis aí um concurso eletivo nada equitativo.

NOTAS

1. Aubry et Rau. *Cours de droit Civil*. 5ª ed., pág. VII/ 284. Lib. Générale de Jurisprudence. Paris, 1920.

2. Teixeira de Freitas, Augusto. *Consolidação das Leis civis*. 3ª ed., pág. 471. Garnier. Rio de Janeiro, 1896.

3. Planiol, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*. 2ª ed., pág. II/ 751. Pichon. Paris, 1902.

4. Coelho Rodrigues, A. *Projeto de Código Civil Brasileiro*, pág. 214. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro, 1893.

A anticrese foi transplantada das Ordenações para o direito brasileiro pela Lei hipotecária de 1863.

5. Arangio-Ruiz, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Trad. da 10ª ed. italiana por José M. Caramés Ferro; pág. 295. Depalma. Buenos Aires, 1952.

6. Accarias, C. *Précis de Droit Romain*, 4ª ed., pág. I/741, n. 1. Pichon. Paris, 1866.

7. Baudry-Lacantinerie, G. *Précis de Droit civil*, 10ª ed., pág. XI/ 833. Recueil Sirey. Paris, 1908.

8. Gomes, Orlando. *Código Civil. Projeto* apresentado ao Ministro da Justiça, em 1963, pág. 75. Forense. Rio de Janeiro, 1985.

9. Auilar Gutierrez, Antonio — Derbez Muro, Julio. *Panorama de la Legislación civil de Mexico*, pág. 114. Instituto de Derecho Comparado. Imprenta Universitária. Mexico, 1960.

10. Consta de nosso estudo *Panorama actual del Derecho civil mexicano* (Sobretiro de la Rev de la Facultad de Derecho de UNAM, tomo XI, n.ºs 43-44, págs 809-850, Mexico, 1961): “O velho direito mexicano inclui, nesta matéria, uma disposição inspirada em alto sentido social, ao estabelecer que, quando o credor houvesse conservado o imóvel por mais de dez anos, presumia-se pago do interesse e do capital”. O disposto no citado Código do Estado de Hidalgo, curioso embora, não é uma inovação, porém a manutenção de uma tradição.