

**Insper Instituto de Ensino e Pesquisa  
LLM em Direito dos Contratos**

**Nancy Gombossy de Melo Franco**

**A HIPOTECA – UMA VISÃO PRÁTICA DA SUA  
APLICABILIDADE**

**São Paulo  
2012**

Nancy Gombossy de Melo Franco

## **A Hipoteca – Uma visão prática da sua aplicabilidade**

Monografia apresentada ao Curso de LLM em Direito dos Contratos do Insper - Instituto de Ensino e Pesquisa, como parte dos requisitos para a obtenção do título de pós graduação Lato Sensu em Direito.

Área de concentração: Direito dos Contratos  
Orientador: Prof. Daniel M. Boulos

**São Paulo  
2012**

Franco, Nancy Gombossy de Melo  
A Hipoteca – uma visão prática da sua aplicabilidade/  
Nancy Gombossy de Melo Franco; orientador: Daniel M.  
Boulos – São Paulo: Insper, 2012.  
132f

Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em direito dos  
Contratos – LLM). Área de concentração: Direito dos  
Contratos. Insper Instituto de Ensino e Pesquisa.

1. Hipoteca 2. Garantia Real 3. Direito Civil

# FOLHA DE APROVAÇÃO

Nancy Gombossy de Melo Franco  
A Hipoteca – Uma visão prática da sua aplicabilidade

Monografia apresentada ao Programa de LLM em Direito dos Contratos do Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, como requisito parcial para obtenção do título de pós graduação em Direito.

Área de concentração: Direito dos Contratos

Aprovado em: \_\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

## Banca Examinadora

Prof. Daniel Boulos  
Orientador

Instituição: Insper

Assinatura: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

***Dedico este trabalho ao André,  
meu querido marido,  
por estar sempre ao meu lado  
e por ser meu maior incentivador.***

***Agradeço ao Daniel, meu orientador,  
a todos os meus professores do Insper,  
pelo constante aprendizado e  
aos meus parceiros profissionais,  
Wallace, Lucas e Giordano.***



## RESUMO

FRANCO, Nancy Gombossy de Melo. Título da monografia: A Hipoteca – uma visão prática da sua aplicabilidade. São Paulo, 2012, 132f LLM em Direito dos Contratos. Insper Instituto de Ensino e Pesquisa.

Embora o índice proposto abaixo dirija o trabalho para um estudo geral sobre o tema, durante a exploração dos temas capitulados, o trabalho terá foco contemporâneo e prático, com conceitos doutrinários atuais, conjugado com análise de jurisprudência recente, em variadas situações fáticas.

O tema *Hipoteca – Uma visão Prática da sua Aplicabilidade* foi escolhido objetivando compilar, num único trabalho, as questões mais relevantes de direito material que envolvem a garantia real instituída sobre imóveis e bens equiparados, passando pelo seu conceito, origem, evolução, princípios, requisitos objetivos e subjetivos, modalidades, forma e formalização, efeitos, causas de extinção e transferência, que são objeto do primeiro capítulo.

Em seguida, no segundo capítulo, o estudo abrange temas mais controversos em relação à matéria, como a importância da garantia hipotecária na economia e no direito bancário, a excelente conjugação do instituto hipoteca com os títulos de crédito, por meio da instituição das chamadas cédulas com garantia hipotecária, o reflexo da insolvência, falência e do concurso especial de credores na garantia, a aplicabilidade da súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, a questão da insegurança da outorga da garantia hipotecária de imóveis rurais sem georreferenciamento e, por fim, uma crítica ao ainda moroso processo de execução da garantia, o que acaba por prejudicar a sua eficiência material, a despeito da evolução das ferramentas processuais, tal como o leilão judicial eletrônico, via Internet e com alcance nacional.

Palavras-chave: garantia, direito real, hipoteca, direito civil.

## ABSTRACT

FRANCO, Nancy Gombossy de Melo. Title of the paper: The Mortgage – a practical view of its uses. São Paulo, 2012, 132s, LLM in Contract Law. Insper Instituto de Ensino e Pesquisa.

Although the subject headings proposed below suggest that the paper will contain a general study of the subject, the development of the topics under each heading will give the paper a contemporary and practical focus, with concepts of current doctrine and an analysis of recent case law, in a number of actual situations.

The subject *The Mortgage – a Practical View of its Uses* was chosen with a view to bringing together, in a single work, the most important questions of material law involving real guarantees given over property and goods. The first chapter deals with the concept of such guarantees, and their origin, evolution, principles, objective and subjective requirements, types, form and formalization, effects, causes of extinction and transfer.

Next, in Chapter 2, the study covers more controversial questions relating to the subject, such as the importance of mortgage collateral in the economy and in banking law, the ideal combination of the mortgage with credit rights, by means of the creation of so-called mortgage-backed notes, the effect on the collateral of insolvency, bankruptcy and special creditors' meetings, the applicability of High Court precedent 308, the question of uncertainty in creating a mortgage over rural properties without geo-referencing and, finally, a criticism of the still lengthy process of executing the guarantee, which makes it less effective in real terms, in spite of the development of procedural tools, such as the virtual court auction over the internet, which reaches the whole country.

Key words: guarantee, security interest, mortgage, civil law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 01 - A HIPOTECA COMO INSTITUTO DO DIREITO .....</b>	<b>13</b>
1.1. Conceitos gerais .....	13
1.2. Origem e evolução da hipoteca .....	16
1.3. A Hipoteca no direito comparado .....	21
1.4. Princípios .....	25
(i) Princípio da especialidade .....	27
(ii) Princípio da publicidade .....	29
(iii) Subprincípios decorrentes.....	31
(iii.1) Princípio da prioridade .....	31
(iii.2) Princípio da continuidade do registro público .....	34
(iii.3) Princípio da indivisibilidade.....	35
(iii.4) Princípio da acessoriedade.....	36
1.5. Requisitos.....	37
(i) Partes.....	37
(ii) Objeto.....	40
(ii.1) Hipoteca sobre acessórios e pertenças do imóvel .....	43
(ii.2) Hipoteca sobre recursos naturais.....	47
(ii.3) Hipoteca de prédios em construção .....	48
(ii.4) Hipoteca aeronaves e navios .....	49
(ii.5) Hipoteca sobre estradas de ferro .....	50
(ii.6) Hipoteca de dívida futura .....	51
(iii) Modalidades.....	52
(iii.1.) Hipoteca convencional.....	53
(iii.2.) Hipoteca legal .....	54
(iii.3.) Hipoteca judiciária .....	58
(iv) Forma e formalização.....	62
(iv.1) Dívida no registro da hipoteca .....	68
(iv.2) Prazo da hipoteca e renovação da especialização.....	71

1.6.	Efeitos .....	72
(i)	Sequela .....	72
(ii)	Preferência .....	74
(iii)	Outros efeitos .....	75
(iv)	Sub-hipoteca .....	77
1.7.	Causas de extinção .....	77
(i)	Extinção da obrigação principal .....	79
(ii)	Destruição da coisa .....	80
(iii)	Resolução da propriedade .....	81
(iv)	Renúncia do credor .....	82
(v)	Remissão .....	83
(vi)	Arrematação ou adjudicação .....	86
1.8.	Cessão do crédito hipotecário .....	87
1.9.	Novação da obrigação principal e reflexos na hipoteca .....	89
<b>CAPÍTULO 02 - A HIPOTECA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO .....</b>		<b>91</b>
2.1.	Importância da hipoteca na economia e no direito bancário .....	91
2.2.	Hipoteca e os títulos de crédito .....	94
(i)	Hipoteca cedular .....	95
2.3.	Na insolvência, na falência, no concurso de credores e na concorrência com o crédito de quota condominial .....	99
2.4.	A hipoteca do imóvel adquirido pelo consumidor como garantia do financiamento do construtor – Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça .....	104
2.5.	Hipoteca de imóveis rurais e o georeferenciamento .....	110
2.6.	A hipoteca no Direito Processual .....	113
(i)	A execução da hipoteca .....	117
<b>CONCLUSÃO .....</b>		<b>121</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>		<b>127</b>

## INTRODUÇÃO

A evolução histórica do Direito das Coisas comprova a importância que este ramo do Direito Civil sempre fruiu como o conjunto de normas que regulam o poder do homem sobre os bens, refletindo diretamente na forma de organização econômico-política da nossa sociedade.

A hipoteca é um direito real de garantia. É, portanto, uma modalidade de garantia das obrigações, que recai sobre coisas imóveis ou equiparados destacados, de interesse atual, com destaque na literatura jurídica e econômica.

Nos tempos dos romanos, o Direito empregava o conceito da *fiducia cum creditore contracta*, que consistia na alienação assecuratória ou a dação da posse de bens como “garantia” do cumprimento de obrigações/créditos (sob condição resolutiva de adimplemento). A ação para restituição da coisa era de natureza pessoal e o Réu era condenado ao labéu da infâmia, a desonra. No direito grego-egípcio, se o devedor não adimplia a dívida, o credor adquiria a propriedade, de forma potestativa: no lugar do pagamento, ficava o bem gravado (*pactum commissorium*).

Com o monopólio estatal da justiça, essas formas de “garantia” tornaram-se inconvenientes: foi necessário transcorrer muito tempo para conciliar os interesses dos devedores em não se expor aos pactos comissórios ou de vendas, e os direitos dos credores para efetiva e eficiente extração do valor dos bens, sempre observado o devido processo legal.

Alguns doutrinadores consultados, como Orlando Gomes<sup>1</sup> e Moreira Alves<sup>2</sup>, sustentam que a hipoteca surgiu da constituição de garantia do aluguel de prédios rústicos, situação em que a posse da coisa não era transferida ao credor.

O conceito de hipoteca como uma garantia real e a sua distinção do

---

<sup>1</sup> Conforme: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>2</sup> Conforme: MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, Editora Forense/ Rio de Janeiro, 1999.

penhor foi evoluindo ao longo dos tempos. Havia inconvenientes na distinção dos bens empenháveis e hipotecáveis. No sistema jurídico brasileiro atual, além dos imóveis, a hipoteca pode ser instituída sobre bens equiparáveis a imóveis, tais como navios e aeronaves. Hoje, a hipoteca é definida como uma garantia real extrajudicial que incide sobre bens imóveis ou equiparados pela lei, que pertençam ao devedor ou a terceiros.

Na hipoteca, o bem gravado não passa à posse do titular do direito real de garantia, mas esse tem eventual direito à posse. A seqüela advinda da hipoteca é mais que uma executabilidade, pois permite penhorar o que está no patrimônio de quem não deve, na medida em que o titular da hipoteca tem a pretensão de executar o bem, onde quer que se ache ou ainda que nada deva o proprietário ou possuidor, com preferência, o que a torna um importante instrumento econômico.

Essa evolução do conceito e natureza jurídica do instrumento hipoteca ganha corpo e relevância como instrumento incentivador ao desenvolvimento da economia, que proporciona concessão de créditos com maior segurança ao prestador, aquece a economia, viabiliza a execução de planos habitacionais, o fomento ao agronegócio e realização de diversos e variados negócios ligados aos bens de raiz.

Por exemplo, dentre as atividades bancárias ativas típicas estão as operações de crédito ou empréstimo, nas quais ganha especial importância a modalidade de garantia hipotecária, uma das prediletas dos bancos, ao lado da alienação fiduciária. Destaca-se, também, a possibilidade de constituição menos burocrática da garantia em títulos de crédito de estímulo ao crédito rural, como a Cédula de Produto Rural e a Cédula Rural Hipotecária, ou de estímulo à aquisição da casa própria, como a Cédula Hipotecária Habitacional.

O tema escolhido é desafiador, especialmente se a avaliação do instituto for conjugada (i) à recente jurisprudência sobre o tema, dentro das mais variadas operações e negócios jurídicos; e (ii) às suas repercussões econômicas, tais quais o estímulo à circulação de riquezas, o desenvolvimento da economia moderna, a mitigação de riscos e custo de crédito e o incentivo aos melhores devedores.

## - CAPÍTULO 01 -

### A HIPOTECA COMO INSTITUTO DO DIREITO

#### 1.1. Conceitos gerais

Não há no Código Civil um conceito preciso de hipoteca. Da legislação estrangeira consultada, o conceito mais conciso pareceu ser o constante do artigo 104 do Código Civil espanhol, que define a hipoteca da seguinte forma: *“La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligation para cuya seguridad fue constituida”*<sup>3</sup>.

Segundo o artigo 686, 1ª parte do Código Civil Português, a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registro.

Os doutrinadores trazem alguns conceitos, com destaque a Clóvis Beviláqua<sup>4</sup>, que a define como *“um direito real, que recai sobre imóvel, navio ou aeronave, alheio, para garantir qualquer obrigação de ordem econômica, sem transferência da posse do bem gravado para o credor”*.

Da leitura de toda a doutrina consultada, concluímos que a hipoteca é um direito real de garantia do cumprimento de obrigação estabelecida entre devedor e credor, de natureza civil, que grava bens imóveis e os bens que a legislação equipara a imóvel, de propriedade do devedor ou de terceiro que intervenha no negócio jurídico.

O direito real de garantia é aquele que atribui ao credor o direito de receber o pagamento da dívida com o valor de determinado bem, destacado

---

<sup>3</sup> Tradução livre: A hipoteca sujeita direta e imediatamente os bens sobre a qual se impõe, qualquer que seja seu possuidor, ao cumprimento da obrigação para cuja a garantia foi constituída.

<sup>4</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. 2, p.114.

exclusivamente à sua satisfação. Segundo os ensinamentos de Orlando Gomes<sup>5</sup>, no direito real de garantia, o direito do credor “*concentra-se sobre determinado elemento patrimonial do devedor*”.

O doutrinador português, Luís Manuel Leitão<sup>6</sup>, ensina que:

A hipoteca constitui um direito real de garantia que se caracteriza por, ao contrário do privilégio, não estabelecer a preferência em atenção à causa do crédito, vigorando antes o princípio da prioridade na constituição. Para além disso, a hipoteca constitui uma garantia acessória do crédito, ficando dependente da sua constituição e acompanhando as suas vicissitudes. (...).

Nas palavras de Jairo Saddi<sup>7</sup>, a garantia real efetivamente confere maior segurança ao credor, uma vez que se conhece *ex ante* o bem que está à disposição dele, credor, na hipótese de não pagamento.

Segundo Arruda Alvim<sup>8</sup>, as normas disciplinadoras dos direitos reais são, uniformemente, consideradas como regras cogentes, imperativas ou de ordem pública. O instituto da hipoteca é considerado, desde sempre, como de ordem pública.

No nosso ordenamento há quatro espécies de direitos reais de garantia: a hipoteca, objeto deste estudo, o penhor, outorgado sobre bens móveis, a anticrese, em desuso, e a alienação fiduciária.

Na hipoteca, não há transmissão da posse da coisa dada em garantia, mas apenas a concessão do direito de promover a alienação forçada da coisa ou a sua adjudicação pelo credor, no bojo do processo executivo, pagando-se o credor, em caso de inadimplência da obrigação do devedor.

---

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.378.

<sup>6</sup> LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Garantia das Obrigações*, 2ª edição. Almedina, 2008, p.208.

<sup>7</sup> Conforme: SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.119.

<sup>8</sup> Conforme: ALVIM, Arruda. *Direito Privado Contratos, Direitos Reais, Pessoas Jurídicas de Direito Privado e Responsabilidades*. Editora Revista dos Tribunais, volume 1, 2002.

Portanto, nos ensinamentos de Maria Helena Diniz<sup>9</sup>, trata-se de um direito sobre o valor da coisa onerada e não sobre a sua substância. Em suma, a hipoteca:

- (a) conforme artigo 1225, IX do Código Civil, é um direito real de garantia, pois vincula imediatamente o bem gravado, oponível de forma *erga omnes* e que gera ao credor hipotecário o direito de sequela sobre a coisa e a excussão da coisa onerada, para se pagar, com a venda judicial ou a adjudicação, na forma da lei processual;
- (b) tem natureza civil, e está disciplinada pelos artigos 1.473 a 1.505 do Código Civil;
- (c) tem como objeto coisa do devedor ou de terceiro interveniente na relação jurídica;
- (d) não transfere a posse da coisa ao credor, quem continua exercendo sobre a coisa os direitos inerentes à propriedade, inclusive a percepção de frutos, sendo nula a cláusula que autorize o credor a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento (artigo 1.428. do Código Civil);
- (e) é indivisível, de forma que o vínculo real grava a totalidade do bem, salvo se as partes, expressamente, previrem que o pagamento parcial libera parte dos bens gravados, principalmente caso se tratarem de diversos bens, autônomos, ou, por exemplo, quando há loteamento, com abertura de matrículas individuais perante o respectivo Cartório de Registro de Imóveis, conforme prevê o artigo 1.488 do Código Civil, abaixo transcrito;

Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.

- (f) é acessória de uma dívida e pode garantir qualquer obrigação da dar, fazer

---

<sup>9</sup> Conforme: DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6ª edição. Editora Saraiva, volume 5, 2006, p. 211.

ou não fazer, sendo, nas palavras de Lafayette<sup>10</sup> “*um direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal*”. Considerando que nossa legislação prevê que o acessório segue o principal, se extinta ou anulada a obrigação principal, desaparecerá o ônus real; e

- (g) pode garantir débito futuro ou condicionado, desde que as partes estabeleçam o valor máximo a ser garantido, ficando a execução da hipoteca dependente da demonstração do implemento da condição e do montante de dívida, conforme o caso, conforme prevê o artigo 1.487 do Código Civil:

Art. 1.487. A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido.

§ 1o Nos casos deste artigo, a execução da hipoteca dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida.

§ 2o Havendo divergência entre o credor e o devedor, caberá àquele fazer prova de seu crédito. Reconhecido este, o devedor responderá, inclusive, por perdas e danos, em razão da superveniente desvalorização do imóvel.

Ao longo desta monografia, ficará demonstrado que a hipoteca é um instituto estimulante ao desenvolvimento econômico, que proporciona abertura de crédito e circulação de riquezas, permite a execução de planos habitacionais de forma eficiente, fomento ao agronegócio e, de um modo geral, a realização de variados e modernos negócios ligados aos bens de raiz e equiparados, sendo, ao lado da alienação fiduciária, a garantia preferida das instituições financeiras.

A hipoteca somente não é mais eficaz por conta dos entraves processuais que sua execução forçada enfrenta, dadas as burocracias e asoerramento do Poder Judiciário, situação que merecerá análise e reflexão em capítulo próprio.

## 1.2. Origem e evolução da hipoteca

A doutrina consultada<sup>11</sup> menciona que há divergência quanto à origem da

<sup>10</sup> LAFAYETTE, *Direito das Cousas*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Basto, 1940, §173, p. 410.

<sup>11</sup> Conforme: COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clovis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria

locução “hipoteca”, alguns a consideram originária dos estudos jurídicos gregos, outros, dos romanos. Independentemente da sua origem incerta, é sabido que, inicialmente, tratava-se de direito real sobre coisa alheia, que poderia incidir sobre bens corpóreos ou incorpóreos.

Alguns doutrinadores, mencionados na obra de Clóvis do Couto e Silva<sup>12</sup>, aderem à teoria de que o surgimento da hipoteca advém dos gregos devido ao termo *hypotheca*, de origem grega, outros, do direito romano, nas compilações justinianas, já no período pós-clássico. Em grego, o termo significava o marco de pedra ou de madeira que o credor colocava no terreno do devedor.

Indiscutivelmente, o trabalho mais completo do direito romano foi realizado pelo imperador Justiniano, publicado em 7 de abril de 529 D.C. Segundo José Guida Neto<sup>13</sup>, que estudou a instalação dos bárbaros e a compilação do Direito Romano no Império decadente, tal trabalho jurídico é uma herança civilizatória comparável à Bíblia, no entanto tal obra só se tornou viável graças ao que foi produzido durante o século V, no qual houve importantes compilações legais, denominadas, por motivos didáticos, de pré-justinianas, nos quais há referências às garantias reais.

Segundo Venosa<sup>14</sup>, a mais antiga modalidade de garantia encontrada nas fontes seria a *fiducia cum creditore contracta*, que consistia na alienação assecuratória ou a dação da posse de bens como “garantia” do cumprimento de obrigações/créditos (sob condição resolutiva de adimplemento). Cuidava-se de uma alienação assecuratória.

Segundo estudos de Rodrigo Ghisleni Fontana<sup>15</sup>, mestrando da

---

do Advogado, 1997.

<sup>12</sup> Conforme: COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>13</sup> NETO, José Guida. *A instalação dos bárbaros e a compilação do Direito Romano no Império decadente*. Scientia FAER, Olímpia - SP, Ano 2, Volume 2, 1º Semestre de 2010.

<sup>14</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.507.

<sup>15</sup> FONTANA, Rodrigo Ghisleni. *A hipoteca romana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1288, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9376>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

Universidade de Coimbra, Portugal, outros estudiosos do direito romano atribuem a origem da hipoteca aos romanos, nos *praedia subdita vel subsignata*, onde os imóveis eram dados em garantia a créditos do Estado ou de um Município. Caso a dívida não fosse adimplida, os bens seriam vendidos em favor do *aerarium*.

A *praedia subdita vel subsignata* é considerada, desta forma, um direito de garantia real romano, mas não é propriamente uma hipoteca.

Rodrigo Ghisleni Fontana, já citado, também indica que há estudos sobre a origem do instituto da hipoteca como *pignus cum non transit nec possessio ad creditorem*. Essa forma de garantia, na qual não há transferência da posse ao credor, teria surgido em Roma com os arrendamentos rurais. Como forma de garantia do pagamento da renda, o arrendatário outorgava em penhor os utensílios da lavoura, os animais e os escravos. Essa forma de garantia, porém, impossibilitava o arrendatário de produzir na terra arrendada.

Desta forma, surgiu como solução o *pignus cum non transit nec possessio ad creditorem*, no qual a posse das coisas empenhadas permaneciam com o locador para que ele pudesse desempenhar a sua atividade fim, qual seja, a exploração da terra arrendada.

Ainda segundo os estudos de Rodrigo Ghisleni Fontana<sup>16</sup>, na época clássica surgiu o exemplo da convenção entre as partes referente ao aluguel de um *praedium urbanum*, pelo qual, na casa alugada, concluído o contrato locativo da habitação, surgia a hipoteca sobre os móveis introduzidos e os escravos do inquilino, como forma de garantir o pagamento do aluguel.

No período clássico, antes mesmo da utilização do termo *hypotheca*, os romanos tratavam desta garantia real sob a denominação de *pignus conventum*, na qual não havia a transferência da posse, e o *pignus datum*, no qual havia a transferência da posse ao credor.

---

<sup>16</sup> FONTANA, Rodrigo Ghisleni. *A hipoteca romana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1288, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9376>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

Para a jurisprudência romana, o *pignus* é um tipo único de garantia real, pelo qual a entrega da posse da *res* garantida pode ser imediata ou após verificado o descumprimento da obrigação, mais parecido com o penhor.

Como mencionado, o termo *hypotheca* apareceu para os romanos nas compilações justinianas, tomando força e prevalecendo sobre o termo *pignus conventum* somente na época da Dinastia dos Severos (193 D.C. até 235 D.C.), muito tempo depois da efetiva utilização da garantia sem transferência da posse, na época clássica (iniciada em 130 A.C.).

A partir do século I, a *hypotheca* passou a ser utilizada como forma de garantia de qualquer obrigação, recaindo sobre os objetos suscetíveis de posse, desde que alienáveis. Por meio da *lex commisoria*, as partes convencionavam que, na hipótese de não pagamento, o credor tornar-se-ia proprietário da coisa. Após ser admitido por certo tempo, no ano 326, Constantino proibiu o pacto comissório. Outra convenção, menos rigorosa, permitia ao credor vender a coisa, tendo que devolver ao devedor o que sobejava da sua dívida (*pactum de distrahendo*).

Fato é que o direito romano trouxe os traços clássicos da hipoteca, como, por exemplo, a sua indivisibilidade, o respeito da ordem dos gravames, a possibilidade de outorga sobre bens futuros, a hipoteca tácita, hoje qualificada como legal, a exemplo daquela instituída sobre as coisas do menor.

Já no direito medieval e no *common law* consagrou-se a possibilidade de aquisição do domínio da coisa, se a dívida não fosse adimplida no vencimento.

A construção inicial da hipoteca, vista no direito medieval, era a de alienação em garantia, ou seja, sob condição resolutiva do adimplemento da dívida. Nesse caso, como a posse da coisa era transferida ao credor, não havia diferença entre hipoteca e penhor. Tratava-se do que hoje conhecemos como compra e venda com pacto de retrovenda, vinculado ao adimplemento de um empréstimo. O credor, de fato, fruía dos frutos e rendimentos da coisa, podendo as partes estabelecer que esse uso compensaria parte dos juros do empréstimo, por exemplo.

A denominação *mortgage* é exata para exprimir a ideia de que o bem ficava morto ao proprietário.

Era comum o credor adquirir o bem gravado que, muitas das vezes, tinha valor superior ao crédito. Para evitar o enriquecimento ilícito, a hipoteca do direito medieval evolui no sentido de se criar instrumentos processuais para alienação da coisa e devolução ao devedor da quantia que excedia o valor da dívida e para permitir a constrição do mesmo bem, mais de uma vez, até a sua exaustão.

Segundo Venosa<sup>17</sup>, no Brasil a hipoteca ingressou no Direito das Ordenações de forma assistemática, assimilando o Direito Romano, com suas deficiências. A primeira lei que substituiu as Ordenações foi de 1843, que não estabeleceu os princípios de especialização e publicidade.

A Lei nº 1.237/1864 trouxe modificações relevantes ao instituto, criando um registro geral de hipotecas, princípios da inscrição, especialização e prioridade. Em 1885, foi promulgada a Lei nº 3.272, tornando obrigatória a inscrição de todas as hipotecas, inclusive as legais, sem atender, para estas, o princípio da especialização, estudado a seguir.

Com a república, surgiram o Decreto 169-A de 1890 e Decreto 370/1890, que substituíram a legislação anterior. Surge, então, o Código Civil de 1916, que tratou do direito hipotecário nos seus artigos 809 a 855, revogando toda a legislação anterior.

Atualmente, no âmbito legal, a hipoteca possui natureza bifronte, uma vez que é regida tanto pelo Código Civil de 2002 quanto pela Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973). Há ainda alguma legislação especial complementar, que traz algum regramento sobre os bens equiparados aos imóveis (*e.g.* aeronaves) ou sobre as garantias cedulares, por exemplo.

Alguns doutrinadores, como Luiz Edson Fachin, que atualizou a obra de

---

<sup>17</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.556.

Orlando Gomes<sup>18</sup>, arriscam afirmar que a disciplina dos direitos reais no Código Civil de 2002 “constitui uma das mais claras, concisas e perfeitas sistematizações da matéria, por sua correção de linguagem, equilíbrio, moderação, sobriedade e precisão técnica”.

### 1.3. A Hipoteca no direito comparado

A hipoteca, pela sua própria origem, evolução histórica e princípios regentes, consiste, na maioria dos ordenamentos, costumeiramente como um direito real, regulado pelos princípios da acessoriedade e indivisibilidade, consubstanciada na especialidade e publicidade do registro, pautada sobre o direito de preferência de execução de uma dívida que possui como garantia um bem imóvel.

Atualmente, a hipoteca do direito brasileiro apresenta semelhanças aos sistemas de direito continental (ou codificados, baseados em atos legislativos) e também no *common law* (ou anglo-saxônico, baseado em decisões dos tribunais). No direito português, espanhol, italiano e francês, o conceito de hipoteca é semelhante ao direito pátrio, naturalmente, guardadas as suas peculiaridades.

Os países com tradição positivista do direito, especialmente do mundo ocidental, conceitual e encaram o instituto de maneira semelhante à forma como enxergamos a hipoteca no Brasil. Isso ocorre, de maneira lógica, em razão da influência portuguesa, italiana e francesa em nossa colonização e formação de nossa cultura e também da importância da hipoteca na economia moderna.

Clóvis Bevilacqua<sup>19</sup> esclareceu que o Código Civil de 1916:

(...) fundiu muitas correntes de pensamento: a tradição nacional, que remonta ao Direito português; o prestígio do Código Civil francês e da doutrina francesa; a influência do Código Civil e da doutrina da Alemanha, e as soluções felizes que se apresentavam nos demais Códigos Civis, particularmente o português, o italiano, o espanhol, o argentino e, ainda e, ainda, o do cantão de Zurique.

---

<sup>18</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 433.

<sup>19</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *L'Evolution du Droit au Brésil de 1869 a 1919. Les Transformations Du Droit dal Le Principaux Pays depuis Cinquante Ans*. apud GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 433.

A hipoteca, como já demonstrado, surge no direito romano, e pela subdivisão desta escola em direito continental e *common law*.

Sendo assim, verifica-se na própria denominação de *obligation* e *mortgage* da *common law* que a hipoteca adquiriria, de maneira geral (i) características de garantia de transações realizadas com mercadores estrangeiros, nas quais a hipoteca recaía sobre o imóvel e demonstrava a pretensão de venda – como se compromisso fosse – do bem (*obligation*) para solvência de determinada obrigação; e (ii) possibilidade do imóvel hipotecado ser retirado da posse do hipotecante caso não solvida a dívida. Clóvis de Couto e Silva<sup>20</sup> muito bem escreveu sobre o assunto:

Nessa fase, a hipoteca recaía sobre o valor do imóvel onerado e conferia a pretensão de vender judicialmente o bem e, com isso, solver a dívida. Essa transformação ocorreu porque em algumas cidades medievais a hipoteca deixara de ter feição de anticrese, não conferindo ao credor a faculdade de fruir a substância do bem gravado, tendo o devedor a posse imediata, e o credor, o direito de excutir o bem hipotecado. Denominou-se, no direito franco, a esse estatuto de *obligation*.

E prossegue, citando Walsh<sup>21</sup>: “O termo *mortgage* segundo Littleton (cerca de 1470) poderia também significar que se o pagamento da dívida não se efetivasse, a propriedade ficaria “morta” para o devedor, i.e., ele a perderia para sempre”.

Ainda conforme doutrina de Clóvis de Couto e Silva<sup>22</sup>, atualmente no direito inglês, o instituto da hipoteca caracteriza-se tanto por ser um direito do credor de se tornar proprietário do bem, quanto de vendê-lo judicialmente ou extrajudicialmente, além de tomar posse condicional do bem e obter progressivamente o pagamento da hipoteca.

---

<sup>20</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 139.

<sup>21</sup> WALSH. *On mortgage*. N.Y., 1994, p. 4 *apud* COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 139.

<sup>22</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 139.

Já para os alemães, do BGB, a hipoteca é um gravame que sujeita o bem imóvel, em proveito do credor, ao pagamento do crédito que lhe pertence, podendo ser futuro ou condicional. Para eles, diferentemente do direito inglês e igual ao nosso, o devedor hipotecário permanece na posse do bem gravado, impedindo cláusula de comisso.

Por outro lado, é fundamentado, essencialmente, em sua característica de acessoriedade e indivisibilidade do crédito e do bem hipotecado, como bem assinalou Couto e Silva<sup>23</sup>:

A acessoriedade da hipoteca em relação ao crédito constitui-se em axioma fundamental por força do § 1.153 do BGB, no qual se dispõe que, “com a transferência do crédito, transmite-se a hipoteca ao novo credor”; e alínea II do mesmo § 1.153 dá ênfase a essa ideia, ao determinar que o “crédito não pode ser transferido sem a hipoteca, e esta sem aquele.

(...)

Para harmonizar o princípio da acessoriedade com a natureza do sistema de direitos públicos, adotou o BGB, como regra, a hipoteca de tráfico (*Verkehrshypothek*) e não a em garantia. E, em consequência dessa posição, exarou o BGB, no §1.138, normas que definem a essência da hipoteca de tráfico e põem em harmonia a regra da acessoriedade com os demais axiomas que fundamentam os registros públicos, determinando que “os princípios dos §§891 até 899 vigoram para a hipoteca também em face dos créditos e das exceções que cabem ao proprietário, nos termos do §1.134.

Como se pode notar da citação acima, atualmente o BGB distingue 3 tipos de hipoteca: (i) hipotecas de tráfico e em garantia; (ii) dívida imobiliária e; (iii) dívidas imobiliárias de renda. O tipo hipotecário mais utilizado é o de “tráfico e em garantia”, pois este é o mais adaptado as transações comerciais e possibilita a sessão de crédito, aquisição de terceiros e maior adaptação do princípio da acessoriedade à realidade atual, como de forma muito lúcida, mais uma vez ensina Clóvis de Couto e Silva<sup>24</sup>:

Em regra, a hipoteca é de tráfico, isto é, destinada a circular permitindo a aquisição pelo terceiro da garantia real, ainda que extinto o crédito e dando margem a que se

<sup>23</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clovis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 145.

<sup>24</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito Privado na visão de Clovis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 146.

afirme haver aí um afastamento do princípio da acessoriedade em favor da mobilização. Como a hipoteca de tráfico é destinada a circular, emite-se, sobre ela, uma cédula hipotecária (§ 1.116, alínea I), e o credor torna-se titular da hipoteca quando o devedor lhe transfere a cédula, podendo convencionar-se que o credor a receberá do próprio registro de imóveis, presumindo-se, entretanto, se o credor estiver na posse da cédula, que a recebeu por tradição do devedor (§ 1.117, alínea I a III).

No mesmo sentido vão os demais sistemas romanísticos, tratando a hipoteca como uma natureza essencialmente acessória. Por exemplo, o Código Civil espanhol define a hipoteca no Art. 104 da *Ley Hipotecaria* como: “*la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligation para cuya seguridad fue constituída*”<sup>25</sup> – demonstrando grande equiparação a legislação hipotecária vigente entre nós.

Na Argentina, o instituto da hipoteca chega a ser pensando quase que de maneira idêntica ao nosso. Por tal razão é que Edmundo Gatti<sup>26</sup> a define como “*el derecho real constituído em seguridad de um credito sobre lãs cosas inmuebles del constituyente, que quedan em su poder y son gravadas em uma suma cierta de dinero de curso legal em la República*”<sup>27</sup>.

Nesse sentido, observe-se a redação do art. 3.108 do Código Civil Argentino: “*Art. 1.113 – Es el derecho real constituído em seguridad de crédito em dinero, sobre los bienes inmuebles, que continuan em poder del deudor*”<sup>28</sup>.

Comparativamente, há alguns pontos que distanciam os sistemas estrangeiros do direito brasileiro, essencialmente no que tange à extinção da hipoteca, e à sua execução.

A existência da hipoteca no direito brasileiro é um direito constituído interpartes, representando a averbação um meio para que tenha eficácia perante

<sup>25</sup> Tradução livre: A hipoteca sujeita direta e imediatamente os bens sobre a qual se impõe, qualquer que seja seu possuidor, ao cumprimento da obrigação para cuja a garantia foi constituída.

<sup>26</sup> GATTI, Edmundo. *Teoria General de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975, p. 139.

<sup>27</sup> Tradução livre: O direito real constituído em garantia de um crédito sobre as coisas imóveis do outorgante, que estão em seu poder e que são gravadas em uma determinada soma em dinheiro vigente na República.

<sup>28</sup> Tradução livre: É o direito real constituído em garantia ao crédito em dinheiro, sobre os bens imóveis, que continuan em poder do devedor.

terceiros. Contudo, pela análise de toda a doutrina analisada, nota-se que há certa divergência no que tange à extinção da hipoteca. A corrente brasileira dominante, da qual filiam, por exemplo, Maria Helena Diniz<sup>29</sup> e Pontes de Miranda<sup>30</sup>, defende que a hipoteca extingue-se somente mediante a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, ainda que a dívida principal da qual é acessória já tenha sido liquidada.

No que tange à execução da garantia hipotecária, na França, pela caracterização da hipoteca como uma garantia de dívida futura ou eventual, de caráter real, acessória e indivisível, sobre um bem imóvel, classifica-se a garantia como convencional, legal ou judiciária. Demonstrando tal conceito, de maneira costumeira, bem doutrinaram os irmãos Mazeaud<sup>31</sup>, comentando a garantia no direito francês:

(...) es una garantía real que, sin llevar consigo desposesión actual del propietario de un inmueble, le permite al acreedor, si no es pagado al vencimiento, embargar esse inmueble em poder de quien se encuentre, remartalo y cobrar él primero sobre el precio.

Verifica-se, portanto, que a execução da hipoteca, em alguns direitos, só ocorre de forma judicial, exigindo do credor que efetive seus direitos por meio de ação judicial, que remete, no caso brasileiro, a uma consequente morosidade na alienação do bem, aspecto desenvolvido e comentado no último capítulo deste trabalho.

No entanto, e outros ordenamentos, como é o caso francês, a execução da garantia hipotecária pode ser feita extrajudicialmente, tornando, por conseguinte, mais efetivo a satisfação da pretensão do credor.

#### **1.4. Princípios**

Analisados seus conceitos gerais, a hipoteca é regida, como quaisquer

<sup>29</sup> Conforme: DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, volume 5, 2006.

<sup>30</sup> Conforme: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

<sup>31</sup> MAZEAUD, Henri, Leon e Jean. *Leciones de derecho civil. Traducción de Alcalá Zamora y Castillo*. Buenos Aires: Ejea, 1978, Parte Tercera, v. I, p. 255.

outros institutos do direito, por diversos princípios que formam o seu regime jurídico, de modo que a sua determinação é primordial para o estudo do instituto.

Princípio é um mandamento nuclear de um sistema. Por meio dos princípios, vez que alicerces sobrepostos das matérias, é que são criadas as normas e os critérios hermenêuticos para aplicação do direito. Neste sentido, os ensinamentos-base de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>32</sup>:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Ainda neste âmbito introdutório, os princípios que regem a hipoteca possuem ainda mais peculiaridades ante aos princípios gerais do direito, vez que se inserem no âmbito dos direitos reais. Arruda Alvim<sup>33</sup> arrisca qualificar os princípios que se aplicam aos direitos reais como verdadeiros axiomas:

(...) os princípios exercem uma função de orientar ou amarrar a ordem jurídica, integrando-a, virtualidades essas que auxiliam o entendimento do intérprete e manifestam a unidade do sistema jurídico. Todavia, é necessário ter presente que os princípios situam-se dentro do sistema jurídico ou localizam-se em textos legais, mais ou menos nitidamente, por isso que não se pode pretender vislumbrar um princípio destacado ou separadamente, fora do sistema jurídico, na medida em que se pretenda que esse a tal sistema diga respeito. É posição comum a referência a princípios gerais - que imprimem as linhas dominantes de um sistema - e que em relação a esses ocorram exceções, através de outros princípios, 'derrogatórios' dos gerais, em dado espaço normativo e em dadas circunstâncias. Pode-se dizer, à luz desse entendimento, que tais princípios se impõem irrefragavelmente, a partir da constatação de que as regras configuradoras dos direitos reais são cogentes, inviabilizando espaço à autonomia privada; mas, em relação a determinados aspectos, cedem espaço à autonomia da vontade, a preencher em certa escala o conteúdo de um direito real, tal como no caso da servidão e do usufruto. Esse espaço à autonomia privada decorre da própria lei. Ainda que os tipos reais tenham sido absorvidos da historicidade das sociedades, e, portanto, revelam-se aptos a satisfazer as necessidades dos homens, casos há, como os da servidão e do usufruto, em que as necessidades serão satisfeitas tal como o desejem os interessados. E, como dito, os sistemas são a isso sensíveis (o art.1.378 refere a utilidade; o CC de 1916, art. 695, referia-se a utilização para certo fim, em ambos

---

<sup>32</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011 p. 54.

<sup>33</sup> ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Princípios gerais do direito das coisas: tentativa de sistematização. Atualidades de direito civil*. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; Cambler, Everaldo Augusto (Coord.). Curitiba: Juruá, 2006, p 171-172.

os casos, objeto de convenção). Acentue-se que os atributos ou princípios dos direitos reais - dentre outros - não são atributos ou principais apreciavelmente discutíveis, senão que o entendimento doutrinário é uniforme a respeito de sua existência, nos dias correntes, como também ao longo da história do direito, ainda que com variações, mas não significativas. Nesse sentido, pode-se dizer que são mais do que, propriamente princípios, pelo grau de certeza e de constante presença histórica existindo como tais, e justamente porque as leis os consagram e sempre os consagraram, praticamente galgam quase que a categoria de verdadeiros axiomas; constituíram-se e constituem-se em pano de fundo do sistema do direito das coisas.

Roca Sastre<sup>34</sup> reconhece o valor teórico e a eficácia prática dos princípios que, além de orientar o julgador e economizar preceitos, *“facilitan el estudio de la materia y elevan las investigaciones a la categoria de científicas”*.

Todos os princípios hipotecários decorrem de dois princípios primários que servem de base e origem para todos os outros. Chamados também de requisitos formais para a constituição da garantia real, eles são os princípios da especialidade e o princípio da publicidade: apenas e somente por meio deles é que a hipoteca se consubstancia e faz parte do mundo real. São eles que, agindo de maneira interdependente e conjunta, possibilitam a existência do título hipotecário.

### **(i) Princípio da especialidade**

O princípio da especialidade consiste numa garantia legal das partes envolvidas – credor, devedor e de terceiros - sobre a exatidão do patrimônio que está sendo afetado, por meio de uma compreensão ampla do negócio realizado. O princípio da especialidade prevê que deve haver uma pormenorização, tanto das características específicas do imóvel, quanto do negócio que o engloba, conforme artigo 1.424 do Código Civil:

Art. 1.424. Os contratos de penhor, anticrese ou hipoteca declararão, sob pena de não terem eficácia:

- I – o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo;
- II – o prazo fixado para pagamento;
- III – a taxa de juros, se houver;
- IV – o bem dado em garantia com a suas especificações.

<sup>34</sup> MELO FILHO, Álvaro. Apud SASTRE, Roca, Derecho Hipotecario, 6.ª ed., t. 1/205, Barcelona, 1968, Princípios do Direito Registral Imobiliário. Disponível em: <<http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/008-melo-principios.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2012.

Nesse sentido, ensina a doutrinadora portuguesa Maria Isabel Menéres Campos<sup>35</sup> que *“Mostra-se indispensável não só a determinação dos elementos individualizadores da coisa sobre a qual se constitui a garantia e a situação jurídica do prédio, mas também os elementos relativos ao crédito”*.

Do princípio da especialidade, inferem-se as seguintes conclusões: (i) deve ser especificada a coisa dada em garantia e fixado o valor total da dívida, tornando impossível a hipoteca geral e a hipoteca ilimitada; (ii) o direito recai, necessariamente, sobre determinados bens imóveis, que podem ser um só ou vários; a hipoteca não pode recair indiscriminadamente sobre todos os bens do hipotecante; e (iii) o valor do crédito garantido deve ser essencialmente determinado ou estimado.

O princípio da especialidade insere-se no próprio instrumento constitutivo da escritura ou da cédula hipotecária, pois é neles que devem constar o nome das partes, o valor e a espécie da dívida garantida e a descrição dos bens hipotecados.

O professor português, Luis Manuel Leitão<sup>36</sup>, menciona:

Como direito real de garantia que é, a hipoteca só pode incidir sobre bens determinados, pertencentes ao devedor ou a terceiro. Em consequência, o art. 716 vem estabelecer a regra da especialidade, exigindo que no título constitutivo das hipotecas voluntárias conste quais são os bens hipotecados, estabelecendo a nulidade das hipotecas voluntárias que incidam sobre todos os bens do devedor ou de terceiro sem os especificar.

A conclusão lógica é que o princípio da especialidade possui característica de requisito formal para constituição da hipoteca, sendo que o seu desatendimento, por conseguinte, torna a hipoteca ineficaz, conforme define a jurisprudência:

PRINCÍPIO DA ESPECIALIZAÇÃO – IMÓVEL INDEVIDAMENTE  
CARACTERIZADO E DESCRITO NO TÍTULO – DOCUMENTOS QUE O

<sup>35</sup> MENÉRES CAMPOS, Maria Isabel Helbling. *Da Hipoteca – Caracterização, Constituição e Efeitos*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 48.

<sup>36</sup> LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Garantia das Obrigações*, 2ª edição, Almedina: 2008 p.214.

INTEGRARIAM, NÃO AUTENTICADOS POR UMA DAS PARTES – INADMISSIBILIDADE.

Qualquer retificação de inexatidão ou erro em documento particular ou público só pelas mesmas partes, não por uma delas isoladamente, poderá ser feita.

A natureza jurídica do título prevalece sobre o nome que lhe tenham dado as partes contratantes.

Como decorrência do princípio da especialização, o imóvel deve ser perfeitamente caracterizado e individualizado no título. A descrição do bem, ou está contida no ato, ou depende da anuência de todos, para, produzida posteriormente, vir a integrá-lo<sup>37</sup>.

## (ii) Princípio da publicidade

Ao lado do princípio da especialidade, o princípio da publicidade é também norteador do regime jurídico do instituto da hipoteca. O princípio da publicidade é intrínseco e interdependente ao princípio anteriormente estudado, de maneira que os dois se aplicam ao mesmo tempo.

O princípio da publicidade consiste na exigência de inscrição da escritura hipoteca no Registro Imobiliário: o título constitutivo do direito real deve ser levado à registro – cédula ou escritura hipotecária - para que haja inscrição em livro próprio, à disposição de terceiros e das partes os termos do negócio realizado.

Sendo assim, como o primeiro princípio estudado, é também requisito formal e por sua característica de publicidade, é garantia das partes e terceiros sobre os pormenores da hipoteca, além de servir como elemento probatório. Nesse sentido, ensina o civilista Arruda Alvim<sup>38</sup> “(..) *publicidade, por excelência para bens imóveis, com o que se quer significar que os direitos reais são objeto de uma publicidade específica e absolutamente indispensável, a qual, não ocorrente, não se terá direito real*”.

Inscrita a hipoteca no registro de imóveis, ela passa a ser conhecida e oponível *erga omnes*, dando-se ciência a todos que o bem imóvel dado em garantia está sujeito ao ônus hipotecário, e quais são as especificidades do negócio.

<sup>37</sup> ApCív 259. 251 – Itapecerica da Serra – Apelantes: Fariz F. Elias e/o. – Apelado: Oficial do Registro de Imóveis – in Revista de Direito Imobiliário, n. 1, p. 83.

<sup>38</sup> ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Princípios gerais do direito das coisas: tentativa de sistematização. Atualidades de direito civil*. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; Cambler, Everaldo Augusto (Coord.). Curitiba: Juruá, 2006, p.185.

O respeito ao princípio da publicidade, assim, afasta quaisquer eventuais alegações de terceiros ou credores sub-hipotecários de desconhecimento do direito real que vincula e grava o imóvel ao cumprimento de determinada obrigação. Presume-se, pela publicidade, que todos saibam que o bem imóvel está ligado a determinada hipoteca anterior e que qualquer negócio posterior não terá direito de preferência sobre ela.

Observa-se, ainda, que tal princípio também é decorrente de lei, conforme dispõe o artigo Código Civil:

Art. 1.497. As hipotecas legais, de qualquer natureza, deverão ser registradas e especializadas.

§ 1o O registro e a especialização das hipotecas legais incumbem a quem está obrigado a prestar a garantia, mas os interessados podem promover a inscrição delas, ou solicitar ao Ministério Público que o faça.

§ 2o As pessoas, às quais incumbir o registro e a especialização das hipotecas legais, estão sujeitas a perdas e danos pela omissão.

Pontes de Miranda<sup>39</sup> qualifica a hipoteca sem registro como mera promessa de acordo de constituição, que gera apenas efeitos entre as partes.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de afastar a eficácia *erga omnes* da hipoteca sem registro, expressamente prevendo que a ausência de registro apenas cria vínculo pessoal entre os acordantes e não atinge terceiros:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EFEITOS MODIFICATIVOS. CORREÇÃO DO JULGADO. MODIFICAÇÃO DO DECIDIDO. HIPOTECA. REGISTRO INDEVIDO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO REAL. VALIDADE DO DIREITO PESSOAL SUBJACENTE.

- Admite-se que os embargos declaratórios tenham efeitos infringentes quando a correção do julgado importar modificação do decidido no julgamento embargado. Precedentes.

---

<sup>39</sup> Conforme: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p.82.

- O direito real de hipoteca só surge com Registro Público mesmo entre os contraentes (Código Civil/16; Art. 676). Enquanto não registrado o acordo de constituição da hipoteca ou quando for inscrito indevidamente (Código Civil/16; Art. 846) há apenas vínculo de direito pessoal entre os acordantes.<sup>40</sup>

### **(iii) Subprincípios decorrentes**

Dos dois principais princípios aplicados à hipoteca, decorrem outros subprincípios, quais sejam: prioridade, acessoriedade, indivisibilidade e continuidade.

#### **(iii.1) Princípio da prioridade**

O princípio da prioridade é um desdobramento do princípio da publicidade e da obrigatoriedade do registro público.

Os romanos já ostentavam a importância da precedência cronológica da apresentação dos títulos ao registro: *“Prior tempore, potior jure”*. Esse axioma é no fundamento basilar do princípio da prioridade que, na prática, corresponde ao princípio da física segundo o qual dois corpos não podem ocupar o mesmo lugar no espaço.

Por meio da inscrição da hipoteca no registro de imóveis, o primeiro credor que realiza o registro da hipoteca sobre os títulos do imóvel possui direito de executar o crédito em prioridade a quaisquer outros credores. Os demais credores possuem atuação sucessiva: apenas podem promover a cobrança ou a venda judicial do bem depois de resolvida a primeira hipoteca, ressalvada as peculiaridades aplicáveis aos casos de insolvência, analisados em capítulo próprio.

Nesse contexto, vale destacar os ensinamentos de Roca Sastre<sup>41</sup> e José Manuel García García<sup>42</sup>, respectivamente:

<sup>40</sup> EDcl no AgRg no REsp 302.278/MT, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2007, DJe 01/04/2008.

<sup>41</sup> ROCA SASTRE, apud GARCIA GARCIA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*, V. 2. Madrid: Civitas S.A., 1993 p. 551.

<sup>42</sup> GARCIA GARCIA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*, V. 2. Madrid: Civitas S.A., 1993.p 552.

O princípio da prioridade é o princípio hipotecário em virtude do qual o ato registrável que primeiramente ingresse no Registro da Propriedade se antepõe com preferência excludente ou superioridade de fila, a qualquer outro ato registrável que, lhe sendo incompatível ou prejudicial, não tiver sido apresentado ao Registro ou tiver sido com posterioridade ainda que dito ato fosse de data anterior.

(...) aquele princípio hipotecário em virtude do qual os títulos ou direitos que acessam o Registro prevalecem em caso de conflito frente aos títulos ou direitos que não acessaram ao mesmo ou sobre os que acessaram com posterioridade, atendendo às datas de apresentação no livro Diário.

Pelo registro, por conta da fé pública do oficial do cartório, o terceiro adquirente tem garantido o seu direito de saber a situação em que se encontra o bem imóvel que esta adquirindo, merecendo citação a seguinte passagem de Pontes de Miranda<sup>43</sup>:

A técnica legislativa combina o princípio da proteção à fé pública com o da responsabilidade do oficial do registro e, pois, do Estado, segundo expôs no Tomo XIV, §1.573, 9. A eficácia das inscrições, positiva e negativamente, é decisiva: ainda que alguém tenha adquirido direito real limitado sobre o imóvel, tal direito real limitado, e.g., hipoteca, não existe, se inscrição não se fez. O falso documento, com que se obtém o cancelamento, não retira ao adquirente da propriedade livre qualquer tutela.

No direito atual, todos os títulos transmissivos de imóveis são sujeitos ao registro, visando a segurança jurídica e a garantia das partes envolvidas. Assim, na hipótese de serem apresentados mais de um título de transferência de bem imóvel, prefere-se, por lógica, (i) se oriundos do mesmo alienante, aquele título que primeiro foi apresentado ao registro e, (ii) se oriundos de alienantes diversos, aquele cujo alienante primeiro se ache inscrito no registro ou tiver sido prenotado anteriormente.

Todos esses efeitos se dão em respeito ao princípio da prioridade e à sua consubstanciação que é o número de ordem inscrito no título do bem imóvel, conforme, novamente, ensina a doutrina de Pontes de Miranda<sup>44</sup>: *“O número de ordem é que determina a prioridade do direito real limitado, inclusive do direito real de garantia. A prioridade é entre hipotecas e entre direitos reais limitados de*

---

<sup>43</sup> PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p- 83/84

<sup>44</sup> PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p- 109

*diferentes espécies”.*

Sendo assim, o princípio da prioridade, amparado nos brocardos *prior in tempore, potior in iure, prior in tempore, melior in iure e prior tempore, potior iure*, é relevante para solução dos conflitos de direitos existentes no título hipotecário do bem imóvel, determinando a relação de precedência entre direitos constantes na hipoteca, sendo eles de quaisquer tipos, contraditórios ou sucessivos.

Francisco Jozé Rezende dos Santos<sup>45</sup>, inclusive, bem dissertou sobre a utilização do princípio da prioridade e esta importante conseqüente relação de precedência para solução dos conflitos existentes entre direitos constantes no título hipotecário:

Dentre os diversos princípios em que se alicerça o Direito Registral Imobiliário, encontra-se em posição de destaque o chamado Princípio da Prioridade, relevante ao se determinar a relação de precedência dos direitos quando se instala um conflito entre direitos opostos ou contraditórios no Registro de Imóveis.

Nesse sentido, a jurisprudência orienta:

DIREITO CIVIL. VAGA DE GARAGEM. CESSÃO PARA CONDÔMINO. POSSIBILIDADE. DIREITO REAL SOBRE BENS IMÓVEIS. TRANSCRIÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE. PREVALÊNCIA DO PRIMEIRO REGISTRO.

- Como direito acessório, a vaga de garagem adere à unidade, sendo, contudo, desta destacável para efeito de sua cessão a outro condômino.  
 - O art. 676 do Código Civil/16, cuja essência foi mantida pelo art. 1227 do Código Civil/02, fixa a necessidade de transcrição, no registro de imóveis competente, do título representativo da transferência entre vivos de direito real sobre bens imóveis. Esses dispositivos legais corporificam o princípio da prioridade, inerente ao direito registral e que, via de regra, assegura ao primeiro registro a prevalência, excluindo a possibilidade de transcrição de outro título constitutivo de direito real contraditório. Recurso especial conhecido e provido.<sup>46</sup>

Conclui-se, portanto, que o princípio da prioridade é aplicado quando surgem conflitos entre direitos sobre um mesmo e único imóvel. Pela aplicação de tal princípio é afastado o risco da simultaneidade de registros de direitos

<sup>45</sup> DOS SANTOS, Francisco Jozé Resende. *Princípio da Prioridade*, in Revista de Direito Imobiliário 58/13. p.02.

<sup>46</sup> REsp 954.861/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 26/11/2008.

incompatíveis ou contraditórios sobre um mesmo imóvel, no título hipotecário, numa mesma data.

### **(iii.2) Princípio da continuidade do registro público**

O princípio da continuidade do registro público decorre do próprio princípio da prioridade. Ele determina que deve existir um encadeamento de titularidades e inscrições contidas no registro hipotecário, pela verificação de seus respectivos números de inscrição e datas.

Desta maneira, cada registro se liga ao seu antecedente, como o seu subsequente a ele se ligará posteriormente, possibilitando que o título hipotecário reflita com a maior fidelidade possível a realidade jurídica e inspire segurança e garantia. Maria Helena Diniz<sup>47</sup> explica a intersecção dos dois princípios – prioridade e continuidade - com maestria:

A posição dos gravames é dada pelo número de ordem, daí decorre a prioridade dos direitos reais em relação a outros registrados posteriormente. Logo, a ordem de preferência, na colisão de direitos reais, advém da prioridade do assento. O registro feito na ordem em que for requerido estabelece a prioridade e esta a preferência entre hipotecas (Código Civil, art. 1.493, parágrafo único).

Nesse sentido, transcreva-se a sentença do Juiz de Direito da 1.<sup>a</sup> Vara de Registros Públicos de São Paulo, citada na Revista de Direito Imobiliário<sup>48</sup>:

Mesmo autorizada por alvará judicial, a viúva meeira não pode transmitir, em nome próprio, imóvel registrado em nome de seu falecido marido. Antes da partilha, quem pode transmitir a propriedade é apenas o espólio, pouco importando que a viúva seja, também, a única herdeira, sob pena de ofensa ao princípio da continuidade.

Sendo assim, o princípio da continuidade dos registros públicos viabiliza que o registro da hipoteca demonstre e estabeleça prioridades entre os credores hipotecários, de modo que, aquele que registrar a hipoteca, primeiro detém o direito de executar o imóvel antes dos outros (princípio da prioridade). Tal registro serve de instrumento de garantia para terceiros que pretendam adquirir o bem gravado ou

---

<sup>47</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, volume 5, p-222

<sup>48</sup> Revista de Direito Imobiliário, n. II, p. 156.

mesmo recebê-lo em sub-hipoteca, vez que possibilita a verificação dos negócios hipotecários que envolvem o bem imóvel.

### (iii.3) Princípio da indivisibilidade

O princípio da indivisibilidade estabelece que o bem dado em garantia não pode ser cindido, nem a garantia hipotecária respectiva, de forma a assegurar o eficaz pagamento da dívida em sua totalidade, evitando “*flutuações na coisa dada em garantia*”, “*nas situações dos credores ou devedores*” ou “*quanto à situação da dívida*”, conforme lição de Serpa Lopes<sup>49</sup>. O doutrinador encontra explicação da indivisibilidade na própria destinação econômica da garantia real hipotecária.

Maria Helena Diniz<sup>50</sup> também traz o seu conceito de indivisibilidade, que merece transcrição:

É indivisível, no sentido de que o ônus grava o bem em sua totalidade; enquanto não se liquidar a obrigação, a hipoteca subsiste, por inteiro, sobre a totalidade da coisa onerada, ainda que haja pagamento parcial do débito. Tal indivisibilidade não é do bem gravado ou da dívida garantida, que podem ser divisíveis, mas sim do vínculo real que, apesar do resgate parcial da obrigação, continua a recair sobre o bem, na sua integralidade.

Referido princípio também está refletido na lei, no art. 1.421 do Código Civil:

Art. 1.421. O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.

Deste modo, percebe-se que o princípio da indivisibilidade é elemento natural, consubstanciado nessa necessidade de rigidez inerente ao negócio hipotecário. Nesse sentido, transcreva-se um julgado sobre o princípio da indivisibilidade:

<sup>49</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos Registros Públicos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: A noite, v.2. 1942, p 214.

<sup>50</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, volume 5, p. 212.

## HIPOTECA. PENHORA. ARTIGOS 757 E 758 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTE DA CORTE.

1. Já decidiu a Corte que hipotecado o imóvel, "não pode a penhora, em execução movida a um dos co-proprietários, recair sobre parte dele. Sendo indivisível o bem, importa indivisibilidade da garantia real, a teor dos artigos 757 e 758, do Código Civil".
2. Recurso especial conhecido e provido.<sup>51</sup>

Por ser natural do negócio e forma de garantia das partes envolvidas, o princípio da indivisibilidade não é matéria de ordem pública ou norma cogente, o que significa que as partes podem acordar volitivamente pela divisibilidade do gravame.

Por exemplo, a indivisibilidade da garantia hipotecária pode ser afastada naquelas situações onde se verifica que dificilmente o credor terá seu crédito prejudicado, por exemplo, quando há redução do gravame hipotecário quando já efetuados pagamentos substanciais relativos a ele ou quando há loteamento ou constituição de condomínio edilício. De maneira muito lúcida disserta Clóvis do Couto e Silva<sup>52</sup> sobre este aspecto:

O princípio da indivisibilidade das garantias reais, no pertinente à hipoteca, tem de ceder no sentido de permitir a redução do gravame hipotecário, quando efetuados pagamentos substanciais, e também quando se cuidar de edifícios para venda de apartamentos ou de loteamentos, pois é de todo o interesse do adquirente que grave o prédio apenas a fração que corresponda à totalidade dos prédios hipotecados.

Sendo assim, conclui-se que o princípio da indivisibilidade visa garantir o crédito hipotecário, nunca se tornando um óbice ao negócio hipotecário. Por tal motivo é que, quando acordada a divisibilidade pelas partes e visíveis a presença da boa-fé e garantido o pagamento ao credor, pode o princípio ser afastado, expressa e volitivamente, conforme jurisprudência acima compilada.

### **(iii.4) Princípio da acessoriedade**

A hipoteca, como demonstrado é um direito real, um gravame que recai

<sup>51</sup> REsp 282.478/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/04/2002, DJ 28/10/2002, p. 309.

<sup>52</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.163.

sobre um determinado bem imóvel que garante direitos de determinados credores. Por essa razão, observa-se que a hipoteca, evidentemente, é um direito acessório de uma obrigação principal, como esclarece Romitti<sup>53</sup>:

Em se tratando de acessório, como é evidente, a hipoteca assume as mesmas características da obrigação principal: se esta for condicional, a hipoteca também o será; se a obrigação garantida for a termo, sujeita a termo será a garantia hipotecária, e assim por diante. Por outro lado, a hipoteca deve estar sempre vinculada a um crédito.

A hipoteca é um direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal, um acessório do imóvel que é o objeto principal. Portanto, todos os efeitos da regra *accessorium sequitur principale* são aplicados a ela. A hipoteca desaparece ou modifica-se ao mesmo tempo em que o direito a que acede, quando este se extingue, é anulado, resolvido ou modificado.

## 1.5. Requisitos

### (i) Partes

Só podem dar em garantia aqueles que têm o poder da alienação, ou seja, a hipoteca pode ser constituída pelo proprietário do imóvel, pessoalmente, ou por meio de procurador com poderes especiais expressos, na forma do artigo 661 §1º do Código Civil:

Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.

Ensina Orlando Gomes<sup>54</sup> que:

Embora o direito de hipotecar só seja exercitável pelas pessoas que podem alienar, quem possuía a coisa a título de proprietário, sem o ser, e a hipotecou, terá

<sup>53</sup> ROMITTI, Mário Müller e DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao código civil brasileiro*, volume XIII: do direito das coisas; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 509.

<sup>54</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 414.

revalidado a hipoteca, se a adquirir posteriormente. Em suma, o domínio superveniente convalida a garantia real desde a transcrição.

Os casados, salvo no regime da separação absoluta de bens (artigo 1647, I do Código Civil), demandarão de outorga uxória ou marital ou ainda judicial, nos casos em que haja recusa injustificada ou impossibilidade de consenso do cônjuge e o devedor tenha que recorrer à supressão da outorga.

No caso de condomínio de coisa indivisível, a hipoteca da totalidade dependerá de consenso dos demais condôminos. Nesse contexto, vale dizer que, com o falecimento do proprietário do imóvel, o domínio é transmitido de imediato aos herdeiros e os direitos são indivisíveis, até a partilha, como se condomínio indivisível fosse.

Portanto, na ausência de outorga do cônjuge ou do condômino de coisa indivisível, a hipoteca será nula, pois não existe meia hipoteca. Nesse sentido, merecem análise dois interessantes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE INEXISTENTE. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DIVERGÊNCIA EFETIVA ENTRE MAIORIA E MINORIA. EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. MANDATO. IRREGULARIDADE SANADA. CPC, ARTS. 13 E 37. EXEGESE. SÚMULA N. 7-STJ. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO POR ESPÓLIO. TOMADA DE EMPRÉSTIMO E CONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA POR VIÚVO MEEIRO EM RELAÇÃO A IMÓVEL AINDA NÃO PARTILHADO. INVENTÁRIO EM CURSO HÁ VÁRIOS ANOS. DECISÃO QUE ADMITE A HIGIDEZ DO ÔNUS REAL E RESPECTIVA PENHORA SOBRE A PARTE DO BEM QUE COUBER AO EXECUTADO. IMPOSSIBILIDADE. INDIVISIBILIDADE DO PATRIMÔNIO E HERANÇA. DOMÍNIO TRANSMITIDO DE IMEDIATO COM A ABERTURA DA SUCESSÃO.

I. Não se identifica nulidade em acórdão que enfrenta suficientemente as questões essenciais ao deslinde da controvérsia.

II. Possível nas instâncias ordinárias a convalidação do mandato, ao teor dos arts. 13 e 37 do CPC, com a regularização dos atos já praticados, necessária, por outro lado, a prévia oportunidade para tanto pelo órgão julgador. Precedentes do STJ.

III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

IV. Aberta a sucessão, o domínio é transmitido de imediato aos herdeiros e os direitos são indivisíveis, até a partilha, de sorte que é vedado ao viúvo-meeiro, da mesma forma que em vida não poderia fazê-lo sem a outorga uxória, gravar imóvel objeto do inventário já aberto com ônus hipotecário, resultando, ao depois, na execução e penhora do bem ainda comum a todos, posto que o ato é viciado em sua origem.

V. Recurso especial conhecido parcialmente e provido, com a procedência dos

embargos de terceiro opostos pelo espólio.<sup>55</sup>

RESP - AÇÃO ANULATÓRIA DE TÍTULO DE CRÉDITO - FALSIFICAÇÃO DE ASSINATURA DE CÔNJUGE - HIPOTECA - INEFICAZ - OFENSA ART. 535 CPC INEXISTÊNCIA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

- Na constância da sociedade conjugal, o marido não pode, sem o consentimento da mulher, hipotecar bens imóveis, ou gravá-los de ônus real, qualquer que seja o regime de bens (Código Civil. Art. 235, I).
- É nula a alienação de bem imóvel, na constância da sociedade conjugal, sem a outorga uxória.
- Hipoteca incide sobre imóvel, ou é eficaz ou não o é. Não existe meia hipoteca.<sup>56</sup>

Se a coisa for divisível, cada um pode hipotecar o seu quinhão ideal, conforme prevê o artigo 1.420 §2º do Código Civil.

Os menores, sob poder familiar, podem hipotecar seus bens, desde que devidamente representados pelos seus pais e mediante autorização judicial prévia, conforme regra do artigo 1.691 do Código Civil. A mesma regra aplica-se aos tutelados e curatelados, conforme artigos 1.748 e 1.750 do Código Civil.

Embora não haja proibição expressa na legislação, recomenda-se que hipoteca de ascendentes para descendentes conte com a anuência dos demais descendentes, como acontece na alienação de imóvel, para evitar discussão de sua anulabilidade, considerando que há julgados nesse sentido, como se vê da decisão abaixo:

HIPOTECA - Ação anulatória - Outorga de garantia hipotecaria ao co-réu, consistente no único imóvel no patrimônio do outorgante para garantir dívida de dois filhos, sem a anuência dos seis restantes - Impossibilidade - Aplicação dos art. 1132 e 1164, II, ambos do Código Civil - Procedência – Recurso improvido.<sup>57</sup>

Em caso de falência, a outorga de hipoteca dos bens da empresa falida é proibida e, em caso de recuperação judicial, a outorga da hipoteca depende de autorização judicial, até o cumprimento da recuperação.

<sup>55</sup> REsp 304.800/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJ 28/05/2007, p. 342.

<sup>56</sup> REsp 651.318/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 309.

<sup>57</sup> TJ/SP, 18ª Câmara de Direito Privado, Apelação Com Revisão nº 9151992-84.2002.8.26.0000, Relator(a): Burza Neto, Data do julgamento: 12/06/2006, Data de registro: 28/06/2006.

**(ii) Objeto**

A hipoteca recai sobre bens imóveis e equiparados alienáveis, corpóreos ou incorpóreos. Na forma do artigo 1.473 do Código Civil, podem ser objeto de hipoteca (i) os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles, aí considerados as acessões, melhoramentos ou construções, de qualquer espécie; (ii) o domínio direto e o domínio útil, nos casos de enfiteuse; (iii) estradas de ferro, compreendendo os trilhos, oficinas, estações, linhas, locomotivas e carros, devendo o credor respeitar as regras de administração e exploração da linha e a legislação específica do tema, que determina seu registro no município da estação inicial da linha, conforme artigos 1504 do Código Civil e 171 da Lei nº 6015/73 (“Registros Públicos”); (iv) recursos naturais do solo, observadas as regras e ressalvas dos artigos 1.229 e 1.230 do Código Civil, abaixo transcritos; (v) navios e aeronaves,; (vi) direito de uso especial de moradia; (vii) direito real de uso, enquanto perdurar o uso; e (viii) a propriedade superficiária, enquanto perdurar a propriedade<sup>58</sup>:

Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca:

- I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles;
- II - o domínio direto;
- III - o domínio útil;
- IV - as estradas de ferro;
- V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham;
- VI - os navios;
- VII - as aeronaves.
- VIII - o direito de uso especial para fins de moradia;
- IX - o direito real de uso;
- X - a propriedade superficiária.

§ 1º A hipoteca dos navios e das aeronaves rege-se-á pelo disposto em lei especial.

§ 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos IX e X do caput deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

Por outro lado, não podem ser objeto de hipoteca, os bens de uso e

---

<sup>58</sup> REsp 304.800/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJ 28/05/2007, p. 342.

domínio público, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse e bens públicos, os bens fora do comércio, as terras ocupadas pelos índios, os bens dos órfãos, por serem bens indisponíveis, e os bens com cláusula de inalienabilidade, em respeito às inscrições no registro e ao princípio da prioridade.

Também há situações especiais que geram a indisponibilidade de bens e, por consequência, a impossibilidade de outorga de hipoteca, tal como os bens dos administradores de instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou falência, na forma do artigo 36 da Lei 6.024/1974, ou ainda por conta de decisões proferidas em ação de improbidade administrativa.

Augusto Passamani Bufulin<sup>59</sup>, citando Gladston Mamade, dá ainda outro exemplo de impossibilidade de outorga de hipoteca, qual seja, sobre os bens dos administradores e membros do conselho deliberativo, consultivo, fiscal ou assemelhados, das entidades de previdência privada sob intervenção ou em liquidação extrajudicial.

O bem de família também não pode ser hipotecado, salvo quando a garantia é prestada em benefício da entidade familiar. Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PROVA DE QUE O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. EXCEÇÃO DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90. INAPLICABILIDADE. DÍVIDA DE TERCEIRO. PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FORA CONTRAÍDA EM FAVOR DA ENTIDADE FAMILIAR. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único de sua propriedade.
2. Não se pode presumir que a garantia tenha sido dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90.
3. Somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro.
4. Na hipótese dos autos, a hipoteca foi dada em garantia de dívida de terceiro,

<sup>59</sup> Conforme: BUFULIN, Augusto Passamani, apud MAMEDE, Gladston, Luiz, *Hipoteca, constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.

sociedade empresária, a qual celebrou contrato de mútuo com o banco. Desse modo, a garantia da hipoteca, cujo objeto era o imóvel residencial dos ora recorrentes, foi feita em favor da pessoa jurídica, e não em benefício próprio dos titulares ou de sua família, ainda que únicos sócios da empresa, o que afasta a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90.

5. Recurso especial conhecido e provido.<sup>60</sup>

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DUPLICATA ACEITA. CAUSA DEBENDI. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DADO EM HIPOTECA PARA GARANTIR DÍVIDA DE TERCEIRO. NÃO APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, INCISO V, DA LEI N. 8.009/90.

1. A discussão acerca da causa debendi subjacente à emissão de duplicata mercantil encontra óbice na Súmula 7/STJ. Ademais, a jurisprudência da Casa vem afirmando, de forma reiterada, que, havendo aceite, de regra, o aceitante se vincula à duplicata, afastada a possibilidade de investigação quanto ao negócio causal.

2. O caráter protetivo da Lei n. 8.009/90 impõe sejam as exceções nela estabelecidas interpretadas restritivamente. Nesse sentido, a exceção prevista no inciso V do artigo 3º da Lei 8.009/90 abarca somente a hipoteca constituída como garantia de dívida própria do casal ou da família, não alcançando aquela que tenha sido constituída em garantia de dívida de terceiro.

3. Recurso especial parcialmente provido.<sup>61</sup>

A Constituição Federal (art. 5º, XXVI) também estabelece que é impenhorável a pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, para pagamento de débitos decorrentes da sua atividade produtiva.

Qualifica-se a pequena propriedade rural aquela com até 4 módulos fiscais, conforme parâmetro da Lei nº 8.629/93, que trata da reforma agrária. O módulo fiscal é utilizado como base para recolhimento do Imposto Territorial Rural e seu tamanho varia de região para região.

O rol dos bens sujeitos a hipoteca, previsto no art. 1.473 do Código Civil, é taxativo, podendo ser ampliado por lei. Carvalho dos Santos<sup>62</sup> explica “em nosso Direito, a hipoteca não pode ter por objeto senão determinados bens. Neste artigo, passa o Código a enumerar taxativamente quais esses bens que podem ser objeto da hipoteca”.

<sup>60</sup> REsp 988.915/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 08/06/2012.

<sup>61</sup> REsp 997.261/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 26/04/2012.

<sup>62</sup> CARVALHO SANTOS, José Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*. 12ª edição. Volume 10, 1982, p.279.

Conclui-se, portanto, que os objetos da hipoteca convencional são diversos, de modo que cada tipo possui sua especificidade e, por consequência, atribuem características específicas ao título hipotecário. Por tal motivo, cabe demonstrar de maneira mais aprofundada e individualizada os objetos hipotecários mais correntes e relevantes em nossa atualidade e suas respectivas peculiaridades.

### (ii.1) Hipoteca sobre acessórios e pertencas do imóvel

A hipoteca sobre bens imóveis não abarca tão somente o bem propriamente dito, mas também, lembrando o princípio geral de que o acessório segue o principal, previsto no artigo 92 do Código Civil, tudo o que lhe incorpora natural ou artificialmente e seus acessórios, ainda que o instrumento contratual a eles não se refira. Ensina Orlando Gomes<sup>63</sup> que:

A hipoteca de um bem imóvel abrange todas as acessões e benfeitorias. Nas acessões incluem-se as construções, bem como as plantações. Compreende-se na hipoteca tudo o que estiver no e for incorporado ao imóvel. Se as benfeitorias pertencerem a terceiros, aos quais assista o direito de pedir indenização ao proprietário do imóvel, deduz-se o seu valor no preço de venda do bem principal.

Ainda, segundo Pontes de Miranda<sup>64</sup>, *“A hipoteca apanha todas as partes integrantes do bem gravado, essenciais ou não essenciais, corpóreas ou incorpóreas, e não importa se a aquisição ou integração já ocorrera antes da constituição da hipoteca, ou se sobreveio”*.

No mesmo sentido, assente a jurisprudência:

EMENTA: Arrematação - Hipoteca - Não constando do título constitutivo da garantia real do terreno a existência de acessões que não foram ou estão averbadas na matrícula do imóvel, dever-se-á ter como incluídas, automaticamente, no conteúdo hipotecário, as construções [artigo 1474, do novo código civil], sem que essa operação comprometa a eficácia da arrematação, até porque, no aviso de praça, apregoou-se que seriam ofertados, por meio de leilão, o terreno e as casas nele edificadas. Quando se discute, em casos semelhantes, eventual direito de terceiro por benfeitorias ou construções incluídas na hipoteca constituída pelo proprietário, é

<sup>63</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 416.

<sup>64</sup> MIRANDA, Pontes de Miranda. *Tratados de Direito Privado – Parte Especial Tomo XX*, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1958l.

importante observar que caberá a este, e não ao credor hipotecário, o dever de reembolso pelas obras que se incorporaram ao imóvel hipotecado - não provimento, com essa observação.<sup>65</sup>

EMENTA: Acórdão penhora. Execução hipotecária. Alegado pelos executados que a constrição não recaiu sobre as construções existentes no imóvel penhorado. Garantia real que abrange todas as acessões, melhoramentos e construções existentes (art. 811 do cc/1916 e art 1474 cc vigente). Observância, outrossim, do princípio da indivisibilidade da hipoteca. Decisão nesse ponto mantida. Execução provisória.<sup>66</sup>

Dessa forma, considera-se acessório: (i) tudo o que for equiparado, de forma permanente ao solo - como plantas e sementes; (ii) o que for acessório natural, como frutos pendentes e; (iii) tudo o que o homem empregar para a exploração, comodidade ou aformoseamento do imóvel.

Nesse sentido, de acordo com Buffulin<sup>67</sup>, que cita Gladston Mamede os acessórios não dependem de sua atividade no imóvel, uma vez que, no caso das benfeitorias ou bens acessórios:

(...) é indiferente sejam essenciais ao seu uso ou à manutenção de sua integridade, terem por objeto o oferecimento de facilidades ou comodidades, ou mesmo se sua razão é apenas o aformoseamento do bem, ou resposta a qualquer outro desejo ou capricho de quem lhe construiu.

Como fundamento legal, o artigo 1.474 do Código Civil prevê que a hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel e que subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel. Além disso, o artigo 1.248 do Código Civil prevê que a acessão pode dar-se por formação de ilhas, por aluvião, por avulsão, por abandono de álveo e por plantações ou construções.

Ainda, como forma de proteção à garantia, caso o devedor desincorpore o bem acessório do bem imóvel, procurando prejudicar o credor hipotecário, é possível demandar o reforço da hipoteca ou considerar vencida

---

<sup>65</sup> TJSP, Apelação 9080443-82.2000.8.26.0000, Relator(a): Enio Zuliani, 10ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 23/03/2004.

<sup>66</sup> TJSP, Agravo de Instrumento 0051478-82.2002.8.26.0000, Relator(a): Paulo Roberto de Santana, 4ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 21/05/2003.

<sup>67</sup> BUFULIN, Augusto Passamani, *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.143.

antecipadamente a dívida.

No entanto, não é pacífico o enquadramento de pertenças ao abrigo do artigo 1.474 do Código Civil, uma vez que, embora o artigo 93 do Código Civil verse que as pertenças são “*os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro*”, o artigo 94 do Código Civil, por sua vez, prevê que “*os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso*”.

Assim, considerando que (i) o artigo 1.474 do Código Civil não é expreso sobre a inclusão das pertenças como acessórias do principal e, portanto, incluídas na garantia hipotecária; e (ii) o artigo 94 do Código Civil prevê expressamente que os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças; como forma de garantir, com segurança, a extensão das pertenças à garantia hipotecária recomenda-se que elas constem expressamente do negócio jurídico e/ou da garantia outorgada.

#### **(ii.1.1) Hipoteca sobre gasodutos e lavouras**

Acompanhando o que já ocorre com os bens acessórios, conforme demonstrado no tópico anterior, são hipotecáveis os bens móveis que aderem ao solo, como dutos, denominadas *partes integrantes* e os bens móveis que são empregados intencionalmente ao imóvel como parte da atividade econômica explorada no imóvel, denominadas *pertenças*.

Há ainda os bens imóveis compostos, passíveis de hipoteca, como, por exemplo, os gasodutos. Nesse caso, abarcaram a hipoteca as áreas desapropriadas, as servidões administrativas, as estações de compressão, as máquinas, os dutos e tudo o mais que estiver empregado na sua exploração.

Essas partes integrantes e pertenças devem ser hipotecadas em conjunto, para fins de imobilização, em atenção à regra do artigo 1.473, I do Código Civil. Dado o interesse público do transporte de gás, a legislação exige o registro da

escritura pública de hipoteca de gasoduto no Cartório da estação de compressão inicial (livro 2).

É válido aprofundar as consequências de garantia hipotecárias sobre bem imóvel no qual haja cultivo de lavoura, dado o conflito doutrinário na sua qualificação.

Conforme prevê o artigo 82 do Código Civil, são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Tendo em vista que a lavoura pode ser removida por força alheia, é de todo aceitável que seja ela considerada um bem móvel, o que destarte afastaria a extensão do gravame real. Todavia, dispõe o art. 79 do Código Civil que são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente, o que implicaria em interpretação diversa em relação à natureza jurídica da lavoura. Há ainda a possível qualificação da lavoura como pertenças.

Na segunda hipótese, a lavoura estaria intrinsecamente ligada ao bem principal (imóvel rural) por acessão. Assim, Renato Buranello<sup>68</sup> conclui que “(...) Nesse sentido, a interpretação da lavoura como acessão ao bem imóvel, pelo que determinam os arts. 1.473, inciso I, e 1.474, ambos do Código Civil, seria então suscetível de constituição do ônus de hipoteca”.

Em contrapartida, há ainda uma corrente que qualifica a lavoura como bens móveis por antecipação, na medida em que a sua destinação é o corte, a efetiva desincorporação do solo e outra como pertenças, pois é parte da atividade econômica explorada no imóvel.

Somos da opinião que a lavoura não é acessório e tampouco é acessão artificial do imóvel, mas sim uma pertença. Nesse sentido, para a lavoura fazer parte da garantia hipotecária, deve constar expressamente do negócio jurídico,

---

<sup>68</sup> BURANELLO, Renato M. *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio – Regime Jurídico*. 2ª edição: Revista e atualizada e ampliada, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 616.

conforme redação do artigo 94 do Código Civil.

Assim, nada impede que o proprietário do imóvel constitua hipoteca sobre as suas terras, sem nada mencionar da lavoura, empenhe sua lavoura a terceiros, no exercício de sua atividade rural, sem que um negócio jurídico se confunda com o outro, inclusive no que tange ao direito de preferência. No mais, nos parece ser de interesse do credor hipotecário que o devedor colha os frutos, para que com a sua venda, adquira condições econômicas para adimplir a obrigação principal.

Esta conclusão está refletida no artigo 219 da Lei de Registros Públicos, que estabelece que o registro de penhor rural independe do consentimento do credor hipotecário. Nesse sentido é o posicionamento de Buranello<sup>69</sup>:

Destarte, é perfeitamente defensável a tese de que a garantia hipotecária incidente sobre um determinado imóvel não alcance os frutos sobre ela existentes, se tanto não tiver sido expressamente estipulado pelas partes na constituição do gravame. De outro ponto de vista, se a garantia hipotecária, como já se viu, não alcança os frutos cultivados no respectivo imóvel, pelas mesmas razões a penhora levada a efeito em uma execução hipotecária também não os alcançará, assim como não impedirá que o terceiro que possui garantia específica sobre tais frutos venha a ter aqueles frutos devidamente assegurados na garantia de seus direitos.

## **(ii.2) Hipoteca sobre recursos naturais**

O artigo 1.473, V, do Código Civil permite a hipoteca sobre os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham. O artigo 1.230 do Código Civil, por sua vez, arrola as jazidas, as minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica.

Washington de Barros Monteiro<sup>70</sup> explica que:

No tocante às primeiras, são hipotecáveis não somente jazidas (massa individualizada de substância material ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra e que tenha valor econômico), como também as minas de lavra,

<sup>69</sup> BURANELLO, Renato M. *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio – Regime Jurídico*. 2ª Edição. Eevista e atualizada e ampliada, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 618.

<sup>70</sup> BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*. 38ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, volume 3, p.415.

entendendo-se por lavra o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substancias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas (Dec-Lei 227, de 28-2-1967, art.36). As jazidas, bens imóveis, distintos do solo onde se encontram (art. 84) dotadas de individualidade jurídica própria, são hipotecáveis. Às águas minerais, termais e gasosas entram igualmente na classe das jazidas e tornam-se, por isso, suscetíveis de hipoteca. Da mesma forma as pedreiras.

Nos parece que, como o artigo 1.230 do Código Civil estabelece que a propriedade do solo não abrange tais recursos naturais, que o direito hipotecário deve ser outorgado sobre o crédito advindo da sua exploração.

### **(ii.3) Hipoteca de prédios em construção**

A jurisprudência tem admitido a hipoteca de construções não terminadas, de forma a facilitar e viabilizar o financiamento para aquisição/construção da casa própria, devendo constar do ato constitutivo do ônus real a edificação com base na fração ideal do solo e da proporção de desenvolvimento da obra.

Ensina assim, Orlando Gomes<sup>71</sup>:

(...) admite-se a hipoteca de construções iniciadas, facilitando-se, desse modo, o financiamento para aquisição de casa própria. A hipoteca de construções começadas está largamente empregada para a edificação dos prédios e apartamentos.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira<sup>72</sup>:

(...) embora a lei especial se lhe não refira por expresso, entendemos ainda que é possível a hipoteca sobre apartamento a construir, gravando desde logo a fração ideal do terreno, e abrangendo a construção na medida em que emerge da fase de mera expectativa e se converte em realidade material. A argumentação fundada na necessidade de especialização da hipoteca não tem procedência, porque a descrição da unidade opera como uma especialização antecipada.

Observa-se, em suma, que tal tipo de hipoteca é totalmente viável,

---

<sup>71</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 415.

<sup>72</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11 edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 1994, volume IV, p.223 e 224

senão essencial para o bom andamento da economia, principalmente em cidades urbanas e com a explosão de grandes centros comerciais-habitacionais pela construção de condomínios e edifícios.

#### **(ii.4) Hipoteca aeronaves e navios**

Objetivando fomentar a construção e o financiamento, a legislação admite a hipoteca de navios e aeronaves. O motivo para esse tratamento especial oferecido a navios e aeronaves deve-se ao fato de que possuem elevado valor econômico e papel importante no desenvolvimento da economia.

É possível a outorga de hipoteca sobre eles, porque as embarcações e aeronaves são bens valiosos e facilmente identificáveis, têm sua denominação própria, nacionalidade e oferecem as condições necessárias para assegurar o pagamento de uma dívida. Os navios, por exemplo, são sempre vinculados a um porto.

Os navios e aeronaves possuem marca e estão sujeitos a um registro especial, ambos são projeções do território nacional no mar e no ar, respectivamente, e possuem legislação específica. Silvio Venosa<sup>73</sup> ensina que:

No sistema brasileiro as hipotecas sobre navios e aeronaves não se constituem meros penhores sobre outra denominação. Conceituam-se e regem-se efetivamente como hipoteca, aplicando-se-lhes os princípios de direito hipotecário. A legislação especial que as regula não deixa dúvidas. Posse alguma tem o credor hipotecário sobre esses bens móveis. Tal como nas demais hipotecas, antes do registro junto à matrícula estabelece-se apenas direito pessoal entre credor e devedor, ou, como é possível afirmar, direito real de compreensão e extensão limitadas aos contraentes.

O professor José Celso Ribeiro Vilela de Oliveira<sup>74</sup> reforçando que o legislador acertou ao conceder determinada qualidade de bens imóveis aos navios e embarcações, lembra que:

---

<sup>73</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 588.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, José Celso Ribeiro Vilela de. *A hipoteca à luz do direito registral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1535, 14 set. 2007.

A hipoteca, diferentemente do penhor, não transfere a posse ao credor, o que torna a submissão de tais bens móveis à hipoteca uma boa medida, já que permite que o bem continue a ter a sua destinação econômica dada pelo devedor”, e assegura que “está clara a importância da opção legislativa pelo regime hipotecário, muito embora esses bens conservem sua natureza móvel.

Conforme Lei nº 7.565/86, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, a aeronave é um bem móvel, registrável e sujeito à hipoteca. A Lei nº 7.665/88, que regula o registro da propriedade marítima no Brasil, também permite que a hipoteca ou outro gravame real recaia sobre a embarcação, ainda que em fase de construção.

Mesmo em fase de construção, podem os navios e aeronaves ser gravados por hipoteca, até mesmo como forma de financiamento de sua própria construção.

#### **(ii.5) Hipoteca sobre estradas de ferro**

Cabe destacar também a hipoteca sobre vias férreas que é uma modalidade regulada por legislação específica – assim como as de hipoteca naval e aérea. Ensina Orlando Gomes<sup>75</sup>, que “(...) oferece a hipoteca das vias férreas o direito conferido ao credor hipotecário de opor-se à venda da estrada, de suas linhas, ramais e material rodante, sempre que importe diminuição da garantia. Seu poder sobre a coisa é, assim, mais enérgico do que na hipoteca comum”.

Percebe-se que o legislador pátrio incluiu as estradas de ferro como objeto de hipoteca por razão do elevado valor econômico e social que as incorpora e pela necessidade de atendimento ao serviço público por ela viabilizado.

Por costume, abrangem-se na expressão *estrada de ferro* todos os bens utilizados no transporte férreo: complexo de terrenos, pontes, casas de máquinas, trilhos e todo e qualquer outro acessório que compõe a estrada como um todo.

---

<sup>75</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 420.

O civilista Carvalho Santos<sup>76</sup>, citando Gianturco, demonstrou bem essa qualidade:

(...) as estradas de ferro, devendo sempre ser consideradas no seu complexo de terrenos, pontes, estações, oficinas, casa de maquinas, depósitos, materiais fixos e rodantes etc., constituem, como disse Gianturco (Estudos de Investigações sobre a transcrição e direito hipotecário, §§ 88-89), uma unidade econômica e jurídica incindível.

Para fins do princípio da publicidade, as estradas de ferro devem ser inscritas no município da estação inicial da respectiva linha.

A hipoteca parcial das estradas de ferro também é possível, desde que seja circunscrita à linha ou às linhas especificadas na escritura e ao respectivo material de exploração, no estado em que ao tempo da execução estiverem. Os credores hipotecários poderão opor-se à venda da estrada, à de suas linhas, de seus ramais ou de parte considerável do material de exploração; bem como à fusão com outra empresa, sempre que com isso a garantia do débito enfraquecer.

Conforme artigo 1.505 do Código Civil, por conta do interesse público da atividade, na execução das hipotecas de linhas férreas deverá ser intimado o representante da União ou do Estado, para, dentro em quinze dias, remir a estrada de ferro hipotecada, pagando o preço da arrematação ou da adjudicação.

#### **(ii.6) Hipoteca de dívida futura**

A matéria está disciplinada no art. 1.487 do Código Civil, que autoriza expressamente a constituição de hipoteca com o intuito de garantir dívidas futuras, com a condição de que se estabeleça o valor máximo do crédito garantido.

Ademar Fioraneli<sup>77</sup>, oficial do 7º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo, escreveu artigo sobre os aspectos práticos da hipoteca no registro

---

<sup>76</sup> CARVALHO SANTOS, José Manuel de. Código Civil Brasileiro interpretado, 12 ed., vol. 10., 1982, p.288.

<sup>77</sup> FIORANELI, Ademar e SILVA, Jersé Rodrigues da. A Hipoteca: Doutrina – jurisprudência legislação – Aspectos Práticos no Registro Imobiliário, Revista de Direito Imobiliário 33/7 p.15 de 67

imobiliário e dá um bom exemplo:

É perfeitamente válida a garantia hipotecária de obrigação futura, podendo ser invocado o caso de hipoteca constituída para garantir abertura de um crédito em conta corrente: enquanto o correntista não se constitui devedor, usando o crédito, a hipoteca espera a dívida para garanti-la. Se a dívida não se forma, a hipoteca fica sem efeito.

A execução dessa modalidade de hipoteca para a satisfação do crédito está sujeita à prévia e expressa concordância do devedor quanto ao montante da dívida. Nos casos de divergência quanto ao valor do débito, cabe ao credor fazer prova de seu direito, estando responsabilizado o devedor pelo atraso causado à execução da hipoteca.

Os requisitos para a sua constituição é o de que o título constitutivo da hipoteca declare: (i) o valor máximo da dívida a ser constituída, a forma de calculá-la ou sua estimação; e (ii) o prazo fixado para o pagamento, a taxa de juros se houver e a identificação do bem dado em garantia, com as suas especificações (requisitos da art. 761 do Código Civil de 1916).

A escritura de hipoteca para garantia de dívida futura, além de observar os formalismos para a constituição de um garantia hipotecária comum (princípios da especialização e inscrição), deverá descrever o procedimento acordado pelas partes para a determinação e a prova do montante da dívida. Como ressalva, caso o valor da dívida futura garantida seja incrementada com um novo crédito, considera-se a constituição de uma nova obrigação e, portanto, é necessário uma instituição de uma nova garantia, por meio de novo título.

### **(iii) Modalidades**

A hipoteca pode constituir-se por contrato, por disposição legal ou por sentença. Em todos os casos sua materialização está vinculada a um título ou documento. A hipoteca subdivide-senas seguintes espécies: convencional, legal e judiciária. Há ainda doutrinadores, como Pontes de Miranda<sup>78</sup>, que sugerem a

---

<sup>78</sup> Conforme: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, Tomo XX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

hipoteca censual como uma quarta espécie, mas preferimos tratá-la como um desdobramento da hipoteca convencional, desenvolvida em capítulo próprio.

### **(iii.1) Hipoteca convencional**

A hipoteca convencional é constituída mediante acordo de vontade entre as partes que estabelece um gravame real sobre determinado bem imóvel ou sobre os demais bens arrolados no art. 1.473 do Código Civil.

A hipoteca convencional é, sem dúvida, dentre as três modalidades de hipoteca, a hipótese mais comum e relevante, fruto da autonomia da vontade das partes praticantes do ato jurídico. É importante destacar que terceiro pode gravar bem próprio em garantia de dívida alheia, sem necessidade de anuência do devedor, salvo, por exemplo, se o fizer no bojo de aditamento de cédula, pois a lei especial, de modo geral, exige anuência do credor aos aditamentos.

Por ser instituída sobre imóvel, a hipoteca convencional deve ser outorgada por escritura pública, conforme artigo 108 do Código Civil, e exige a presença de testemunhas instrumentárias. As partes podem ajustar o valor do imóvel hipotecado e os critérios de atualização, o qual será a base para as arrematações, adjudicações e remissões, dispensada a avaliação, conforme artigo 1484 do Código Civil:

Art. 1.484. É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remissões, dispensada a avaliação.

Essa faculdade deve ser avaliada com bastante cautela, pois, embora a indicação na escritura de valores economize tempo num processo de avaliação em execução da hipoteca, especialmente em casos de imóveis localizados em Comarcas diversas de onde tramita a execução, por outro lado, a variação e oscilação de preço de imóveis costuma ser grande, podendo implicar em prejuízo. Recomenda-se prever as duas opções: inclusão de valor, com critérios de atualização e possibilidade de nova avaliação.

De qualquer forma, a seu critério, o Juízo pode determinar seja realizada nova avaliação do bem.

Destaca Aldemiro Rezende Dantas Junior<sup>79</sup>, na obra *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, que a hipoteca convencional é aquela que “*tem sua origem no acordo de vontades entre o credor hipotecário e o devedor hipotecante, surgindo como garantia de uma dívida, que é o negócio principal, e tendo, portanto natureza acessória (...)*”.

Orlando Gomes<sup>80</sup>, na obra *Direitos Reais*, atualizada por Fachin, classifica os requisitos necessários à validade do negócio jurídico constitutivo da garantia de hipoteca em intrínsecos e extrínsecos (ou formais). Dos primeiros, o autor destaca a qualidade de proprietário (justificável pela faculdade do credor de vender judicialmente o bem gravado) e a capacidade de alienar; dos segundos, a forma contratual, estipulada por meio de escritura pública.

Ainda ressalta Orlando Gomes<sup>81</sup>, que o atendimento aos requisitos elencados acima é imprescindível para a validade do negócio, especialmente porque a decretação de nulidade do contrato acarreta a invalidade da garantia hipotecária.

### **(iii.2) Hipoteca legal**

Na hipoteca legal, o título constitutivo é a sentença e na hipoteca judicial, a carta de sentença ou o mandado judicial, contendo a indicação das coisas gravadas e a dívida objeto da garantia.

Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz<sup>82</sup>, a hipoteca legal é aquela que a lei confere a certos credores, que, por se encontrarem em determinada

---

<sup>79</sup> ROMITTI, Mário Müller e DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao código civil brasileiro*, volume XIII: do direito das coisas; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 504.

<sup>80</sup> Conforme: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 417.

<sup>81</sup> Conforme: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 418.

<sup>82</sup> Conforme: DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6ª edição. 2006, Editora Saraiva, volume 5, p. 234.

situação e pelo fato de que seus bens são confiados à administração alheia, devem ter uma proteção especial.

O próprio ordenamento jurídico protege determinados indivíduos com a garantia de hipoteca decorrente de lei. Orlando Gomes<sup>83</sup> leciona que “(...) *É a qualidade do credor, e não do crédito, que justifica sua constituição*”. Desse modo, é a lei que defere esse tipo de hipoteca com o intuito maior de proteger os credores, devido à posição especial que ocupam.

No estudo da hipoteca legal, preconiza-se a divisão em dois momentos diversos, quais sejam: (i) o da verificação de um dos fatos geradores do art. 1.489 do Código Civil de 2002 – casos em que subsiste um gravame real limitado, pois não há ainda oponibilidade a terceiros e (ii) o da individualização dos bens sobre os quais recairá o gravame, culminando nos processos de especialização (previsto no art. 1.025 e ss. do Código de Processo Civil) e inscrição no registro imobiliário (no Cartório de Registro de Imóveis), quando efetivamente surge o efeito *erga omnes*, próprio dos direitos reais.

O rol de hipóteses de hipoteca legal está previsto no art. 1.489 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.489. A lei confere hipoteca:

- I - às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas;
- II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;
- III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;
- IV - ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;
- V - ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

A ideia primordial da hipoteca legal é a de proteger o efetivo ressarcimento de eventuais prejuízos causados por quem administra bens alheios

---

<sup>83</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 418.

ou é devedor sob condições definidas. Contudo, a verificação empírica do rol do art. 1.489 do Código Civil, por si só, não é suficiente para estabelecer a hipoteca legal em relação a terceiros, quer dizer, a proteção limita-se aos beneficiários (como gravame real limitado), e só adquire eficácia perante terceiros após o devido registro no órgão competente.

Com efeito, os princípios aplicados à hipoteca convencional – especialização e inscrição no registro imobiliário – também recaem sobre os casos de hipoteca legal, e indispensáveis à aquisição de eficácia perante terceiros. A especialização e a inscrição serão efetuadas em momento posterior à verificação dos fatos geradores elencados no art. 1.489 do Código Civil, conforme o disposto no art. 1.497 do Código Civil.

O inciso I do art. 1.489 do Código Civil refere-se à hipoteca de bens imóveis de funcionários públicos responsáveis pela administração, cobrança e guarda de fundos e rendas pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno (art. 41 do Código Civil). Sílvia Venosa<sup>84</sup> ressalta que tal espécie é comumente relegada pelos administradores pátrios, e que sua aplicação deveria ser estendida a *“todo e qualquer servidor que se coloque em posição ou exerça atividade ou função passível de causar prejuízo ao erário público, inclusive membros integrantes dos poderes”*.

A hipótese prevista no inciso II refere-se primordialmente *“à hipoteca do filho cujos pais convolarem novas núpcias antes de ultimarem o inventário e a partilha do casamento anterior”*<sup>85</sup>. Depreende-se a intenção latente do legislador em proteger o patrimônio do filho do primeiro casamento.

Quanto ao inciso III, trata-se de uma importante medida assecuratória aplicada no processo penal. Segue um interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça, que acaba por explicar a teleologia do instituto da hipoteca legal:

---

<sup>84</sup> VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 568.

<sup>85</sup> VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 568.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. HIPOTECA LEGAL DETERMINADA SOBRE OS BENS DO RÉU E DE SUA EMPRESA, ORA RECORRENTE. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA MEDIDA ASSECURATÓRIA E CONFUSÃO PATRIMONIAL. POSSIBILIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO EVIDENCIADO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. TEORIA NÃO APLICADA NA ESPÉCIE. REGULARIDADE DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL DOS BENS DA RECORRENTE QUE DEVERÁ SER DISCUTIDA EM EMBARGOS DE TERCEIROS.

1. A decisão que determinou a hipoteca legal sobre os bens do réu e de sua empresa, encontra-se devidamente fundamentada, principalmente, após a decisão prolatada em sede de embargos declaratórios, inexistindo, pois, desrespeito ao previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.
2. Não se afigura demonstrado, de plano, a existência do direito líquido e certo da ora Recorrente, uma vez que presentes na espécie os pressupostos autorizadores da medida assecuratória deferida (hipoteca legal), consubstanciados, além da existência da materialidade delitiva e de indícios da autoria do delito de apropriação indébita, na confusão patrimonial dos bens particulares do suposto autor do delito e da empresa ora Recorrente.
3. No caso em tela, nada mais fez o Juízo do feito do que assegurar o patrimônio do réu - constituído nas suas ações da empresa ora Recorrente -, para satisfazer o ressarcimento dos possíveis danos ocasionados à vítima do crime de apropriação indébita, em ação civil ex delicto.
4. Não prospera a alegação de responsabilidade penal atribuída à terceiros da relação jurídica, a ponto de ensejar violação ao princípio da pessoalidade, já que esse "terceiro", nada mais é do que a própria empresa do réu, que, conforme já ressaltado, confunde-se com o seu próprio patrimônio particular.
5. Não restou caracterizada, em sua verdadeira essência, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que, na presente hipótese, houve apenas a determinação da hipoteca legal dos bens do réu, bem como dos bens de sua própria empresa (que, ressalte-se, confunde-se com o seu patrimônio particular), para a garantia do ressarcimento dos danos ocasionados à vítima do delito, denominado pelo Tribunal a quo de "teoria da desconsideração da pessoa jurídica, às avessas" (fl. 488).
6. Sobrevindo condenação em definitivo do réu e recaindo os efeitos de tal condenação sobre a Recorrente, na esfera cível, poderá ela se valer dos embargos de terceiros, onde será possibilitada a ampla discussão da regularidade ou não da constrição judicial procedida sobre seus bens.
7. Recurso desprovido.<sup>86</sup>

A lei também prevê a hipoteca legal, nos parece até que seja homologada e registrada a partilha na matrícula do imóvel, ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente, conforme regra do inciso IV do art. 1.489 do Código Civil.

<sup>86</sup> Recurso em Mandado de Segurança nº13.675/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 307.

Por fim, o último inciso do art. 1.489 do Código Civil confere hipoteca legal ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

Quando os bens especializados em hipoteca legal são insuficientes à garantia da dívida, é possível a indicação de bens adquiridos pelo devedor em momento futuro, ou outros bens que já integrem seu patrimônio.

### **(iii.3) Hipoteca judiciária**

O artigo 466 do Código de Processo Civil disciplina o instituto da hipoteca judiciária, mencionado pela doutrina<sup>87</sup> como um instituto muitas vezes esquecido pelos advogados. Pela hipoteca judiciária, permite-se que, mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, os imóveis dos réus sejam onerados para garantir o crédito do credor autor, confira-se:

Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária:

- I - embora a condenação seja genérica;
- II - pendente arresto de bens do devedor;
- III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.

Segundo Cláudio Teixeira da Silva<sup>88</sup>:

Consiste a hipoteca judiciária em efeito secundário ou anexo da sentença ou acórdão que condena a parte ao pagamento de uma prestação em dinheiro ou em coisa. Significa dizer: a decisão constitui título suficiente para que o vencedor da demanda venha a ter contra o vencido, e sobre seus bens imóveis e certos móveis, direito real de garantia, desde que realizada a inscrição da hipoteca judiciária no Cartório de Registro de Imóveis, que deve ser ordenada pelo juiz por meio de expedição de mandado em atenção a requerimento de especialização dos bens feito pela parte favorecida pela decisão condenatória. Por isso, pode-se afirmar que não se exige, para sua instituição, que a parte a requeira, nem tampouco que o

<sup>87</sup> Conforme: SILVA, Cláudio Teixeira, *Hipoteca Judiciária*. in *Revisa Jurídica Virtual*, Brasília: vol.1 nº 2, junho de 1999.

<sup>88</sup> SILVA, Cláudio Teixeira, *Hipoteca Judiciária*. in *Revisa Jurídica Virtual*, Brasília, vol.1 nº 2, junho de 1999.

órgão jurisdicional sobre ela decida. Institui-se a hipoteca judiciária – e, conseqüentemente, nasce para o vencedor a faculdade de fazê-la inscrever – ex vi legis, pelo só fato da publicação da decisão do magistrado ou do Tribunal.

Leciona Washington de Barros Monteiro<sup>89</sup> que:

A hipoteca judicial, de origem francesa, é a que a lei atribui à sentença condenatória e consiste no direito real conferido ao exequente sobre bens do executado em garantia da execução do julgado. O direito a essa hipoteca apenas surge com julgamento definitivo. Desde que obtenha decisão favorável, assiste ao autor o direito de fixar bens do réu, para vendê-los e assim obter suficientes recursos à satisfação do julgado. A procedência da hipoteca é, pois, jurisdicional.

No mesmo sentido ensina Fausto Pereira de Lacerda Filho<sup>90</sup>, defendendo que a hipoteca judicial:

É a hipoteca de origem francesa, que a lei atribui à sentença condenatória e que consiste no direito real conferido ao exequente sobre os bens do executado, em garantia da execução do julgado. O direito a essa hipoteca, portanto, só surge com o julgamento definitivo da demanda, em última e irrecorrível instância.

Na ordem judicial de instituição da hipoteca judiciária constará a descrição do bem a ser onerado, cujo valor deve equivaler ao *quantum debeatur* fixado na decisão judicial, ou quando a sentença for genérica, ao montante aproximado que vier porventura a fazer jus o vencedor. Nesse sentido, a parte que a requerer deve apresentar a liquidação da condenação, em valor aproximado<sup>91</sup>: “nas hipóteses de sentenças genéricas ou ilíquidas, a parte apresentará uma estimativa de valor a ser garantido pela hipoteca, que será analisado pelo juiz tendo em vista os critérios de razoabilidade e adequação à sentença condenatória”.

O inciso III do artigo 466 do Código de Processo Civil é claro no sentido de que a hipoteca judiciária pode ser instituída ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença. Como a lei distinguiu os dois institutos, é perfeitamente possível que o vencedor promova a execução provisória da sentença e, paralelamente, a instituição da hipoteca judiciária.

<sup>89</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – direito das coisas*, 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p.416.

<sup>90</sup> LACERDA FILHO, Fausto Pereira de. *Hipoteca*. Curitiba: Juruá Editora, 1977, p.59.

<sup>91</sup> FERRARI, Paulo Leme e LISBOA, Adriano Augusto Correa. A hipoteca judiciária e a efetividade do processo. *Questões Práticas do Processo Civil*. Revista do Advogado da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo. Atlas 1997

Portanto, a hipoteca judiciária é um instituto assegurador estabelecido pela lei em favor da parte vencedora, na medida em que representa garantia de satisfação do crédito na fase de execução do título judicial, mesmo que provisoriamente. Ela também tem a importante função de forçar o vencido a cumprir sua obrigação antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, evitando, assim, a utilização da máquina judiciária de forma inútil. Nesse sentido, destaque-se a jurisprudência:

HIPOTECA JUDICIÁRIA. EFEITO NATURAL E IMEDIATO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE OUTROS REQUISITOS NA LEI. DIREITO DO CREDOR QUE NÃO SE SUPRIME ANTE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO, A APARÊNCIA DE SUFICIÊNCIA PATRIMONIAL DO DEVEDOR E DE DESPROPORÇÃO ENTRE O VALOR DA DÍVIDA E O DO BEM SOBRE O QUAL RECAI A HIPOTECA.

I. A hipoteca judiciária, prevista no art. 466 do Código de Processo Civil, constitui efeito natural e imediato da sentença condenatória, de modo que pode ser deferida a requerimento do credor independentemente de outros requisitos, não previstos pela lei.

II. O direito do credor à hipoteca judiciária não se suprime ante a recorribilidade, com efeito suspensivo, da sentença, nem ante a aparência de suficiência patrimonial do devedor, nem, ainda, de desproporção entre o valor da dívida e o do bem sobre o qual recaia a hipoteca, apenas devendo, na execução, observar-se a devida adequação proporcional à dívida.

III. Recurso Especial improvido.<sup>92</sup>

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HIPOTECA JUDICIÁRIA.

Possibilidade de sua constituição quando recebida apelação em ambos os efeitos.

- A hipoteca judiciária constitui um efeito secundário da sentença condenatória e não obsta a sua efetivação a pendência de julgamento de apelação recebida em ambos os efeitos.

Recurso especial provido.<sup>93</sup>

Destaque-se a possibilidade de sua instituição em sentença condenatória em ação civil pública:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 466 DO CPC. HIPOTECA JUDICIÁRIA.

<sup>92</sup> REsp 1133147/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/05/2011

<sup>93</sup> REsp 715.451/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ 02/05/2006, p. 310.

1. O artigo 466 do Código de Processo Civil dispõe: “A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos”.
2. Deve ser autorizada a hipoteca judiciária, por força de sentença proferida em ação civil pública, quando o administrador é condenado a ressarcir os cofres públicos por contratações irregulares, ainda que o dispositivo sentencial lhe permita deduzir valores eventualmente devolvidos pelos co-réus beneficiários.
3. Recurso especial provido.<sup>94</sup>

Naturalmente, a hipoteca judiciária somente poderá ser instituída após aberto o devido contraditório. Nesse sentido:

#### PROCESSO CIVIL. HIPOTECA JUDICIÁRIA. EXIGÊNCIA DO CONTRADITÓRIO.

Não obstante seja um efeito da sentença condenatória, a hipoteca judiciária não pode ser constituída unilateralmente; o devedor deve ser ouvido previamente a respeito do pedido. Recurso especial conhecido e provido.<sup>95</sup>

Por outro lado, a hipoteca judiciária não faculta ao titular da garantia o direito de preferência nos casos de concurso de credores, só havendo a garantia do direito de seqüela. Com efeito, se o proprietário do bem gravado for devedor de credores diversos, o credor da hipoteca judiciária não detém o direito de ter seu crédito adimplido antecipadamente aos demais.

É válido destacar o posicionamento de Fausto Pereira de Lacerda Filho<sup>96</sup> quanto à existência ou não de direito de preferência na hipótese de hipoteca judicial:

(...) a sua classificação, como hipoteca, é imprópria, uma vez que nela só se evidencia o direito de seqüela. A hipoteca judicial não se faz merecedora desse nome ilustre, eis que não atribui nenhuma preferência ao credor exequente, o qual permanece em pé de igualdade com os demais quirografários. Se insolvente o devedor, instaura-se pura e simplesmente o concurso de seus credores, sem que ao exequente assista qualquer prelação ou privilégio.

Depreende-se que o autor compartilha da visão de muitos outros civilistas, defendendo que a hipoteca judicial perde em termos de eficácia em comparação

<sup>94</sup> REsp 762.230/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 06/11/2008.

<sup>95</sup> REsp 439.648/PR, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/11/2006, DJ 04/12/2006, p. 294.

<sup>96</sup> LACERDA FILHO, Fausto Pereira de. *Hipoteca*. Curitiba: Juruá Editora, 1977, p.59.

com institutos processuais de proteção aos credores, tais como arresto de bens do devedor e a fraude à execução.

Portanto, Silvio de Salvo Venosa<sup>97</sup> ensina que a hipoteca judicial é figura cuja finalidade precípua é a de garantir a eficácia de sentenças condenatórias, mas que o instituto concorre, em desvantagem, com os princípios da fraude à execução.

Nos casos de alienação ou oneração de devedor contra o qual corria demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil), pode o juiz declarar a ineficácia do ato praticado determinando a penhora do bem em questão, não importando quem detenha sua posse ou propriedade. Além disso, o exequente prescinde de inscrição imobiliária para fazer valer os princípios da fraude à execução, diferentemente dos casos de hipoteca judicial, na qual a inscrição é condição essencial.

#### **(iv) Forma e formalização**

Como sintetiza Rudolf Arnheim<sup>98</sup>, "*forma é a configuração visível do conteúdo*". Portanto, "forma" e "conteúdo" são duas faces constitutivas do mesmo fenômeno, como no caso dos dois lados de uma mesma folha de papel: corte um lado e o outro será inevitavelmente afetado, exemplo contido no Wikipedia.

Quer para fins de forma, ou de conteúdo, todos os títulos constitutivos das diversas modalidades de hipoteca devem conter o nome das partes, a descrição pormenorizada do bem objeto da hipoteca, o proprietário do bem objeto da hipoteca e o valor do débito garantido.

Outro aspecto relevante é o registro da hipoteca, que lhe outorga o liame real e o efeito *erga omnes* da garantia. O registro configura publicidade ao ato e a fixação de data de instituição do direito real sobre o bem, para fins de verificação da ordem de preferência.

---

<sup>97</sup> Conforme: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 570.

<sup>98</sup> ARNHEIM, Rudolf. *Arte e percepção visual*. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 89.

Segundo Maria Helena Diniz<sup>99</sup>:

O título e a especialização são elementos preparatórios desse ônus real, pois o momento culminante da hipoteca é o registro; enquanto não estiver registrada não é direito real, não passará de um crédito pessoal, pois o título é mera pretensão de constituir o liame jurídico dessa natureza, valendo inter partes. A hipoteca só nasce com o ato registrário, passando a valer erga omnes, opondo-se não só aos credores quirografários do devedor, mas também aos terceiros adquirentes e a outro credor hipotecário que não tenha registrado o título e, ainda, a quem tenha adquirido sobre o imóvel onerado um outro direito real.

Nesse sentido, estabelece o artigo 1.492 do Código Civil:

Art. 1.492. As hipotecas serão registradas no cartório do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um.

Atualmente, os serviços de registros públicos são regulados pela Lei nº 6.015/73, conhecida como a Lei de Registros Públicos, que objetivam dar autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos respectivos. São regulados pela referida lei o registro civil de pessoas naturais, o registro civil de pessoas jurídicas, o registro de títulos e documentos e, o mais importante para este estudo, o registro de imóveis. Nesse sentido, a Lei de Registros Públicos prescreve:

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

1 - o registro:

(...)

2) das hipotecas legais, judiciais e convencionais; (...)

Os serviços de registro mencionado são desempenhados em serventias confiadas aos delegados do Poder Público, a quem competem a função de receber, conferir e transportar para seus livros declarações orais ou escritas sobre fatos e negócios jurídicos, como explica Walter Ceneviva<sup>100</sup>.

A atividade registraria, embora exercida em caráter privado, tem características típicas de serviço público, conforme requisitos do artigo 236 da CF,

<sup>99</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 6ª edição. 2006, Editora Saraiva, volume 5, p-221.

<sup>100</sup> Conforme: CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*. 18ª edição. Editora Saraiva, 2008, p-5.

abaixo transcrito, que prevê, entre outras coisas, a fiscalização dos notários, oficiais de registro e seus prepostos pelo Poder Judiciário:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

A lei federal que regulamenta o §2º do artigo 236 da CF é a Lei nº 8.935/1994, conhecida como a Lei dos Cartórios e dispõe sobre (i) a natureza e fins do serviço notarial, (ii) as atribuições e competências dos notários e oficiais de registro, (iii) como se dá o ingresso das atividades notariais e de registro, (iv) as atividades dos respectivos prepostos, (v) as responsabilidades civis e criminais aplicáveis, (vi) as incompatibilidades e impedimentos, (vii) os direitos e deveres respectivos, (viii) as infrações e penalidades respectivas, (ix) como se dá a fiscalização pelo Poder Judiciário, (x) como se verifica a extinção da delegação e; (xi) regras de seguridade social aplicáveis.

Ainda nas lições de Ceneviva, o oficial de registro, assim como o tabelião ou notário, é profissional do direito, dotado de fé pública, que (i) corresponde à confiança atribuída por lei ao que o oficial declare ou faça, no exercício de sua função, com presunção de verdade e; (ii) afirma a eficácia do negócio jurídico ajustado com base nas declarações ou práticas do notário. Esses conceitos estão refletidos nos artigos 1º e 3º da Lei dos Cartórios:

Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

O registro cria presunção relativa de verdade, constitui malha firme e completa de informação, confere presunção de certeza dos assentamentos, dando eficácia aos atos e, mais importante, atribui publicidade aos atos e negócios jurídicos. Genericamente, confere-se três efeitos jurídicos ao registro público: constitutivo, comprobatório e publicitário.

O assento da hipoteca deverá ser realizado no local onde estiverem localizados os imóveis ou conforme determinar a legislação especial, no caso dos imóveis por acessão, conforme artigo 169 da Lei de Registros Públicos:

Art. 169 - Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel, salvo:

I - as averbações, que serão efetuadas na matrícula ou à margem do registro a que se referirem, ainda que o imóvel tenha passado a pertencer a outra circunscrição;  
II – os registros relativos a imóveis situados em comarcas ou circunscrições limítrofes, que serão feitos em todas elas, devendo os Registros de Imóveis fazer constar dos registros tal ocorrência. (...)

Marco Aurélio Viana<sup>101</sup> explica sobre o registro de imóveis em áreas limítrofes que:

É possível que o imóvel esteja localizado em mais de um lugar, o que reclama registro em cada uma das circunscrições em que ele esteja situado. Se isso não ocorre, os efeitos do registro se produzem apenas nos limites territoriais do registro, não podendo ser oposto no lugar sob outra competência. A parte referente à situação do imóvel, que não conheceu registro no Cartório de Registro de Imóveis correspondente, não pode ser oposta a terceiro, não tendo em relação a ela qualquer direito o credor hipotecário.

Para fins de verificação da ordem de preferência da hipoteca outorgada sobre determinado imóvel, valerá aquela que for primeiro levada a registro. Muitas vezes, a despeito do protocolo da hipoteca no Cartório de Registro de Imóveis, é possível que haja exigências a serem cumpridas antes do registro.

Nesse aspecto, em atenção à segurança jurídica, os Cartórios de Registro de Imóveis devem observar o procedimento previsto na lei de registros públicos, que determina o respeito a ordem de prenotação do título. Nesse sentido, destaque-se a

<sup>101</sup> VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, v. XVI: dos direitos reais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 856.

redação dos artigos 1.493 do Código Civil e 182 a 184 da Lei de Registros Públicos, que explicam o procedimento:

Art. 1.493. Os registros e averbações seguirão a ordem em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo.

Parágrafo único. O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas.

Art. 182 - Todos os títulos tomarão, no Protocolo, o número de ordem que lhes competir em razão da sequencia rigorosa de sua apresentação.

Art. 183 - Reproduzir-se-á, em cada título, o número de ordem respectivo e a data de sua prenotação.

Art. 184 - O Protocolo será encerrado diariamente.

Em suma, se apresentados dois títulos, versando sobre um mesmo bem, o assento retroage ao momento da prenotação, assegurando a prioridade do que se apresentou para registro em primeiro lugar, conforme regra do artigo 186 da Lei de Registros Públicos:

Art. 186 - O número de ordem determinará a prioridade do título, e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente.

Conforme artigo 1.493 do Código Civil, os registros e averbações, portanto, seguirão a ordem em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo. O número de ordem determina a prioridade, e esta, a preferência entre as hipotecas.

A posição dos gravames, portanto, se dá pelo número de ordem de registro, que deve obedecer ao trâmite de assentamento prévio, ao qual se dá o nome de prenotação: (i) ingresso do título em cartório; (ii) sua inserção no protocolo; e (iii) lançamento do número de protocolo no título. Naturalmente, os efeitos da prenotação cessam com seu eventual cancelamento.

Segundo o artigo 188 da Lei de Registros Públicos, o registro deve se dar no prazo de 30 (trinta) dias, embora, naturalmente, não pode a parte interessada ser prejudicada pela demora da estrutura dos cartórios.

Ensina Ceneviva<sup>102</sup> que:

(...) prioridade e procedência, como qualidade dos números de ordem e da prenotação, provocam um resultado final: asseguram predominância de um direito real sobre o outro, em decorrência da anterioridade de seu lançamento no registro imobiliário, momento em que a realidade passa a ser oponível a todos os terceiros.

Pelas regras cima, conclui-se que, portanto, não podem ser assentadas duas hipotecas no mesmo dia, salvo houver indicação da hora, conforme artigo 1.494 do Código Civil e artigos 191 e 192 da Lei de Registros Públicos:

Art. 1.494. Não se registrarão no mesmo dia duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real, sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas, salvo se as escrituras, do mesmo dia, indicarem a hora em que foram lavradas.

Art. 191 - Prevalecerão, para efeito de prioridade de registro, quando apresentados no mesmo dia, os títulos prenotados no Protocolo sob número de ordem mais baixo, protelando-se o registro dos apresentados posteriormente, pelo prazo correspondente a, pelo menos, um dia útil.

Art. 192 - O disposto nos arts. 190 (*revogado pelo art. 1.494 do Código Civil*) e 191 não se aplica às escrituras públicas, da mesma data e apresentadas no mesmo dia, que determinem, taxativamente, a hora da sua lavratura, prevalecendo, para efeito de prioridade, a que foi lavrada em primeiro lugar.

Quando se apresentar ao oficial do registro título de hipoteca que mencione a constituição de anterior, não registrada, sobrestará ele na inscrição da nova, depois de prenotá-la, até 30 (trinta) dias, aguardando que o interessado inscreva a precedente. Esgotado o prazo, sem que o interessado requeira a inscrição desta, a hipoteca ulterior será registrada e obterá preferência, conforme artigo 1.495 do Código Civil, que revogou o artigo 189 da Lei de Registros Públicos.

Segundo Venosa<sup>103</sup>, referido dispositivo altera o direito de preferência e prioriza o interessado diligente. Esse dispositivo também é visto como exceção à regra da preferência.

<sup>102</sup> CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*. 18ª edição. Editora Saraiva, 2008, p-420.

<sup>103</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.563.

Marco Aurélio Viana<sup>104</sup> comenta que a prenotação não dá prioridade ou procedência absoluta. Cuida-se de período de espera.

Conforme prevê o artigo 1.496 do Código Civil, se houver dúvida sobre a legalidade do registro requerido com indicação de constituição de hipoteca anterior, o oficial fará, ainda assim, a prenotação do pedido. Se a dúvida, dentro em 90 (noventa) dias, for julgada improcedente, conforme procedimento indicado no capítulo seguinte, o registro efetuar-se-á com o mesmo número que teria na data da prenotação.

Assim, o assento marca a data de constituição da hipoteca e também seu termo final, pois o prazo de vigência de uma hipoteca é de trinta anos, conforme prevê o artigo 1.485 do Código Civil.

Vale destacar que, na hipótese do imóvel hipotecado não possuir matrícula própria, ou não estar registrado em nome do outorgante, primeiramente deve-se regularizar a matrícula, de forma a atender o princípio da continuidade registrária, previsto artigo 195 da Lei de Registros Públicos.

A escritura pública levada a cartório antes de outra, prenotada com número de ordem mais baixo, é que deve ser levada ao registro antes, sendo irrelevante se o documento posterior tiver sido assentado antes em cartório de títulos e documentos, o qual, embora dê publicidade contra terceiros, não cria direito real, conforme decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo em acórdão de relatoria do Desembargador Acácio Rebouças<sup>105</sup>.

#### **(iv.1) Dúvida no registro da hipoteca**

Ainda segundo Marco Aurélio Viana<sup>106</sup>, a dúvida a respeito da legalidade do registro não impede a prenotação do pedido. A prenotação é efetivada pela

---

<sup>104</sup> Conforme: VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, v. XVI: dos direitos reais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>105</sup> Revista dos Tribunais 499:113.

<sup>106</sup> Conforme: VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, v. XVI: dos direitos reais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

protocolização do instrumento, cabendo ao oficial suscitar a dúvida.

O procedimento de dúvida quanto ao registro da hipoteca é regulado pela Lei de Registros Públicos e instaurado na forma do seu artigo 198. Se o apresentante do título não se conformar com a exigência que o Cartório realizar, poderá requerer a remessa de dúvida ao juiz corregedor, instaurada pelo Oficial do Cartório ou substituto designado, quem têm legitimação ativa exclusiva.

Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimí-la, obedecendo-se ao seguinte:

- I - no Protocolo, anotar-se-á o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida;
- II - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas;
- III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias;
- IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

O interessado será notificado para apresentar sua impugnação em 15 dias, representado por advogado. Mesmo que não haja impugnação, a dúvida é analisada pela corregedoria, dada a natureza correccional e administrativa da suscitação de dúvida, conforme artigo 199 da Lei de Registros Públicos. Observe-se que o interessado não necessariamente é o apresentante: há que se demonstrar o legítimo interesse em que o título seja registrado, ou não, caso trate-se de terceiro prejudicado.

O processo de dúvida se insere numa atividade de natureza administrativa. Ensina Geneviva<sup>107</sup>, fazendo referência a um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, no processo de dúvida, não se pode discutir se houve implemento ou inadimplemento de obrigações e suas consequências jurídicas. A avaliação é objetiva e formal, devendo ser colhida a manifestação do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, conforme artigo 83 do Código de Processo

---

<sup>107</sup> Conforme: GENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*. 18ª edição. Editora Saraiva, 2008, p. 446.

Civil, sob pena de nulidade<sup>108</sup>.

A sentença proferida no processo de dúvida não faz coisa julgada, material ou formal, cabendo dela apelação, embargos infringentes e embargos de declaração. Não cabe recurso especial e extraordinário contra o acórdão.

Julgada procedente a dúvida, os documentos são devolvidos ao interessado e a prenotação é cancelada e o interessado, nesse caso, deve pagar as respectivas custas (artigo 207 da Lei de Registros Públicos).

Julgada improcedente a dúvida, os documentos deverão ser apresentados novamente, com o mandado da sentença da suscitação de dúvida, que ficarão arquivados em cartório, com o conseqüente registro, devendo o oficial anotar o fato na coluna de anotações do protocolo, conforme artigo 203 da Lei de Registros Públicos. O título que é levado a registro é o prenotado, para fins de anterioridade, especialmente.

Contados da prenotação, o interessado tem prazo decadencial de 30 dias para cumprir as exigências do cartório, sob pena de cessarem os efeitos da prenotação, por caducidade, conforme regra do artigo 205 da Lei de Registros Públicos: seja pelo cumprimento das exigências, seja pela provocação via suscitação da dúvida.

Naturalmente, por se tratar de procedimento de natureza administrativa, o interessado pode socorrer-se ao judiciário, caso discorde do resultado do procedimento administrativo.

Na hipoteca convencional, qualquer interessado pode requerer o registro, prenotando o respectivo instrumento. Nas demais modalidades de hipoteca, o interessado está definido na lei. Por exemplo, ao pai, à mãe, ao tutor ou curador incumbe providenciar a hipoteca legal, antes de assumirem a administração de bens dos incapazes. Os interessados desta modalidade de hipoteca podem requerê-la

---

<sup>108</sup> Revista dos Tribunais 500:99.

pessoalmente, ou mediante provocação do Ministério Público. O artigo 1.497 do Código Civil assim prevê:

Art. 1.497. As hipotecas legais, de qualquer natureza, deverão ser registradas e especializadas.

§ 1º O registro e a especialização das hipotecas legais incumbem a quem está obrigado a prestar a garantia, mas os interessados podem promover a inscrição delas, ou solicitar ao Ministério Público que o faça.

§ 2º As pessoas, às quais incumbir o registro e a especialização das hipotecas legais, estão sujeitas a perdas e danos pela omissão.

Destaque-se o teor do §2º do referido dispositivo que estabelece uma sanção para aqueles que deveriam registrar a hipoteca legal e não o fazem, o que torna o ato obrigatório.

A prenotação é de suma importância à definição da anterioridade e prioridade da garantia. Em suma, prenotação é o assento prévio do protocolo, cujos efeitos cessam em 30 dias, caso o interessado não cumpra a exigência do Cartório. No caso de suscitação de dúvida, esse prazo decadencial é suspenso, até a decisão final, independentemente do prazo para julgamento previsto na legislação, já que o interessado não pode ser prejudicado pela morosidade do procedimento.

#### **(iv.2) Prazo da hipoteca e renovação da especialização**

A indicação do prazo da hipoteca é requisito essencial de sua validade, quanto ao seu conteúdo.

A hipoteca convencional pode ser estipulada com qualquer prazo, ao arbítrio das partes, desde que não exceda os trinta anos. Já a hipoteca legal tem validade vinculada até enquanto perdurar a situação jurídica que ela está garantindo.

Na hipótese de se prever uma hipoteca com prazo superior a 30 anos, não há nulidade do contrato ou do ônus, mas mera redução de prazo ao limite legal,

conforme ensina Orlando Gomes<sup>109</sup> e a previsão da nova redação do artigo 1.485 do Código Civil, alterada em 2004, *verbis*:

Art. 1.485. Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até 30 (trinta) anos da data do contrato. Desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca reconstituindo-se por novo título e novo registro; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir.

Passados os trinta anos, ocorrerá a preempção da hipoteca, sendo defeso ao credor excuti-la. Naturalmente, na hipótese das partes quererem ratificar a hipoteca, poderão fazê-lo, desde que por meio de novo instrumento, preservando-se, pois, o número de ordem e a preferência da execução hipotecária. Bufulin<sup>110</sup> entende que o novo registro faz perder a preferência.

Somos da opinião que, na eventualidade de existirem outras hipotecas, outorgadas em favor de terceiros, mesmo assim a primeira hipoteca, renovada, terá preferência, conforme redação do artigo 238 da Lei de Registros Públicos:

Art. 238 - O registro de hipoteca convencional valerá pelo prazo de 30 (trinta) anos, findo o qual só será mantido o número anterior se reconstituída por novo título e novo registro.

Prevê o artigo 1.498 do Código Civil que vale o registro da hipoteca, enquanto a obrigação perdurar; mas a especialização, em completando 20 (vinte) anos, deve ser renovada. Assim é porque, com o decorrer do tempo, é possível que se tenha uma alteração do valor do imóvel, reclamando o reforço da garantia, por exemplo.

## **1.6. Efeitos**

### **(i) Sequela**

Pela análise dos princípios, requisitos objetivos e subjetivos e forma da hipoteca, acima mencionados, pode-se afirmar que o principal efeito que ela gera é

<sup>109</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.387.

<sup>110</sup> Conforme: BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 291.

a vinculação de um bem imóvel ou equiparado a imóvel a uma determinada obrigação, em relação ao devedor e a terceiros, dado o seu carácter *erga omnes*, chamado de direito de sequela.

Uma vez outorgada a hipoteca pelo devedor, ele deverá (i) conservar a coisa, sendo defesa a prática de atos que importem, direta ou indiretamente, na desvalorização, deterioração ou destruição da coisa; e (ii) não poderá alterar a destinação da coisa, de forma a acarretar a diminuição de seu valor.

O vínculo real que grava a coisa é reperfecutório, de forma que, o proprietário não perde o *jus disponendi* ou a sequela: o ônus acompanha a coisa alienada.

Augusto Passamani Bufulin, citando a lição de Luís Carvalho Fernandes<sup>111</sup>, explica que:

A sequela é a manifestação da inerência dos direitos reais e por isso são múltiplas as suas manifestações, de algum modo ligadas ao particular conteúdo de cada uma das suas modalidades. Ditos por outras palavras, a sequela assegura ao titular do direito a actuação sobre a coisa, que se mostre adequada à realização, através dela, de seu interesse, segundo as faculdades que integram o seu direito. Por assim ser, é corrente a doutrina apontar a sequela como característica específica dos direitos reais, ligada às relações existentes entre o seu conteúdo e o seu objeto. As suas múltiplas manifestações constituem importantes meios de tutela e defesa dos direitos reais.

Orlando Gomes<sup>112</sup>, por sua vez, é simples e direto qualificando a sequela como o direito que tem o titular de um direito real de seguir a coisa em poder de todo e qualquer possuidor e faz uma analogia curiosa, dizendo que o direito real adere à coisa como a lepra ao corpo (*uti lepra cuti*).

Se o bem onerado for transferido por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, o credor poderá segui-lo e o adquirente, por sua vez, não poderá alegar a ignorância do fato e impedir que o bem seja objeto de execução, em caso de inadimplemento

---

<sup>111</sup> BUFULIN, Augusto Passamani, apud CARVALHO FERNANDES, Luiz, *Hipoteca, constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

<sup>112</sup> Conforme: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.19.

da obrigação pessoal entre o proprietário anterior e o credor.

Como a hipoteca deve ser registrada na matrícula do imóvel, há presunção *juris et de jure* de que o comprador seja diligente e verifique as condições do imóvel antes de adquiri-lo. Por essa razão, sempre se recomenda ao adquirente que exija do alienante a certidão negativa de hipoteca incidente sobre o bem objeto da compra e venda.

Na hipoteca, como a propriedade e a posse do bem não são transferidas ao credor, o devedor permanece com direito de defender a posse do imóvel, inclusive contra atos do próprio credor. Esse direito advém da seqüela.

## **(ii) Preferência**

Outra característica da hipoteca é o direito de preferência na obtenção do produto da coisa excutida, conforme regra do artigo 1.422 do Código Civil:

Art. 1.422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.

Parágrafo único. Excetua-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos.

O titular da hipoteca detém preferência especial para que possa ser satisfeito com antecedência em relação aos demais credores com garantia real posterior ou garantia pessoal ou sem garantia.

Naturalmente, a preferência do direito real está adstrita ao valor do bem determinado, destacado do patrimônio do devedor ou terceiro. Nessa hipótese se, após a hasta, o valor do bem não for suficiente para pagamento da dívida garantida, o credor hipotecário perde a preferência em relação ao saldo, devendo procurar outros bens do patrimônio do devedor.

Entendemos que o direito de preferência independe da promoção da

execução forçada de forma que nos alinhamos à corrente de Moacyr Amaral dos Santos<sup>113</sup> que defende que, excutido:

O dinheiro será distribuído: a) primeiro, independentemente de penhora, aos credores com título legal de preferência e que apresentarem o título executivo, tais o fisco, o credor por custas, o credor com garantia real, como o credor hipotecário, o credor pignoratício.

A jurisprudência ainda é divergente sobre o tema, inclusive entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça<sup>114</sup>. Nesse contexto, merece destaque o entendimento da 4ª Turma, que defende seja reservado ao credor preferencial o produto da penhora, condicionando seu levantamento a execução forçada a ser realizada por este mesmo credor.

Augusto Bufulin<sup>115</sup>, comentando o julgamento acima, menciona que:

Parece-nos, com o devido respeito aos louváveis posicionamentos divergentes, que a posição intermediária, adotada pela Quarta Turma, respeita tanto os interesses do credor hipotecário, ao determinar a reserva de seu crédito, assegurando-lhes o direito de preferência, quanto os interesses do devedor, que só será privado efetivamente de seu patrimônio após sofrer uma execução judicial, sendo-lhe garantido o exercício da ampla defesa.

### (iii) Outros efeitos

É nula a cláusula que proíbe o proprietário de alienar o bem dado em hipoteca, mas as partes podem estabelecer que a alienação gere o vencimento antecipado do crédito hipotecário, conforme artigo 1.475 do Código Civil, notadamente o parágrafo único.

Art. 1.475. É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado.

Parágrafo único. Pode convencionar-se que vencerá o crédito hipotecário, se o imóvel for alienado.

Porém, vale esclarecer que, se o adquirente do imóvel hipotecado não se

<sup>113</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, volume 3m p-347

<sup>114</sup> RESP 871190/SP – 1ª Turma x RESP 775723/SP – 3ª Turma x RESP 280871 – 4ª Turma

<sup>115</sup> BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

obrigou pessoalmente a pagar as dívidas do devedor ao credor hipotecário, poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando, ou deixando o referido imóvel aos credores, conforme regra do artigo 1.479 do Código Civil. Para tanto, mister a notificação do vendedor e devedor originário e os credores hipotecários, deferindo-lhes, em conjunto, a posse sobre o imóvel ou seu depósito em juízo, conforme artigo 1.480 do Código Civil.

Os credores não podem recusar a entrega do imóvel no caso de abandono, pois se trata de uma verdadeira renúncia. O parágrafo único dispõe que o adquirente poderá abandonar o imóvel em até 24 horas da citação: o novo titular do imóvel se vê premido pela execução e observa que o valor do imóvel não compensa continuar com a titularidade. Decorridas as referidas 24 horas, o titular perde o direito e deve suportar o ônus da execução.

Nesse contexto, o credor pode iniciar a execução do imóvel hipotecado, mesmo que este não pertença mais ao seu devedor, posto que, como se viu, a venda não extingue a hipoteca, sendo indiferente o seu proprietário.

O devedor tem direito a liberar a hipoteca, bastando que pague a dívida, nas formas previstas no Código Civil. Na hipótese de recusa do credor, o devedor pode consignar judicialmente a quantia e requer liminarmente a liberação da hipoteca.

O credor tem o direito de exigir que o devedor (i) conserve a coisa, impedindo-o da prática de atos que importem, direta ou indiretamente, na desvalorização, deterioração ou destruição da coisa; e (ii) não altere a destinação da coisa, de forma a acarretar a diminuição de seu valor.

Na hipótese de diminuição do valor da coisa, o credor pode exigir o reforço da garantia, sob pena de vencimento antecipado da dívida, conforme ensina Caio Mário S. Pereira<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> PEREIRA, Caio Mário S. *Instituições de direito civil*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. IV, p. 325.

#### **(iv) Sub-hipoteca**

O imóvel dado em hipoteca pode ser hipotecado mais de uma vez, mediante lavratura de novo título, quer em favor do mesmo credor, quer em favor de terceiro, conforme a regra do artigo 1.476 do Código Civil. A hipoteca será denominada sub-hipoteca e poderá se efetivar desde que o valor do imóvel exceda o valor da obrigação anterior, garantia pela hipoteca. A segunda obrigação inadimplida será paga com o saldo remanescente da excussão da primeira hipoteca.

O credor primitivo não fica prejudicado porque ele goza do direito de preferência.

Essa nova hipoteca somente será permitida se não houver cláusula que a proíba e mediante a outorga de novo título, não se permitindo mera averbação, mesmo que ele implique em mero aumento do débito hipotecário anterior.

A segunda hipoteca somente poderá ser objeto de excussão se vencida a primeira hipoteca, salvo nos casos de insolvência ou falência do devedor, na forma dos artigos 748 a 786 do Código de Processo Civil, quando todos os débitos se vencem antecipadamente, conforme a regra do artigo 1.477 do Código Civil.

O chamado credor sub-hipotecário pode remir a primeira hipoteca, no seu vencimento, se o devedor não se oferecer para pagá-la. Nessa hipótese, o credor sub-hipotecário deverá consignar a importância do débito e das despesas judiciais, caso se esteja promovendo a execução da primeira hipoteca, citando o credor anterior para receber a quantia, subrogando-se, assim, nos direitos do credor anterior, conforme artigo 1.478 do Código Civil.

#### **1.7. Causas de extinção**

A extinção da hipoteca é regida de acordo com o disposto no art. 1.499 do Código Civil, de modo que ela pode ocorrer, nos termos de seus incisos: (i) pelo desaparecimento da obrigação principal; (ii) pelo perecimento total da coisa; (iii) pela resolução do domínio; (iv) pela renúncia do credor; (v) pela remição; (vi) pela

arrematação ou adjudicação.

Infere-se pela simples leitura dos incisos, que as causas de extinção da hipoteca são de três ordens: (i) a respeito da obrigação principal ou relativa ao direito principal/pessoal; (ii) relativa ao direito hipotecário propriamente dito e; (iii) atinente, de forma mista, tanto sobre o crédito quanto à garantia.

Tal artigo, contudo, não é taxativo, podendo ocorrer a extinção também, entre outras hipóteses: pela prolação de sentença anulatória ou de declaração de nulidade da garantia, como, por exemplo, quando se detecta um vício de consentimento ou defeito social na sua constituição; pela prescrição aquisitiva (usucapião do bem) de terceiro; pela consolidação, que é reunião, na mesma pessoa, das qualidades de credor hipotecário e proprietário do mesmo imóvel; pela perempção legal e pela sua condição de acessoriedade, quando se perde o principal.

Sobre a perda da garantia pelo usucapião, merece destaque as conclusões de Bufulin<sup>117</sup>:

Não há a possibilidade de convivência harmônica entre a hipoteca constituída pelo anterior proprietário e a propriedade adquirida pelo usucapiente.

(...)

Se o proprietário ignora que terceira pessoa usucapiu sua propriedade, porquanto, apesar de ter cumprido todos os requisitos legais, ainda não ajuizou a ação de usucapião, e dá o imóvel em hipoteca, quando o credor hipotecário ajuizar a ação de execução hipotecária, bastará ao usucapiente alegar a nulidade da hipoteca, por ter sido dada por quem não era dono da coisa.

Se o proprietário constituiu hipoteca sobre o imóvel quando o bem já se encontra na posse de terceiro, sem que este tenha, ainda, adquirido o imóvel pela usucapião, se o terceiro preencher o prazo para a usucapião após a constituição da hipoteca e antes da excussão pelo credor hipotecário, de acordo com o efeito retroativo emanado da sentença declaratória de usucapião, a hipoteca será nula, por ter sido oferecida por um não proprietário.

Se o proprietário constituiu hipoteca sobre o imóvel antes do início da posse por terceiro e, posteriormente, este terceiro se tornar possuidor e adquirir a propriedade pelo usucapião, a hipoteca também será nula, diante da natureza originária da usucapião (...)

Sobre esta característica de não taxabilidade, estudando o Código Civil

---

<sup>117</sup> BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 294.

anterior, que de maneira igual dispunha, escreveu Tupinambá Miguel Castro do Nascimento<sup>118</sup>: “*as causas extintivas, conforme já salientado, são aquelas indicadas no referido art. 849, cujo exame particularizado será feito adiante, mais outras ali não arroladas, mas suscetíveis de levarem à extinção, porque o sistema admite*”.

Formalmente, a extinção da hipoteca, para ser eficaz, necessita de um duplo binômio: além do fato gerador de sua extinção, deve haver seu cancelamento no Cartório de Registro de Imóveis em que o imóvel se situa, sob pena de ineficácia, em atenção ao art. 1.500 do Código Civil e o princípio da publicidade.

Passaremos agora a analisar as causas extintivas, especificamente enumeradas no art. 1.499 do Código Civil.

#### **(i) Extinção da obrigação principal**

Por sua característica de acessoriedade, havendo a extinção da obrigação principal, conseqüentemente, há extinção da garantia hipotecária.

Costumeiramente, tal fato ocorre quando há o total adimplemento (voluntário) da prestação devida garantida pelo imóvel: voluntário porque significa que não houve necessidade de acesso as vias judiciais para obtenção do pagamento. Neste sentido, escreveu Augusto Passami Bufulin<sup>119</sup>, amparado pelas doutrinas de Orlando Gomes, Antunes Varela e Augustinho Alvim, que faz referência em seu texto:

A extinção da obrigação principal acarreta por via de conseqüência, na terminologia adotada por Orlando Gomes, a extinção da garantia hipotecária. Decorre normalmente do cumprimento da prestação. Cumprimento, nas palavras de João de Matos Antunes Varela, “é a realização voluntária da prestação devida. É a actuação da relação obrigacional, no que respeita ao dever de prestar. O devedor cumpre a obrigação, no dizer do art. 762 do Código Civil/1916 (sem correspondência ao atual Código Civil), quando realiza a prestação a que está vinculado. Para Agostinho Alvim, “assiste ao credor o direito de exigir que a obrigação se cumpra, tal como se convencionou.

<sup>118</sup> NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Hipoteca*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Aide, 2006, p. 109.

<sup>119</sup> BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 218.

O pagamento, por sua vez, pode ser realizado pelo próprio hipotecante ou por seus herdeiros/sucessores até os limites da força da herança; além de dever ser realizado por completo, vez que o pagamento parcial (lembrando o princípio da indivisibilidade) não exonera parte do bem hipotecado. Nas palavras de Antônio José Teixeira Junior temos que *“enquanto subsistir qualquer porção da obrigação garantida, sobrevive a hipoteca”*.

Resumindo bem as características demonstradas no tópico, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no mesmo sentido em Ementa, por meio da relatoria da Ministra Nancy Andrichi:

Civil. Hipoteca. Extinção do processo de execução garantido por hipoteca. Ausência de ação de conhecimento para anulação do registro da hipoteca. Art. 849 do Código Civil. Impossibilidade de levantamento das hipotecas. Subsistência da obrigação pecuniária não adimplida no seu termo. - O provimento de recurso que acarreta a extinção do processo de execução, por vício formal, não extingue o crédito assegurado por hipoteca, que só pode ser desconstituída, no caso em concreto, pela utilização das vias ordinárias. - Se a obrigação principal não foi completamente adimplida, devem subsistir os gravames hipotecários sobre os bens dados em garantia da dívida, de acordo com o inciso I do art. 849, Código Civil, sendo incabível a declaração de extinção da hipoteca dos bens dados em garantia.<sup>120</sup>

## (ii) **Destruição da coisa**

Havendo a destruição *total* do bem imóvel, por lógica, não há mais sentido na manutenção do crédito hipotecário – *“perecendo o objeto, perece o direito”*<sup>121</sup>.

Pela afirmação, pode-se observar que deve haver perecimento total da coisa. Se o bem imóvel for apenas depreciado ou a destruição for parcial, a hipoteca permanece recaindo sobre a parte restante, hipótese na qual, todavia, pode o credor considerar a dívida vencida antecipadamente (no caso de o devedor não prestar reforço da garantia), nos termos do art. 1.425, I, do Código Civil:

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:

<sup>120</sup> REsp 299118/PI, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 18.12.2001, DP 03.06.2002, p.201.

<sup>121</sup> ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 355.

I - se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir;

§ 1o Nos casos de perecimento da coisa dada em garantia, esta se sub-rogará na indenização do seguro, ou no ressarcimento do dano, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até seu completo reembolso.

Assim, cuida-se tal hipótese de uma extinção relativa a própria natureza da hipoteca e do bem que a garante.

Se o bem for destruído por culpa de terceiro, ele deverá ser compelido a ressarcir o dano e o direito do credor hipotecário subroga-se no valor dessa indenização de perdas e danos, conservado o direito de preferência. O mesmo se aplica quando há seguro envolvido, que seja acionado. Observe-se a jurisprudência:

GARANTIA HIPOTECARIA. PERECIMENTO DOS BENS DADOS EM GARANTIA. SEGURO CONTRA INCENDIO. CODIGO CIVIL, ART. 762, IV, PAR-1. DESTRUÍDOS POR INCENDIO OS BENS DADOS EM GARANTIA, A HIPOTECA PASSA A INCIDIR SOBRE O VALOR DO RESPECTIVO SEGURO, E A SEGURADORA DEVE PAGAR AO CREDOR HIPOTECARIO, A QUEM ASSISTIRA PREFERENCIA ATE SEU COMPLETO REEMBOLSO - CODIGO CIVIL, ART. 762, PAR-1. E IRRELEVANTE A CIRCUNSTANCIA DE NO CONTRATO DE SEGURO FIGURAR COMO SEGURADA FIRMA OUTRA QUE NÃO A DEVEDORA HIPOTECARIA. DE QUALQUER FORMA, O VINCULO REAL SUB-ROGA-SE NA INDENIZAÇÃO SECURITARIA, E NÃO PODERA A SEGURADORA ALEGAR DESCONHECIMENTO DO DIREITO REAL DO CREDOR HIPOTECARIO, QUER FACE AO REGISTRO IMOBILIARIO, QUER PORQUE NO CASO EM JULGAMENTO A EXISTENCIA DA HIPOTECA CONSTOU EXPRESSAMENTE DO 'RELATORIO DE REGULAÇÃO DO SINISTRO'. LICÇÕES DE ANTIGA DOCTRINA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO, PARA O RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA.<sup>122</sup>

### (iii) Resolução da propriedade

Pela resolução da propriedade, entende-se que uma vez resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou advento do termo, resolvem-se também os direitos reais concedidos em sua dependência. Nesse caso, o proprietário em cujo favor se opera a resolução pode requerer o bem do poder de quem a possua ou detenha, conforme o art. 1.359 do Código Civil:

<sup>122</sup> REsp 1.533/PR, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/1990, DJ 16/04/1990, p. 2878

Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.

Sendo assim, ocorrendo o advento do termo ou da condição, a hipoteca restará extinta operando todos seus efeitos *ex tunc*. Neste caso, na eventual hipoteca do bem resolúvel e resolução deste, o credor tem sua garantia extinta e, por conseguinte, possibilidade de ajuizar uma ação regressiva.

Além disto, pelo disposto no art. 1.360 do Código Civil, a seguir transcrito, se a revogação for superveniente, alheia ao título e posterior à transmissão do domínio, os efeitos serão *ex nunc*:

Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor.

Portanto, em suma, pelo termo ajustado ou pelo implemento da condição, implica-se a extinção da hipoteca.

#### **(iv) Renúncia do credor**

Na ocorrência de renúncia ao direito pelo credor, extingue-se a garantia hipotecária, de maneira que o credor preferencial retorna a condição de mero credor quirografário, perdendo seu direito de preferência e de seqüela.

Como de maneira geral ocorre na seara civilista, a renúncia, evidentemente, deve ser realizada por pessoa com capacidade jurídica para dispor do bem, e, pelos princípios que regem a hipoteca, deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis da situação do imóvel, para ser eivada de validade.

A renúncia pode ser realizada de maneira expressa ou tácita (por decisão judicial transitada em julgado, não comparecimento do credor à praça para exercer o direito de preferência, requerimento do cancelamento da hipoteca junto com o credor

ao Registro)<sup>123</sup> e se demonstrar inequivocadamente configurada: havendo qualquer dúvida acerca das condições do negócio, sobre o ato abdicante ou capacidade do renunciante, não é considerada válida.

Portanto, por ser ato unilateral, independe de consentimento do devedor. Naturalmente, a renúncia está limitada ao ônus real, sem atacar a obrigação principal. Naturalmente, na hipoteca legal, por haver interesse público, o direito é irrenunciável.

#### **(v) Remissão**

Destaca-se este tipo de extinção, vez que uma das formas mais correntes e importantes em nosso direito hipotecário.

Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz<sup>124</sup>, a remissão hipotecária é o direito concedido a certas pessoas de liberar o imóvel onerado, mediante pagamento da quantia devida, independentemente do consentimento do credor. Podem resgatar o imóvel hipotecado o credor sub-hipotecário, o adquirente do imóvel hipotecário, o devedor da hipoteca e os membros de sua família e a massa falida, conforme artigo 1478 do Código Civil:

Art. 1.478. Se o devedor da obrigação garantida pela primeira hipoteca não se oferecer, no vencimento, para pagá-la, o credor da segunda pode promover-lhe a extinção, consignando a importância e citando o primeiro credor para recebê-la e o devedor para pagá-la; se este não pagar, o segundo credor, efetuando o pagamento, se sub-rogará nos direitos da hipoteca anterior, sem prejuízo dos que lhe competirem contra o devedor comum.

Parágrafo único. Se o primeiro credor estiver promovendo a execução da hipoteca, o credor da segunda depositará a importância do débito e as despesas judiciais.

A remissão pode ser extrajudicial ou judicial, mediante a consignação em pagamento do débito e das despesas judiciais, conforme artigo 651 do Código de Processo Civil:

---

<sup>123</sup> Pontes de Miranda pensa de forma diversa a este entendimento, contudo, sua doutrina relativa a este tema é minoritária e superada: "a renúncia à hipoteca há de ser expressa, porque não se poderia averbar renúncia tácita" *in* Tratado de Direito Privado, 3ª edição, São Paulo: R.T, 1983, v. 20, p. 281.

<sup>124</sup> Conforme: DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6ª edição. 2006, Editora Saraiva, volume 5, p-231.

Art. 651. Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.

O credor sub-hipotecário pode remir a hipoteca desde que vencida a primeira hipoteca e o devedor não se ofereça para pagá-la, devendo consignar judicialmente a importância devida (capital e juros) e as despesas judiciais da execução, citando-se o credor anterior para recebê-la, bem como o devedor para pagá-la, conforme regra do artigo 1478 do Código Civil e seu parágrafo único. Esta remição não gera a quitação da dívida do devedor originário, mas apenas libera o bem da concorrência do primeiro credor, fazendo com que o sub-hipotecário assuma a condição privilegiada em relação ao imóvel onerado.

Como explica Augusto Bufulin<sup>125</sup>, *“na remição promovida pelo credor sub-hipotecário, é bom que se repita, não há liberação do imóvel hipotecado, mas, apenas, uma sub-rogação legal a favor do credor que passa a deter os direitos do credor até então preferencial”*. Para o estudioso, há dois requisitos para a remição nesta hipótese: o primeiro é o vencimento da dívida garantida pela hipoteca anterior. O segundo é que se trate de credor hipotecário, em qualquer grau.

O adquirente do imóvel hipotecado pode remir a hipoteca, já que, teoricamente, não lhe convém o risco de sujeitar-se ao procedimento de excussão do imóvel, autorizando a lei que se libere desse gravame, mediante a remição, de forma a evitar a referida excussão. A remição extingue a hipoteca, mas não o crédito, pois o devedor não é quitado, devendo pagar sua dívida ao adquirente do imóvel, que se sub-roga nos direitos primitivos do credor hipotecário.

O adquirente do imóvel hipotecado tem prazo de 30 dias para remi-lo, a contar do registro de seu contrato, notificando judicialmente o credor hipotecário, propondo-lhe, para liberar o bem gravado, o preço que adquiriu no imóvel, conforme regra do artigo 1481 do Código Civil. Se o credor aceitar a oferta, livre estará o imóvel. Se não aceitar, acontecerá uma licitação, para avaliação do verdadeiro valor

---

<sup>125</sup> BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 166

e venda judicial pelo melhor lance, assegurado o direito de preferência do adquirente.

Se o adquirente deixar de remir o imóvel, e sujeitá-lo à execução, ficará obrigado a ressarcir os credores hipotecários da desvalorização que, por sua culpa, o imóvel vier a sofrer, sem prejuízo das despesas judiciais da execução, conforme §3º do artigo 1481 do Código Civil.

Disporá de ação regressiva contra o vendedor o adquirente que ficar privado do imóvel em consequência de licitação ou penhora, o que pagar a hipoteca, o que, por causa de adjudicação ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra e o que suportar custas e despesas judiciais, conforme regra do §4º do artigo 1481 do Código Civil.

O devedor da hipoteca e os membros de sua família podem remir a hipoteca no momento em que for intentada a excussão do bem pelo credor por preço igual ao do maior lance oferecido ou quantia igual à da avaliação, se não tiver havido licitante. Entende-se como membros da família o cônjuge, descendentes ou ascendentes. O valor deverá ser depositado em juízo, com correção monetária, juros, custas e honorários advocatícios. A execução pode prosseguir por eventual saldo, protegido o bem remido.

A massa falida também pode remir a hipoteca, mediante pedido do administrador judicial ou dos credores em concurso, pelo preço de avaliação. O devedor pode adjudicar o bem e o restante da dívida é qualificada como quirografária.

Segundo Venosa<sup>126</sup>, a remição é vantajosa, pois concede ao segundo credor melhores condições de negociar com o devedor, eliminando o primeiro credor da relação jurídica.

---

<sup>126</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.571/572.

Para Augusto Bufulin<sup>127</sup>, comentando a remição:

Portanto, em alguns casos, há a liberação do imóvel, como no caso da remição praticada pelo terceiro adquirente do imóvel, pelo devedor e seus familiares e pela massa falida, mas em outra situação, no caso da remição praticada pelo credor sub-hipotecário, a liberação do imóvel não ocorre. Haverá apenas a mudança da preferência conferida à hipoteca, passando o credor sub-hipotecário a deter a preferência que era do credor remido.

A jurisprudência assim se posiciona:

REMIÇÃO. BEM HIPOTECADO E PENHORADO EM OUTRAS EXECUÇÕES. AQUELE QUE PROMOVE A REMIÇÃO DO IMÓVEL NÃO FICARÁ EM SITUAÇÃO INFERIOR AO ARREMATANTE. EM PRINCÍPIO, DESFAZEM-SE OUTRAS PENHORAS, SUB-ROGANDO-SE OS CREDORES NO PRODUTO DA ARREMATACÃO OU REMIÇÃO. DESAPARECERÁ, TAMBÉM, O ONUS HIPOTECÁRIO, SE HOVER REGULAR INTIMAÇÃO DO CREDOR. NECESSIDADE, ENTRETANTO, PARA ISSO RECONHECER, SEJA OBSERVADO PROCEDIMENTO PRÓPRIO, ENSEJANDO MANIFESTAÇÃO DOS INTERESSADOS.<sup>128</sup>

#### (vi) Arrematação ou adjudicação

Há no rol do art. 1499 do Código Civil, por fim, a possibilidade de extinção da hipoteca por meio da arrematação do imóvel onerado por quem deu maior lance quando levado o bem à praça, ou adjudicação requerida pelo credor hipotecário (inciso VI).

Nestes casos verifica-se que o ônus real se extingue pelo praxeamento do imóvel gravado no executivo hipotecário, por razão da execução de um processo judicial, nas condições (i) de ter sido regularmente intimado o credor preferencial; (ii) o credor preferencial não ter exercido seu direito de adjudicação e; (iii) o adquirente ter recebido o imóvel livre e desimpedido. Viana<sup>129</sup> arremata a questão resumindo-a de maneira muito objetiva:

6º) pela arrematação ou adjudicação: a extinção se dará pelo executivo hipotecário,

<sup>127</sup> BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 166

<sup>128</sup> REsp 57.093/GO, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/1995, DJ 15/04/1996, p. 11524.

<sup>129</sup> VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, v. XVI: dos direitos reais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 856.

seja em outro processo, desde que o credor hipotecário, noticiado judicialmente da venda, não compareça para defender o seu direito.

Sendo assim, tem-se que a adjudicação é a forma preferencial de satisfação do direito do credor hipotecário e a arrematação e a aquisição do bem hipotecado, em praça, por um terceiro, de maneira que a importância advinda desta negociação é utilizada para pagamento do valor devido ao credor.

### **1.8. Cessão do crédito hipotecário**

O crédito hipotecário advém de uma relação contratual, que configura acordo de vontades entre duas ou mais pessoas para a constituição, regulação, transferência, conservação, modificação ou extinção de relação jurídica. Segundo comenta Inocêncio Galvão Telles<sup>130</sup>:

Nos contratos, cada contratante assume uma posição que, pelo menos nos bilaterais ou sinalagmáticos, apresenta-se com uma complexidade particular, constituída não apenas por deveres principais e acessórios, como também por créditos igualmente principais e acessórios, por direitos potestativos, estados de sujeição, ônus, expectativas jurídicas, exceções (meios de defesa).

Portanto, pelos ensinamos acima, conclui-se que posição contratual é o conjunto de elementos ativos e passivos, formando uma relação contratual entrelaçada.

Após a celebração de um contrato, uma das partes pode decidir sair da relação jurídica sem que seja necessária a resolução do contrato, se fazendo substituir por outra pessoa, até então estranha, que passa a ocupar a sua posição na relação. Quando isso ocorre, houve a cessão da posição contratual.

Na cessão, segundo Orlando Gomes<sup>131</sup>, há “*substituição de um dos contratantes por outra pessoa que passa a figurar na relação jurídica como se fora a parte de quem tomou lugar. É em suma a transferência negocial a um terceiro do conjunto de posições contratuais*”. Portanto, na cessão da posição contratual aparecem três partes: cedente, cessionário e o cedido.

---

<sup>130</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Direitos das obrigações*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p-18.

<sup>131</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2001 p-151.

A doutrina consultada diverge quanto à necessidade de participação do cedido na cessão. Acompanhado pela doutrina majoritária, Orlando Gomes<sup>132</sup> entende que é indispensável o consentimento do contratante cedido, considerando-se que a posição contratual é composta por um conjunto de elementos ativos e passivos.

Nesse contexto, o consentimento é prévio, quando já manifestado no instrumento jurídico que será objeto de cessão. Simultâneo, se as três partes participarem do instrumento de cessão e posterior, se ratificado em instrumento posterior, quando, então, a cessão se aperfeiçoa.

A cessão pode ser dar com ou sem liberação do cedente ou mediante endosso, permitida apenas nos documentos circuláveis, como os títulos de crédito. Em qualquer hipótese, na cessão da posição contratual, o cedente responde perante o cessionário pela existência e validade do contrato-base, embora não responda pela solvabilidade do cedido. Na cessão sem liberação do cedente, ele permanece responsável subsidiariamente pelo cumprimento do contrato pelo cessionário.

Embora a legislação brasileira não possua regras próprias para a cessão da posição contratual, ela é possível pela interpretação sistemática e conjunta dos artigos aplicáveis à cessão de crédito (artigos 286 a 298), assunção de dívida (artigos 299 a 303) e os seguintes artigos do Código Civil:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Como visto, a hipoteca tem um caráter de acessoriedade e, por si só, é um contrato unilateral, em que apenas uma das partes se obriga perante a outra.

---

<sup>132</sup> Conforme: GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2001 p-151.

Assim, nas conclusões de Paulo Henrique Gonçalves Pires<sup>133</sup>, não há como se falar em cessão da posição contratual o contrato de hipoteca, pela ausência de sinalagma. A transmissão autônoma propiciaria a possibilidade de práticas lesivas à ordem legal de preferência, abalando a segurança jurídica.

Mas como o contrato de hipoteca subsiste somente enquanto houver um contrato principal, que é de trato diferido ou sucessivo e bilateral, nele é perfeitamente possível a cessão da posição contratual, refletindo na acessória garantia hipotecária, recomendando-se que o cessionário faça a devida averbação da cessão no registro de imóveis, conforme artigo 289 do Código Civil.

Naturalmente, a ausência de referida averbação não atacará a validade e publicidade da garantia, que está atrelada à obrigação principal. A constituição remonta ao surgimento do direito real, o que não seria o caso da cessão, que figura mera averbação e, mais importante, manutenção da ordem de preferência.

### **1.9. Novação da obrigação principal e reflexos na hipoteca**

Por conta do princípio da acessoriedade, na hipótese de extinção da obrigação principal, a garantia outorgada extingue-se como decorrência lógico-jurídica.

Segundo o artigo 360 do Código Civil, 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.

A novação produz o mesmo efeito do pagamento. Novação é a criação de obrigação nova, para extinguir uma anterior. De uma forma mais ampla, novação é a conversão de uma dívida em outra, para extinguir a primeira, quer pela mudança do objeto da prestação, qualificada de novação objetiva, quer pela substituição do

---

<sup>133</sup> Conforme: PIRES, Paulo Henrique Gonçalves. *Transferência de posição contratual e a garantia hipotecária*. Revista de Direito Imobiliário 69/151.

credor ou do devedor por terceiros, qualificada de novação subjetiva.

A conclusão lógica seria de que, com a novação, a hipoteca se extinguiria, devendo ser renovada, perdendo a preferência em relação às outorgas posteriores, sobre o mesmo bem.

Ocorre que o próprio Código Civil permite que, em caso de novação, as garantias sejam ressalvadas, para fins de garantir a dívida novada, observadas as ressalvas e requisitos dos artigos 364 e 365 do Código Civil:

Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressaltar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

Art. 365. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.

Novada a dívida principal e ressalvada a hipoteca, nos parece que o direito de preferência do credor e o número de ordem de registro relativo à hipoteca fica mantido.

Estabelece o referido art. 364, na segunda parte, que *"não aproveitam, contudo, ao credor ressaltar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação"*. Isto porque, uma vez extinto o vínculo originário, desaparecerão as garantias que o asseguravam, as quais, por sua vez, só renascerão por vontade de quem as prestou.

## - CAPÍTULO 02 -

### A HIPOTECA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

#### 2.1. Importância da hipoteca na economia e no direito bancário

A correlação entre crédito e o desenvolvimento do Produto Interno Bruto (PIB) é representativa. Segundo Jairo Saddi<sup>134</sup>, citando Levine e Zervos, estruturas que permitem maior financiamento à economia provocam maior PIB e, como decorrência, maior bem estar para a população. O crédito possibilita investimento que catalisa o desenvolvimento, possibilita que indivíduos saiam da linha da miséria e proporciona bem estar social.

Paralelamente à concessão de crédito, para a solidez de uma economia, é importante o papel do Direito e a garantia de que os contratos, sejam eles de concessão de crédito puro, ou negócios jurídicos específicos, sejam cumpridos ou que possam ser eficazmente executados (*enforcement*), aumentando o fator confiança e, por consequência, diminuindo o fator risco.

Analisando a história do crédito no Brasil, desde a fundação do Banco do Brasil em 1808 e sua falência em 1821, passando pela obra bancária do Visconde de Mauá e pelo Governo Vargas, quando ainda era caro e escasso, pode-se afirmar que o crédito foi objetivamente democratizado a partir de 1964, com a criação do Banco Central, que, nas palavras de Jairo Saddi<sup>135</sup>, “*estabeleceu novas bases para a disciplina monetária e creditícia, apresentando uma estrutura mais moderna e sofisticada*”.

No intuito de delimitar algumas normas e modernizar o Sistema Financeiro Nacional, o Governo promulgou leis específicas, conhecidas como a Reforma Bancária de 1964 (Lei nº 4.595/64) e a Reforma de Mercado de Capitais

---

<sup>134</sup> Conforme: SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p-22.

<sup>135</sup> SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p-56.

(Lei nº 4.728/65).

Com base nessa legislação, os Bancos atuavam em operações de curto prazo, e para demais operações, seriam utilizadas empresas de crédito, financiamento e investimento, bem como os bancos de investimento e as associações de poupança e empréstimo.

Entre 1980 e 1990, o Brasil é marcado por crises bancárias. Portanto, pode-se dizer que o acesso ao crédito no Brasil é matéria absolutamente contemporânea. Nesse aspecto, exercem importante papel os bancos e as empresas que concedem linhas de crédito a parceiros comerciais, na cadeia de negócio que estejam inseridas.

Luis Carlos Bellini Junior<sup>136</sup> comenta que:

Em uma série de atores internos e externos, dos quais podemos citar o processo de globalização, a abertura econômica, o Plano Real e a adesão do Brasil aos Acordos de Basileia, verificamos um processo de saneamento, privatização e fusão de instituições bancárias que iniciou uma revolução nos métodos e práticas adotadas por nossos bancos, sempre em busca de uma melhor agilidade na prestação de serviços, com maior rentabilidade e segurança, promovendo, sem dúvida, uma modernização contínua em nosso sistema financeiro.

Dentro da economia moderna dos dias atuais, está cristalina a importância da concessão de crédito seja pelas instituições financeiras, seja pelas grandes empresas atuantes no mercado. As operações mercantis na economia moderna giram em velocidade extraordinária, tornando-se cada vez mais necessária a circulação ágil, eficiente e segura de riquezas.

Arnaldo Rizzardo<sup>137</sup> começa sua obra sobre Contratos de Crédito Bancário afirmando que: *“Basicamente, grande parte das atividades produtivas depende do crédito. O progresso e a expansão do comércio e da indústria são movidos pelos empréstimos, que munem os mais variados setores da economia de meios para alcançar os objetivos a que se destinam”*.

<sup>136</sup> SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p-56.

<sup>137</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 4ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p-15.

Nelson Luiz Machado Lamego<sup>138</sup>, explica que:

De acordo com os princípios de boa prática bancária, as operações de crédito devem ser precedidas de cuidadosa análise que tem por escopo a avaliação técnica da probabilidade de adimplemento a obrigação pelo pretense tomador, bem como, a averiguação de garantias que sejam suficientes para assegurar a adimplência do crédito eventualmente concedido. Assim, um dos aspectos relevantes na formatação das operações de crédito é, sem dúvida, a adequação da garantia que se prestará a assegurar seu adimplemento.

Neste contexto, as garantias ao crédito ganham importante papel. Significam, pois, segurança, estabilidade. A garantia é um ativo que é colocado à disposição do credor para a satisfação do crédito. Jairo Saddi<sup>139</sup>, citando Robert Rassussen, menciona que dar garantia é comprometer-se com uma obrigação que não pode ser revertida por meio da vontade de quem se comprometeu.

Sendo simplista, qualquer operação de crédito deve estar lastreada na confiança individual do devedor. É preciso que o devedor seja acionado e então compulsoriamente executado em seus bens. Ao mitigar o risco, o sistema de garantias encurta essa distância e reduz o custo das transações e o preço do crédito, materializado em juros e encargos contratuais.

Notamos, principalmente durante a atual crise econômica mundial, que o Brasil tem uma estrutura bancária forte, permitindo concluir que o nosso país foi um dos países menos afetados pela referida crise. Porém, para ratificar a qualidade de nosso sistema, é preciso haver mecanismos jurídicos fortes e eficientes para a rápida recuperação de créditos dos inadimplentes.

Quanto ao risco de crédito, parece evidente que o papel das garantias é proteger o credor. O tipo de garantia outorgada também é parte da precificação do crédito.

Existem, pois, as garantias pessoais, que são o aval e a fiança e as

---

<sup>138</sup> LAMEGO, Nelson Luiz Machado. Recuperação de crédito: evitando a excussão judicial de garantias. *Revista dos Tribunais* 891/9.

<sup>139</sup> Conforme: SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

garantias reais, que vinculam bens em específico, dentre as quais, a hipoteca. À exceção dos grandes tomadores de crédito, como por exemplo, as multinacionais, o aval e a fiança tem perdido força como principal forma de garantia.

Aramy Dornelles da Luz<sup>140</sup> menciona que a hipoteca é considerada a mais nobre das garantias reais, justamente por servir-lhe de objeto os bens de maior significado econômico, ensejando a constituição de uma garantia sólida, daí sua relevância na economia nacional e no direito bancário.

## 2.2. Hipoteca e os títulos de crédito

Rubens Requião<sup>141</sup>, citando a célebre definição de Vivante, qualifica o título de crédito como o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado, que inspirou a redação do artigo 887 do Código Civil:

Art. 887. O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

Segundo Gladson Mamade<sup>142</sup> *“Em sua origem latina, a palavra titulus traduz-se por inscrição, como a que se coloca na capa de um livro, no pescoço de um escravo condenado (...) dá identidade ou adjetivação à coisa, ao fato ou à pessoa. O titular, via de consequência, é o beneficiário de um título, ou seja, de uma inscrição”*.

Os títulos de crédito têm circulabilidade, sendo transferível por mero endosso. Essa capacidade da riqueza circular no mercado, de dívida poderem ser pagas, tornam os títulos de crédito um facilitador das operações comerciais no seu dia-a-dia.

O crescimento da utilização de títulos de crédito obriga a movimentação

---

<sup>140</sup> Conforme: LUZ, Aramy Dornelles da. Negócios Jurídicos Bancários. O banco múltiplo e seus contratos. 3ª edição, Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 348.

<sup>141</sup> REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, 2º volume, Editora Saraiva, 23ª edição, 2003, p.359.

<sup>142</sup> MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito*. São Paulo. Editora Atlas, 2002, p. 29.

de muitos documentos físicos, o que sugeriria seu desuso. Porém, como reação à dificuldade operacional, para movimentação desse volume de documentos, inicia-se a circulação dos títulos por meio de ambientes eletrônicos, com transmissão e arquivamento por via digital.

Nesse aspecto, cite-se Adriana Valéria Pugliesi Gardino<sup>143</sup>:

Ousamos, assim, afirmar que as mudanças necessárias à implementação do uso do documento eletrônico são mais de ordem pragmática do que jurídica. Uma vez que a tecnologia viabilize – e parece que já o fez ou está em vias de fazê-lo – os meios de registrar (mediante uso seguro do sistema de criptografia) o teor do documento e sua respectiva autoria (por assinatura digital), viabilizando a função circulatória do título, estes continuarão a ter via útil, eis que perfeitamente adaptados aos novos padrões de paradigma econômico da sociedade moderna informatizada.

Portanto, os títulos de crédito e as garantias das operações de crédito são de suma importância para a economia e para a continuidade do desenvolvimento econômico que se experimenta atualmente. A conjugação do título de crédito com a garantia hipotecária, ou, a chamada hipoteca cedular, é matéria contemporânea e merece especial análise.

#### **(i) Hipoteca cedular**

Genericamente, a hipoteca cedular é constituída por título de crédito próprio, com ônus real, sempre nominativo mais transferível por endosso e emitido pelo credor, conforme artigo 1.486 do Código Civil:

Art. 1.486. Podem o credor e o devedor, no ato constitutivo da hipoteca, autorizar a emissão da correspondente cédula hipotecária, na forma e para os fins previstos em lei especial.

Sendo emitida pelo credor com a devida outorga uxória ou marital, a cédula pode ser transferida por endosso em preto lançado no seu verso, subrogando-se o beneficiário em todos os direitos do endossante.

---

<sup>143</sup> GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. *Títulos de crédito eletrônicos: noções gerais e aspectos processuais*. In *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil* (análise dos artigos 887 a 903). São Paulo: Walmar, 2004, p.22.

Naturalmente, por conta do endosso, o devedor deverá ser notificado judicialmente ou por carta registrada, ou mesmo anuir expressamente, caso contrário o emitente e endossante ficam solidariamente responsáveis pela liquidação do crédito.

Todas as cédulas existentes no nosso ordenamento são reguladas por legislação especial, parte delas permitindo a constituição de garantias reais atreladas, que circulam junto com a cédula.

Essas cédulas são criadas em setores especiais de nossa economia, como fomento e incentivo à circulação de riquezas, focados em um setor específico, normalmente com o financiamento concedido por instituições financeiras.

Assim, a cédula hipotecária é um título de crédito que representa um financiamento, normalmente bancário, lastreado em garantia real sobre determinado imóvel. Quando a operação de financiamento vier a ser formalizada por meio de cédula de crédito, na mesma cédula que contém as condições do financiamento, é constituída a hipoteca sobre um ou mais imóveis, como garantia do pagamento da dívida. A cédula deve ser levada ao registro no Cartório de Imóveis, seguindo o princípio da publicidade.

Uma grande vantagem das cédulas é o valor dos emolumentos de registro da garantia hipotecária cedular, bastante inferior ao emolumento para confecção e registro da escritura pública de hipoteca.

A cédula hipotecária deve conter o nome, a qualificação e endereço do credor e do devedor, o valor do crédito, a indicação do número, data, livro e folha da inscrição da hipoteca e averbação da própria cédula, individualização do imóvel gravado, data da emissão, vencimento e local de pagamento.

Maria Helena Diniz<sup>144</sup> recomenda ainda, para maior segurança dos cessionários em caso de endosso, sua autenticação pelo registro imobiliário e

---

<sup>144</sup> Conforme: DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 6ª edição, 2006, Editora Saraiva, volume 5, p. 241.

averbação à margem da inscrição da hipoteca integrante, não sendo permitida se houver prenotação ou inscrição de outro ônus real, ação, penhora ou cédula anterior.

Nesse sentido, merecem destaque a Cédula Hipotecária Habitacional destinada ao financiamento do Sistema Financeiro de Habitação, as Cédulas de Crédito Industrial, as Cédulas Rural Hipotecária e a Cédula de Produto Rural.

A Cédula Hipotecária Habitacional é emitida como forma de garantia do mútuo concedido ao abrigo do Sistema Financeiro de Habitação, pelo qual o mesmo imóvel adquirido fica hipotecado ao agente financeiro, até o adimplemento total da dívida. Para ter eficácia real, basta o mero registro no livro 2 do Cartório de Registro de Imóveis, do contrato particular, como ensina Arnando Rizzardo<sup>145</sup>.

A Cédula Rural Hipotecária é regulada pelos artigos 20 a 24 do Decreto-Lei nº 167/67, que trata dos instrumentos de crédito rural. É hipoteca convencional, instrumentalizada por cédula. É uma espécie de contrato de financiamento rural e só pode ser emitida pelos órgãos do Sistema Nacional de Crédito Rural, indicados na Lei nº 4.829/65, que prevê no seu artigo 8º quais tipos de operações podem ser lastreadas pela referida cédula:

Art. 8º O crédito rural restringe-se ao campo específico do financiamento das atividades rurais e adotará, basicamente, as modalidades de operações indicadas nesta Lei, para suprir as necessidades financeiras do custeio e da comercialização da produção própria, como também as de capital para investimentos e industrialização de produtos agropecuários, quando efetuada por cooperativas ou pelo produtor na sua propriedade rural.

A Cédula de Crédito Industrial é formalizada segundo as normas do Código Civil e regras do Decreto-Lei nº 413/69. Na garantia cedular hipotecária são incorporadas as instalações industriais e construções adquiridas por meio do financiamento realizado necessariamente por uma instituição financeira, pública ou privada.

---

<sup>145</sup> Conforme: RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 4ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.180.

Já a Cédula de Produto Rural, instituída pela Lei nº 8.929/1994, é representativa de promessa de entrega de produtos rurais, com ou sem garantia cedular constituída, podendo ser emitida pelo produtor rural e suas associações, inclusive cooperativas, seja em operações de financiamento, com instituições financeiras, seja com negócios atrelados a empresas do setor do agronegócio.

A Cédula de Produto Rural pode conter garantias cedulares, dentre elas a hipoteca de imóveis rurais e urbanos. A descrição dos bens vinculados em garantia pode ser feita em documento à parte, assinado pelo emitente, fazendo-se, na cédula, menção a essa circunstância. A descrição do bem será feita de modo simplificado e, quando for o caso, este será identificado pela sua numeração própria, e pelos números de registro ou matrícula no registro oficial competente, dispensada, no caso de imóveis, a indicação das respectivas confrontações.

A Cédula de Produto Rural, para ter eficácia contra terceiros, inscreve-se no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do emitente, em livro próprio. Em caso de hipoteca, a Cédula de Produto Rural deverá também ser averbada na matrícula do imóvel hipotecado.

Uma grande vantagem da Cédula de Produto Rural é a desnecessidade de adiantamento financeiro quando da sua emissão, especialmente atrelada às operações de compra e venda de safra futura, com empresas do setor do agronegócio, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SOJA. EMISSÃO DE CÉDULA DE PRODUTO RURAL (CPR). DESNECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DO PREÇO PELO PRODUTO. NECESSIDADE DE SE DÁR AO TÍTULO SUA MÁXIMA UTILIZAÇÃO.

1. A Lei 8.929/94 não impõe, como requisito essencial para a emissão de uma Cédula de Produto Rural, o prévio pagamento pela aquisição dos produtos nela representados.
2. A emissão da CPR pode se dar para financiamento da safra, com o pagamento antecipado do preço, mas também pode ocorrer numa operação de hedge, na qual o agricultor, independentemente do recebimento antecipado do pagamento, pretende apenas se proteger contra os riscos de flutuação de preços no mercado futuro.
3. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.<sup>146</sup>

---

<sup>146</sup> AREsp 2.259/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2011,

Pelo exposto, o título de crédito com hipoteca é um importante instrumento que propicia a circulação de riquezas, dada a sua capacidade de circulação, e fomento e financiamento de setores chaves da economia. Atrelou-se o instrumento jurídico mais eficiente – o título de crédito - a garantia mais segura – a hipoteca, como um casamento duradouro e promissor, muito utilizado pelas instituições financeiras e empresas do setor do agronegócio e *tradings*.

### **2.3. Na insolvência, na falência, no concurso de credores e na concorrência com o crédito de quota condominial**

O artigo 1.476 do Código Civil admite a constituição de mais de uma hipoteca sobre o mesmo imóvel. A situação é normal, especialmente quando o valor do imóvel supera o valor da dívida.

De acordo com o princípio da prioridade, o primeiro credor hipotecário terá preferência, independentemente ao vencimento da dívida, que não se confundem com as hipotecas, na melhor interpretação do artigo 1.477 do Código Civil.

O credor da segunda hipoteca, também chamado de credor de segundo grau, não pode executar sua garantia antes do vencimento da primeira, salvo no caso de decretação de insolvência, requerida pelos credores.

Nas palavras de Venosa<sup>147</sup>, não se nega ao segundo credor o direito de executar sua dívida vencida, embora pendentes de vencimento a dívida do primeiro gravame. Na realização do preço, quando da alienação judicial, dar-se-á preferência ao primeiro credor hipotecário, conforme sistema previsto no artigo 1.501 do Código Civil.

Art. 1.501. Não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução.

---

DJe 30/05/2011

<sup>147</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo, Editora Atlas, 2006, p.571.

Como meio de fortalecer seu direito, a lei permite ao segundo credor hipotecário efetuar a remição do bem, subrogando-se no direito do primeiro credor. Isso é vantajoso, pois concede ao segundo credor melhores condições de negociar com o devedor, eliminando o primeiro credor da relação jurídica.

Portanto, se a regra geral é de que o credor subipotecário não pode executar a subhipoteca enquanto não vencida a hipoteca anterior, por outro lado, como já mencionados, essa regra é excepcionada no caso de insolvência do devedor comum<sup>148</sup>.

A insolvência é a situação na qual as dívidas do devedor excedem a importância de seus bens, gerando o desequilíbrio patrimonial, conforme artigo 955 do Código Civil: *“procede-se à declaração de insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor”*.

A insolvência, assim como em qualquer concurso de credores, faz vencer antecipadamente todas as obrigações do devedor, conforme regra do artigo 333, I do Código Civil:

Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores; (...)

Especificamente com relação às dívidas garantidas por hipoteca, o artigo 1.425 do Código Civil prevê o vencimento antecipado em caso de insolvência ou falência do devedor:

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:

(...)

II - se o devedor cair em insolvência ou falir;

(...)

Já o Código de Processo Civil é mais detalhista ainda prevendo que:

---

<sup>148</sup> Conforme: ROMITTI, Mário Müller e DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao código civil brasileiro*, volume XIII: do direito das coisas; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 578.

Art. 751. A declaração de insolvência do devedor produz:

- I - o vencimento antecipado das suas dívidas;
- II - a arrecadação de todos os seus bens suscetíveis de penhora, quer os atuais, quer os adquiridos no curso do processo;
- III - a execução por concurso universal dos seus credores.

Romitti<sup>149</sup> explica que, havendo execução em curso contra o devedor e por ocasião da penhora não sejam encontrados bens suficientes ao pagamento, tal fato já é suficiente para a presunção de insolvência. Caso contrário, as dificuldades do credor seriam imensas para obter a declaração de insolvência do devedor.

Essa declaração de insolvência comporta uma nuance especial, pois se aplica somente ao credor quirografário e não ao subipotecário, para quem já está reservado o patrimônio e quem se presume que aceitou a garantia em segundo lugar, porque verificou que tal imóvel, presumivelmente, é suficiente para o pagamento de ambas as obrigações. Espera-se esse comportamento diligente do credor.

De qualquer forma, uma vez declarada a insolvência do devedor, as dívidas se vencem antecipadamente, permitindo qualquer credor e execução imediata, seja quirografário, ou não, seguindo as seguintes regras do Código Civil:

Art. 958. Os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais.

Art. 959. Conservam seus respectivos direitos os credores, hipotecários ou privilegiados:

- I - sobre o preço do seguro da coisa gravada com hipoteca ou privilégio, ou sobre a indenização devida, havendo responsável pela perda ou danificação da coisa;
- II - sobre o valor da indenização, se a coisa obrigada a hipoteca ou privilégio for desapropriada.

Art. 961. O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral.

Art. 962. Quando concorrerem aos mesmos bens, e por título igual, dois ou mais credores da mesma classe especialmente privilegiados, haverá entre eles rateio

---

<sup>149</sup> Conforme: ROMITTI, Mário Müller e DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao código civil brasileiro*, volume XIII: do direito das coisas; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 580/581.

proporcional ao valor dos respectivos créditos, se o produto não bastar para o pagamento integral de todos.

Art. 963. O privilégio especial só compreende os bens sujeitos, por expressa disposição de lei, ao pagamento do crédito que ele favorece; e o geral, todos os bens não sujeitos a crédito real nem a privilégio especial.

Decretada a falência da pessoa jurídica, os bens do devedor, com ou sem garantia real, são todos arrecadados para pagamento dos credores, segundo a ordem de classificação dos créditos.

Com o advento da Lei nº 11.101/05, que dispões sobre a falência e recuperação judicial, a referida ordem da classificação alterou-se: os credores por acidente de trabalho passaram a ser equiparados aos credores trabalhistas, como os primeiros preferenciais na ordem de pagamento, limitado a 150 salários mínimos por credor. Destaque-se que os representantes comerciais são equiparados aos empregados, para fins de preferência. O crédito com garantia real vem em seguida e antes dos créditos fiscais.

O pagamento dos credores é feito por classes, conforme é satisfeita integralmente a classe preferencial, observada, naturalmente, a referida limitação de 150 salários mínimos. Essa situação, por consequência, pode atingir a garantia real, caso o devedor não tenha outros bens suficientes para arcar com os encargos trabalhistas.

Situação semelhante ocorre no concurso especial de credores: havendo créditos de natureza trabalhista e o devedor não possuindo patrimônio, o bem hipotecado poderá ser penhorado pelos credores trabalhistas, que terão preferência na excussão da garantia.

Somos da opinião de que referida regra precisa ser revista, por ser comumente utilizada como forma de fraude contra a garantia hipotecária.

Por fim, como exceção à preferência do crédito hipotecário, destaque-se a recente edição da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, de nº 478, que previu que na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o

hipotecário, de forma a preservar a unidade condominial.

O dever de pagar as cotas condominiais decorre de uma obrigação real – *propter rem* – que acompanha o imóvel, de forma que é dever jurídico que emerge da circunstância de a pessoa ser titular de um crédito real. Em ocorrendo a transferência do domínio do imóvel, transfere-se ao seu novo titular a obrigação real.

Segundo a jurisprudência<sup>150</sup> *“ao adquirente do imóvel, ainda que a aquisição tenha se operado judicialmente, via adjudicação pelo credor hipotecário, que cabe o dever de satisfazer as cotas condominiais em atraso. A satisfação de tal obrigação será acometida ao credor hipotecário se, ao invés de adjudicar o imóvel garantidor em execução proposta por terceiro, ele próprio viesse a haver o seu domínio por execução de dívida hipotecária”*.

Ainda seguindo essa linha de raciocínio, o crédito condominial prefere ao crédito hipotecário, conforme tem entendido o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 711 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

O comando inserido no artigo 711 do Código de Processo Civil não constitui regra absoluta, na medida em que o crédito condominial prefere, inclusive, ao hipotecário, pois, em havendo o perecimento da unidade condominial, de nada adiantará a garantia. Recurso não provido”<sup>151</sup>

“CIVIL. CRÉDITO DO CONDOMÍNIO POR CONTA DE QUOTAS NÃO PAGAS.PREFERÊNCIA SOBRE O CRÉDITO HIPOTECÁRIO.

As quotas de condomínio dizem respeito à conservação do imóvel, sendo indispensáveis à integridade do próprio crédito hipotecário, inevitavelmente depreciado se a garantia perder parte do seu valor; pagamento preferencial, nesse contexto, das quotas de condomínio. Recurso especial não conhecido.<sup>152</sup>

<sup>150</sup> Apelação Cível 194134052 – 6ª Câmara Cível – Rel. Moacir Adiers – TARGS

<sup>151</sup> REsp 315963/RJ, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Sexta Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 333

<sup>152</sup> REsp 208896/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Terceira Turma, julgado em 07/11/2002, DJ 19/12/2002, p. 361

## **2.4. A hipoteca do imóvel adquirido pelo consumidor como garantia do financiamento do construtor – Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça**

No Brasil, a hipoteca vem sendo comumente utilizada como método de fomento aos projetos de incorporação imobiliária. Assim, a hipoteca era decorrente de um contrato de financiamento celebrado entre a incorporadora e instituição financeira, sendo dado em garantia o próprio terreno onde era erguido o empreendimento imobiliário, ou suas unidades<sup>153</sup>. Pagada a dívida da incorporadora com a instituição financeira, a garantia era liberada.

Portanto, era muito comum que o comprador de um imóvel nem mesmo tomasse conhecimento que seu imóvel estava hipotecado, a luz do atual artigo 1.474 do Código Civil, que tem redação e conteúdo igual ao antigo artigo 811 do Código Civil de 1916.

Art. 1.474. A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel.

Muitas vezes, o imóvel era adquirido antes mesmo de abertas as matrículas das unidades autônomas ou lotes, por meio de mero compromisso de compra e venda.

Quando a incorporadora não pagava o financiamento do imóvel, a instituição financeira fazia valer sua garantia hipotecária, mediante execução. Inadimplida a obrigação da incorporadora, era então realizada a penhora sobre as unidades autônomas devidamente quitadas, pela conversão da hipoteca.

Por conta do fato exposto, foram instaurados diversos litígios envolvendo confrontos de credores hipotecários e compromissários de venda e compra sobre um mesmo imóvel, no qual se debatia qual direito deveria preponderar e como ficaria a proteção do direito do compromissário comprador da unidade autônoma

---

<sup>153</sup> MARQUES, José de Samuel, MARQUES, Luiz Henrique de Oliveira e MARQUES, Beatriz Pereira de Samuel in *Os Rumos da Hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça*. Revista de Direito Imobiliário 63/11 p. 2 de 25.

quitada.

A jurisprudência é clara no sentido de conceder a eficácia do direito àquele que levou seu título ao registro, dando-lhe efeito *erga omnes*. Neste sentido, Arruda Alvim<sup>154</sup> cita o doutrinador espanhol José Maria Chico Y Ortiz, quem ensina que *“um direito pessoal não é a mesma coisa que um direito real, para finalizar conclusivamente que o princípio absoluto, nesta temática, é de que o direito não inscrito é inoponível ao inscrito e, por isso mesmo, impõe-se a preferência do direito inscrito ou registrado sobre o não registrado”*.

Por essa razão, por exemplo, não se deve extrair da Súmula 84<sup>155</sup> do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que direitos pessoais podem preponderar sobre direitos reais legitimamente constituídos, estando a tese em consonância com o teor do artigo 961 do Código Civil:

Art. 961. O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral.

Porém, a jurisprudência foi construindo e aplicando uma tese mais protecionista aos terceiros adquirentes, conforme se verá.

Para alguns estudiosos<sup>156</sup>, seria indispensável para a existência da garantia a precedência de matrícula da unidade autônoma, impondo-se a nova instituição individual de garantia sobre cada unidade, após o término da construção, o que protegeria o direito do compromissário comprador da unidade autônoma quitada.

Em 1999, o Superior Tribunal de Justiça<sup>157</sup> proferiu acórdão prevendo que

<sup>154</sup> ORTIZ, José Maria, apud Arruda Alvim, *Contratos, Direitos Reais, Pessoas Jurídicas de Direito Privado e Responsabilidades*, 2002, volume 1, Editora Revista dos Tribunais, p.178.

<sup>155</sup> *“É admissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação de posse, advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”*

<sup>156</sup> Conforme: MOELLER, Oscarlino. *Direito do compromissário comprador de unidade autônoma quitada em face de penhora decorrente de ação de execução de hipoteca incidente sobre a unidade, lavrada por incorporador ou construtor em confronto com sua posse definitiva (adaptado ao Novo Código Civil)*. Artigos de Doutrina de Autoria dos Juízes, da CEPES – Centro de Estudos e Pesquisas do Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Editora Juarez de Oliveira, 2003. p 83-97.

<sup>157</sup> RESp 187.940/SP, citado no julgamento do RESp 205.607/SP, 4ª Turma, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, D.J 01.07.1999.

as regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro de habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora.

Este acórdão é criticável, pois vai de encontro com o conceito de que a hipoteca registrada gera efeito *erga omnes*, embora, genericamente, atenda ao princípio da boa-fé e função social do contrato.

Ensina a família MARQUES<sup>158</sup> que *“Visando amenizar os males decorrentes da rigidez excessiva ocasionada pela então vigente indivisibilidade da hipoteca, a jurisprudência veio progredindo no sentido de proteger o adquirente pontual, de boa-fé, prejudicado pela impossibilidade de liberar sua unidade”*.

Na toada do acórdão acima, foi editada a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê que *“a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de venda e compra, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”*.

Somos da opinião que a Súmula 308 acaba por agredir os princípios inerentes à hipoteca e por trazer insegurança aos agentes financeiros, o que certamente acaba por refletir no custo da transação e, por consequência, na taxa de juros a ser cobrada nessa espécie de operação dos mesmos terceiros que a Súmula visa proteger, desequilibrando o mercado.

A legislação exige que do compromisso de compra e venda da unidade autônoma ou lote conste a existência da hipoteca, sendo lamentável que os promitentes compradores não leiam o contrato ou não busquem informações sobre gravames sobre o bem que está sendo adquirido.

---

<sup>158</sup> MARQUES, José de Samuel, MARQUES, Luiz Henrique de Oliveira e MARQUES, Beatriz Pereira de Samuel in *Os Rumos da Hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça*. Revista de Direito Imobiliário 63/11 p. 14 de 25.

Nesse mesmo sentido, como mais uma proteção que afastaria a necessidade da proteção da Súmula 308, o artigo 292 da Lei de Registros Públicos estabelece que é vedado aos Tabeliães e aos Oficiais de Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade, lavrar ou registrar escritura ou escritos particulares autorizados por lei, que tenham por objeto imóvel hipotecado a entidade do Sistema Financeiro da Habitação, ou direitos a eles relativos, sem que deles conste, expressamente, a menção ao ônus real e ao credor, bem como a comunicação ao credor, necessariamente feita pelo alienante, com antecedência de, no mínimo 30 (trinta) dias.

O Código Civil de 2002 trouxe então uma solução parcial e salomônica para a questão, com a redação do artigo 1.488:

Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.

Pela lei, agora se permite o fracionamento da hipoteca que recai sobre o empreendimento, passando ela a gravar cada lote ou unidade autônoma de modo independente, sendo que, feita a divisão e oneração de modo proporcional, fica obedecida a relação entre o seu valor e o crédito garantido por hipoteca.

Se o adquirente pagar integralmente a sua unidade autônoma, ele pode pleitear a liberação de sua unidade. Ainda assim, os princípios milenares da hipoteca são infringidos com essa liberação da garantia: essas decisões de caráter social pontual acabam gerando problemas sociais maiores, decorrentes da insegurança ao credor, e desaparecimento das ferramentas de financiamento, já tão escassas.

A edição da Súmula 308 traz alusão aos artigos 22 e 23 da Lei nº 4.864/65, que parecem ter sido a pedra de toque na sua aprovação, *verbis*:

Art. 22. Os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos

contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado.

§ 1º Nas aberturas de crédito garantidas pela caução referida neste artigo, vencido o contrato por inadimplemento da empresa financiada, o credor terá o direito de, independentemente de qualquer procedimento judicial e com preferência sobre todos os demais credores da empresa financiada, haver os créditos caucionados diretamente dos adquirentes das unidades habitacionais, até a final liquidação do crédito garantido.

§ 2º Na cessão parcial referida neste artigo, o credor é titular dos direitos cedidos na percentagem prevista no contrato, podendo, mediante comunicações ao adquirente da unidade habitacional, exigir, diretamente, o pagamento em cada prestação da sua percentagem nos direitos cedidos.

Art. 23. Na cessão fiduciária em garantia referida no art. 22, o credor é titular fiduciário dos direitos cedidos até a liquidação da dívida garantida, continuando o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades de depositário.

§ 1º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o credor fiduciário poderá, mediante comunicação aos adquirentes das unidades habitacionais, passar a exercer diretamente todos os direitos decorrentes dos créditos cedidos, aplicando as importâncias recebidas no pagamento do seu crédito e nas despesas decorrentes da cobrança, e entregando ao devedor o saldo porventura apurado.

§ 2º Se a importância recebida na realização dos direitos cedidos não bastar para pagar o crédito do credor fiduciário, bem como as despesas referidas no parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo remanescente.

§ 3º É nula a cláusula que autoriza o cessionário fiduciário a ficar com os direitos cedidos em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.

§ 4º A cessão fiduciária em garantia somente valerá contra terceiros depois que o seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, for arquivado por cópia no Registro de Títulos e Documentos.

Não parece razoável querer colocar na mesma moldura da legislação acima todos os casos, inclusive aqueles em que a hipoteca foi constituída e registrada antes da alienação ao terceiro adquirente, independentemente de haver a configuração, ou não, de relação de consumo ao negócio jurídico. Portanto, nesses casos, entendemos que a Súmula 308 não deveria se aplicar, em respeito ao teor do artigo 1.419 do Código Civil:

Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

A despeito de discordamos da tese, a jurisprudência tem se consolidado

no sentido de afastar as regras rígidas da hipoteca aos imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação e, portanto, declarando ineficaz a hipoteca em relação ao consumidor que adquira licitamente o imóvel da incorporadora, mormente quando quita o preço, de forma que a dívida da incorporadora não pode ser cobrada do consumidor pela instituição financeira, conforme jurisprudência:

CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. HIPOTECA INCIDENTE SOBRE UNIDADES AUTÔNOMAS. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO PELO PROMITENTE COMPRADOR. CONSTRUTORA QUE NÃO HONROU SEUS COMPROMISSOS PERANTE O BANCO FINANCIADOR DO EMPREENDIMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA.

I. O adquirente de unidade habitacional pelo S.F.H. somente é responsável pelo pagamento integral da dívida relativa ao imóvel que adquiriu, não podendo sofrer constrição patrimonial em razão do inadimplemento da empresa construtora perante o banco financiador do empreendimento, posto que, após celebrada a promessa de compra e venda, a garantia passa a incidir sobre os direitos decorrentes do respectivo contrato individualizado, nos termos do art. 22 da Lei n. 4.864/65.

II. Precedentes do STJ.

III. Recurso especial não conhecido.<sup>159</sup>

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. HIPOTECA QUE GARANTE DÍVIDA DO CONSTRUTOR E QUE, EM TESE, PODE SER EXIGIDA POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CONTRA O COMPROMITENTE ADQUIRENTE. SÚMULA, 308/STJ. AÇÃO DECLARATÓRIA. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DE HIPOTECA. POSSIBILIDADE DO PEDIDO. EXISTÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR.

- Não se reconhece violação ao art. 535 do CPC quando ausentes omissão, contradição ou obscuridade no acórdão.

- Nos termos da Súmula 308, STJ, a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Não há que se falar, portanto, em impossibilidade de vir a obter judicialmente provimento com tal conteúdo.

- O pedido formulado não se refere à desconstituição da hipoteca, mas apenas ao reconhecimento, através de provimento declaratório, de que a hipoteca não se apresenta exigível em relação aos autores, havendo claro interesse processual. Precedentes.

Recurso especial provido.<sup>160</sup>

<sup>159</sup> REsp 415667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2003, DJ 07/04/2003, p. 293.

<sup>160</sup> REsp 684.958/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJe 15/04/2008.

## 2.5. Hipoteca de imóveis rurais e o georeferenciamento

Segundo o artigo 167, I, item 2 da Lei de Registros Públicos, no registro de imóveis serão feitos o registro das hipotecas legais, convencionais e legais. O artigo 176 da mesma lei, por sua vez, prevê que o Livro 2 é destinado à matrícula dos imóveis e ao registro e averbação dos atos relacionados no artigo 167, dentro os quais estão o registro das hipotecas.

A alínea a, do item 3, do inciso II, do §1º do artigo 176, ao estabelecer as regras de escrituração do Livro 2, estabelece que são requisitos da matrícula a identificação do imóvel rural, com indicação do código do imóvel, os dados constantes do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural, a denominação, suas características, confrontações, localizações e área.

Pelo teor do §1º do artigo 22 da Lei nº 4.947/66, sem apresentação do Certificado de Cadastro, não poderão os proprietários, sob pena de nulidade, desmembrar, arrendar, hipotecar, vender ou prometer em venda imóveis rurais. Observe a redação do §§1º e 3º da referida Lei:

Artigo 22 (...)

§ 1º - Sem apresentação do Certificado de Cadastro, não poderão os proprietários, a partir da data a que se refere este artigo, sob pena de nulidade, desmembrar, arrendar, hipotecar, vender ou prometer em venda imóveis rurais. (...)

§ 3º A apresentação do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR, exigida no *caput* deste artigo e nos §§ 1º e 2º, far-se-á, sempre, acompanhada da prova de quitação do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, correspondente aos últimos cinco exercícios, ressalvados os casos de inexigibilidade e dispensa previstos no art. 20 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996.

Segundo explica Ceneviva<sup>161</sup>, ao comentar a identificação do imóvel rural:

Com as alterações introduzidas no §1º, II, 3 em 2001, a identificação desse imóvel passou a ser mais pormenorizada que a exigida no texto original, a contar das distinção entre o situado na área urbana e aquele que fica fora desse limite, sobretudo para ajustar-se ao Cadastro de Imóvel Rural, exigido pelo artigo 22 da Lei nº 4.947/66.

<sup>161</sup> CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*. 18ª edição. Editora Saraiva, 2008, p.398.

Segundo §3º do artigo 225 da Lei de Registros Públicos, diante da redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004, abaixo transcrito, a identificação do imóvel rural passou a depender da apresentação de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado, indicando as coordenadas dos vértices definidores dos limites do imóvel e toda a linha perimetral, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, *verbis*:

Art. 225 - Os tabeliães, escrivães e juizes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.

§ 3º Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais. (Incluído pela Lei nº 10.267, de 2001)

Fato é que, historicamente, a descrição de limites de terras rurais nos Cartórios de Imóveis sempre foi um problema no Brasil e, atualmente, grande parte dos imóveis rurais ainda não atende ao requisito legal e a sua regularização, mediante o georreferenciamento exigido pela lei, que tem se mostrado lento e custoso.

Pelo Decreto nº 5.570/2005, o maior prazo para regularizar o imóvel era em 31.10.2011, o foi prorrogado em 21.11.2011, pelo Decreto nº 7.620/11, de forma que o maior prazo passou a ser 20.11.2023 para os imóveis com área inferior a vinte e cinco hectares, sendo 20.11.2013 o prazo para os imóveis com área de duzentos e cinquenta a menos de quinhentos hectares, e já expirado o prazo de imóveis que superem quinhentos hectares.

Alexandre Laizo Clápis<sup>162</sup> faz importante ponderação:

---

<sup>162</sup> CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Georreferenciamento*, in Revista de Direito Imobiliário 60/223. p. 21 de

Não se pode afirmar que o objetivo principal da legislação do georreferenciamento seja adequar a descrição dos imóveis rurais ou aprimorar o princípio da especialidade objetiva; está será uma consequência reflexa. Já se disse que os governos sempre procuram especificar as dimensões de seus territórios com a finalidade de aprimorar a arrecadação de impostos. Com o georreferenciamento, ao que parece, não é diferente.

Nesse contexto, como decorrência do princípio da especialidade, o registro da escritura de hipoteca de imóvel rural passou a depender da regularização da matrícula e de seu cadastro no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, para que o imóvel atenda a identificação conforme acima mencionado, além da apresentação de Certificado de Cadastro de Imóvel Rural e prova do recolhimento do Imposto Territorial Rural.

Essa situação prática, embora necessária, pela segurança jurídica que a correta descrição dos imóveis rurais traz insegurança na outorga e o registro de hipoteca sobre imóveis rurais.

Alexandre Laizo Clápis<sup>163</sup>, mais uma vez comenta:

Ficou proibida, pela forma estabelecida no decreto, não somente as situações de transferência de domínio, mas também aquelas em que os imóveis rurais fossem objeto de direitos reais, como hipoteca ou alienação fiduciária, e de constrições, como penhoras. Isso, por certo, representaria enormes entraves para o setor ruralista, em virtude da dificuldade de obtenção de financiamentos e também para eventuais credores que não poderiam alcançar o imóvel para satisfação do respectivo crédito. (...).

Entretanto, o mesmo Decreto nº 5.570/2005 acabou por flexibilizar a questão do registro das garantias reais, com a seguinte redação:

§ 2º Após os prazos assinalados nos incisos I a IV do caput, fica defeso ao oficial do registro de imóveis a prática dos seguintes atos registrares envolvendo as áreas rurais de que tratam aqueles incisos, até que seja feita a identificação do imóvel na forma prevista neste Decreto:

- I - desmembramento, parcelamento ou remembramento;
- II - transferência de área total;

---

60

<sup>163</sup> CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Georreferenciamento*, in Revista de Direito Imobiliário 60/223. p. 21 de 60.

III - criação ou alteração da descrição do imóvel, resultante de qualquer procedimento judicial ou administrativo.

As situações relativas à outorga de garantias reais não estão excepcionadas neste artigo, mas, na hipótese de necessidade de execução da garantia hipotecária será necessário georreferenciar o imóvel para fins de satisfação do crédito do credor, observados os prazos mencionados no Decreto nº 4,449/2002, alterado pelo Decreto nº 7.620/11, causando insegurança ao credor hipotecário.

Lineu de Albuquerque Mello<sup>164</sup> comenta:

Minha experiência demonstra que a maioria dos fazendeiros brasileiros não tem um levantamento feito por GPS de suas terras. Em geral, várias negociações de terrenos ficam mais lentas ao atingir o ponto da obtenção desse levantamento. É comum negociar uma condição suspensiva ao pagamento que o vendedor deve obter o levantamento de GPS e registrá-lo junto ao INCRA para que esse emita o certificado de registro (CCIR) pertinente.

Somos da opinião que a solução dada pelo advogado funciona para as operações de compra e venda, mas não resolve a problemática para as operações de concessão de crédito, sob garantia hipotecária, nas quais o adiantamento do recurso financeiro é o objeto almejado. A prorrogação de prazo do Decreto nº 7.620/11, no entanto, acabou por proteger, o pequeno e médio produtor rural.

## 2.6. A hipoteca no Direito Processual

A hipoteca mostra-se um instituto de garantia direito material bastante importante para a economia moderna, como forma de redução do risco das operações de crédito, seja ele concedido pelas instituições financeiras, seja ele concedido em negócios jurídicos entre particulares, reduzindo os custos de transação.

Embora não nos filiemos à corrente, conforme mencionado por Bufulin<sup>165</sup>, Carnellutti defende a hipoteca como um instituto de direito processual. Ainda

---

<sup>164</sup> MELLO, Lineu de Albuquerque, *Aquisição de Propriedades Rurais no Brasil* in Direito do Agronegócio. Quartien Latín, 2011, p.187.

<sup>165</sup> BUFULIN, Augusto Passamani, apud MAMEDE, Gladston, Luiz, *Hipoteca, constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.27.

conforme referência de referido estudioso, outros doutrinadores, como Cândido Rangel Dinamarco, apenas seus efeitos seriam processuais, quais sejam, pagar-se com privilégio sobre a coisa e vendê-la em hasta pública.

De qualquer forma, fato é que a sua eficácia material necessariamente deve estar associada à eficácia de execução dos títulos (*enforcement*), em caso de inadimplemento, aumentando o fator confiança e, por consequência, diminuindo o fator risco.

Samy Garson<sup>166</sup>, mestrando da Universidade de Coimbra, em sua tese de mestrado, ao citar estudo realizado por Margarida Proença<sup>167</sup>, Catedrática de Economia da Universidade do Minho, salienta que:

O ambiente legal (compreendendo a eficácia da justiça) contribui de forma activa e significativa para a actividade económica agregada, ou seja, que é possível aumentar o nível de bem-estar numa economia melhorando e aumentando o nível de eficácia dos tribunais. Sistemas judiciais ineficientes permitem a distorção de decisões individuais e empresariais, e nessa medida são uma chave para assimetrias de crescimento e desenvolvimento económico.

Garson<sup>168</sup> vai além concluindo que:

Embora seja cediço que o processo declaratório tenha merecido maior atenção por parte da comunidade jurídica ao longo da evolução do processo civil, inexoravelmente é no processo de execução que se verifica a expropriação dos bens do devedor para a satisfação do crédito invocado pelo credor e, portanto, em caso de resistência do executado para o cumprimento espontâneo da sua obrigação, ensejará a intervenção estatal, para que finalmente se efetive a justiça material. Eis a razão para a função executiva operar no mundo dos fatos, notabilizando-se pela agressão à esfera jurídica do patrimônio do executado, a ponto de merecer a célebre metáfora de Carnelutti, segundo a qual o processo de conhecimento transforma o fato em direito, e o processo de execução traduz o direito em fatos.

O processo de execução deveria viabilizar a segurança dos negócios

---

<sup>166</sup> GARSON, Samy. Tese de mestrado: *A desjudicialização da execução hipotecária como meio alternativo de recuperação de créditos*. Universidade de Coimbra. 2006.

<sup>167</sup> PROENÇA, Margarida, apud Mário Tavares Mendes, Custos da justiça, in COLÓQUIO INTERNACIONAL OS CUSTOS DA JUSTIÇA, Coimbra, 2002, Os custos da justiça: actas do Colóquio Internacional, Coimbra, 25-27 de setembro de 2002, coordenação de João Álvaro Dias, Coimbra: Almedina, 2003, p. 33.

<sup>168</sup> GARSON, Samy. Tese de mestrado: *A desjudicialização da execução hipotecária como meio alternativo de recuperação de créditos*. Universidade de Coimbra. 2006.

jurídicos envolvendo o crédito, sobretudo na delicada área da habitação, que muito depende do retorno do capital financiado, para que esse mesmo capital possa ser reinvestido, fomentando-se o giro econômico e o crescimento do PIB.

Infelizmente, a despeito do avanço das técnicas processuais para execução que o Brasil experimentou nos últimos anos, e excussão da garantia hipotecária, que serão analisados neste capítulo, a morosidade e a falta de efetividade do Poder Judiciário ainda atacam a eficácia material da hipoteca. Esse aspecto não será desenvolvido à exaustão neste trabalho, mas merece destaque dentro do contexto em que se insere a hipoteca, como instituto de direito material.

Nelson Luiz Machado Lamego<sup>169</sup> comentando as garantias reais tradicionais, menciona que:

A necessária excussão judicial dessas garantias, contudo, impõe longo tempo até a alienação do bem para a satisfação do crédito e, embora o direito processual civil brasileiro tenha sofrido recentes alterações em prol da celeridade, notadamente no processo de execução, o excessivo número de processos que abarrotam nossos tribunais e a possibilidade de manejo de vários incidentes processuais, recursos, embargos etc., ainda fazem da excussão judicial a via-crucis do credor, retardando a recuperação do crédito.

E conclui: “*A celeridade, entretanto, é fator determinante na recuperação de crédito*”.

Somos da opinião que a melhora da eficácia na execução da garantia tornará a hipoteca inquestionavelmente a melhor das garantias, pois sua estrutura material, notadamente no direito brasileiro é, em nossa opinião, impecável.

Nesse contexto, criticamos algumas “soluções” que o legislador cria, que acabam sendo parcialmente eficientes, pois não atacam o problema na sua raiz. Nesse aspecto, louvável a criação do instituto da alienação fiduciária de bens imóveis, como método alternativo de garantia, mas que também traz as suas mazelas.

---

<sup>169</sup> LAMEGO, Nelson Luiz Machado. *Recuperação de crédito: evitando a excussão judicial de garantias*. Revista dos Tribunais 891/9.

Alienação fiduciária é a transferência da posse de um bem móvel ou imóvel do devedor ao credor para garantir o cumprimento de uma obrigação. No cotidiano, a alienação fiduciária acontece quando um comprador adquire um bem a crédito. O credor (ou seja, aquele que oferece o crédito) toma a propriedade do próprio bem em garantia, de forma que o comprador fica impedido de negociar o bem com terceiros (pacto comissório).

No entanto, o comprador pode usufruir do bem. No Brasil, essa modalidade de crédito é comum na compra de veículos ou de imóveis. No caso de veículo, a alienação fica registrada no documento de posse deste, e no caso de imóvel, é comum que a propriedade definitiva, atestada pela escritura, só seja transmitida após a liquidação da dívida.

Para fugir da morosidade do Poder Judiciário, a excussão da garantia fiduciária dispensa a intervenção judicial, que é realizada diretamente em leilão específico, nos termos da Lei nº 9.514/97. Uma vez realizado a alienação do imóvel e pago o credor, ocorre a quitação automática de eventual saldo da dívida, o que pode tornar essa espécie de garantia nada atraente, na hipótese de desvalorização do imóvel.

Jairo Saddi<sup>170</sup> comenta com propriedade que:

Recentemente, muitos estudos multidisciplinares têm procurado relacionar o Poder Judiciário ao desenvolvimento econômico, depois de longos anos de esquecimento. Há duas premissas que devem ser observadas nesse tocante antes mesmo de uma democracia de mercado é num Judiciário forte, que aplique bem o direito positivo. Qualquer país que tenha um direito positivo modelar, uma lei substantiva extraordinária, mas cuja aplicação seja débil, estará fadado ao atraso.” E vai além mencionando que “um bom julgamento é melhor que uma boa lei, ou que a lei substantiva e positiva sem um bom juiz vale pouco.

Portanto, insistimos que a problemática da garantia hipotecária está focada, primordialmente, na eficiência de sua excussão. Se as leis forem boas e o Judiciário as aplicar correta e equitativamente, há ambientes mais favoráveis para o maior investimento e o desenvolvimento econômico e social.

---

<sup>170</sup> SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.211.

### (i) A execução da hipoteca

Como explica Humberto Theodoro Júnior<sup>171</sup> *“a execução não é um processo dialético. Sua índole não se mostra voltada para o contraditório. Quando se cumpre o mandado executivo, a citação do devedor é para pagar a dívida representada no título do credor, e não para se defender”*.

O imóvel dado em hipoteca é executado por meio de ação de execução, iniciando-se pela penhora do bem gravado, objetivando-se a sua venda judicial. O produto da venda é destinado do a quitação do crédito, com preferência a qualquer outro credor, devendo-se pagar, prioritariamente, as custas, os tributos e as dívidas oriundas dos trabalhadores agrícolas (1.422 e 964 VIII do Código Civil).

Art. 1.422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.

Parágrafo único. Excetua-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos.

Art. 964. Têm privilégio especial:

VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários.

Se a execução do bem hipotecado for insuficiente para pagamento da dívida do exequente, ele poderá prosseguir com a execução, buscando outros bens do patrimônio do devedor para penhorar, o que, em nossa opinião, a torna um instituto mais interessante que a alienação fiduciária.

Se sobrevier a falência ou insolvência do devedor, a execução deve ser suspensa, seguindo-se o procedimento especial, explanado em capítulo próprio acima.

---

<sup>171</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito Processual Civil*, 39ª edição. Editora Forense, 2006, v.2, p. 376.

Pelo artigo 1.501 do Código Civil, não extinguirá a hipoteca devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução. Se o imóvel hipotecado for penhorado por qualquer outro credor, esse fato implicará: (i) no vencimento antecipado da hipoteca; e (ii) na obrigatoriedade de citação do credor hipotecário, antes do praxeamento. A desobediência desses requisitos enseja a nulidade de alienações judiciais, conforme a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO AJUIZADA CONTRA O DEVEDOR. PENHORA QUE RECAI SOBRE BEM DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO TERCEIRO GARANTIDOR. NULIDADE DA PENHORA.

1. É indispensável que o garantidor hipotecário figure como executado, na execução movida pelo credor, para que a penhora recaia sobre o bem dado em garantia, porquanto não é possível que a execução seja endereçada a uma pessoa, o devedor principal, e a constrição judicial atinja bens de terceiro, o garantidor hipotecário.
2. Recurso especial provido.<sup>172</sup>

A execução por título extrajudicial, onde estará prevista a garantia hipotecária, é sempre ajuizada como execução definitiva. Apresentados embargos do executado, pode o juiz excepcionalmente conceder efeito suspensivo à execução. Prolatada a sentença pelo prosseguimento da execução, o efeito suspensivo excepcionalmente concedido perde eficácia.

Na execução, a citação do devedor é apenas para pagar a dívida, em três dias, podendo o credor indicar bens a serem penhorados, observada na medida do possível a ordem de preferência do artigo 655 do Código de Processo Civil, notadamente o §1º, que dispõe:

Art. 655. (...)

§ 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora.

O mandado inicial é de citação, penhora e avaliação. Decorridos os três

---

<sup>172</sup> REsp 472.769/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 24/05/2010

dias, o oficial de justiça procede à penhora dos bens do devedor, suficientes ao pagamento da dívida e encargos, como, igualmente, de imediato, realiza a avaliação dos bens penhorados.

Se o imóvel o devedor e/ou o imóvel hipotecado a ser penhorado estão localizados em outra Comarca, a citação e a penhora/avaliação devem ser realizadas por carta precatória, o que tem se mostrado bastante lento na prática, pelo acúmulo de trabalho nos cartórios brasileiros. Na linha da Justiça Trabalhista, a Justiça Comum já está em fase de implantação da precatória eletrônica, que seria expedida por e-mail, o que certamente agilizaria muito o processo de execução.

Pelo novo sistema, introduzido pela reforma processual de 2006, a forma preferencial de alienação dos bens penhorados é por sua adjudicação pelo exequente, ou pelas pessoas indicadas na lei. Não realizada a adjudicação, o exequente pode requerer a alienação por iniciativa particular, quer pelo próprio credor, como por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária, mantida a opção pelo usufruto do bem.

Como comenta o Ministro aposentado Athos Gusmão Carneiro<sup>173</sup>:

A nova sistemática é também profundamente inovadora ao instituir a alienação por iniciativa particular, procurando formas mais práticas e eficientes, menos formalistas que a hasta pública, com a finalidade de converter em moeda corrente os bens penhorados (no que encontra muitos símiles em direito comparado). Nem sempre desejará o exequente efetuar a adjudicação, mesmo porque, em sendo o valor do bem superior ao montante de seu crédito, poderá não dispor de quantia suficiente para depositar a diferença (art. 685-A §1º), ou não lhe ser convinável tal prática.

A intimação pessoal do executado, para tomar ciência do dia, hora e local da alienação judicial – fonte de frequentes manobras procrastinatórias, também nas palavras do Ministro aposentado, foi substituída pela intimação preferencial na pessoa do procurador nomeado no processo (artigo 687 §5º do Código de Processo Civil).

Mas a grande novidade da execução, em nossa opinião, é aquela trazida

---

<sup>173</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *A “nova” execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito?* In Revista de Processo APE nº 11501. IV. Atualidades Nacionais, p.127.

pelo artigo 689-A do Código de Processo Civil, que autoriza a hasta pública, a requerimento do exequente, possa ser realizada pela Internet, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou mesmo por outras entidades públicas e privadas devidamente conveniadas.

O alcance nacional da Internet, a publicidade e a transparência nessa modalidade de leilão tem mostrado um avanço que, junto com a regulamentação e aplicação das cartas precatórias eletrônicas, certamente trarão mais eficiência ao processo de execução, muito embora um grave problema da execução esteja ligado às dificuldades das vendas judiciais, de êxito negativo dos leilões, como pontua Giuseppe Tarzia<sup>174</sup>.

Na hipótese de arrematação, que pode ser realizada em prestações, os pagamentos feitos pelo arrematante serão levantados pelo exequente até o limite de seu crédito, enquanto que o saldo residual, se houver, pertencerá ao executado, conforme redação do artigo 640, §4º do Código de Processo Civil.

O doutrinador italiano conclui dizendo que o aprimoramento das leis processuais sobre execução requer uma ulterior reflexão, tanto no país dele como nos demais, buscando-se o equilíbrio, sempre difícil, entre eficiência e justiça. Essa é uma reflexão que recomendamos seja feita, pois somos da opinião que devemos ansiar por ter a hipoteca como a melhor, mais forte e eficiente garantia.

---

<sup>174</sup> TARZIA, Giuseppe. Problemas Atuais da Execução Forçada. Revista de Processo 90/68. P. 11 de 17.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho foram analisadas as principais questões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da teoria geral e conteúdo da hipoteca e procurou trazer alguns temas atuais, em intersecção com outras matérias, como economia, o direito bancário, os títulos de crédito, o agronegócio e o processo civil. O tema é atual e certamente esse trabalho não o esgotou.

A hipoteca é um direito real de garantia que permite ao credor resguardar um determinado bem do devedor ou de terceiro interveniente na relação jurídica, imóvel ou equiparado a imóvel. Nesse contexto, a legislação equipara a imóvel alguns bens, valendo destacar os acessórios e pertenças do imóvel, recursos naturais, os prédios em construção, aeronaves e navios e estradas de ferro.

A hipoteca também pode contemplar dívidas futuras, sendo, portanto, bastante utilizada em operações de crédito rotativo.

A principal função da hipoteca é garantir ao credor o recebimento de sua dívida, vinculando o bem ao pagamento. A hipoteca é marcada por quatro principais características: a sequela, a preferência, a acessoriedade e a especialidade.

A primeira delas permite ao credor perseguir o bem e excuti-lo, para fins de pagamento de sua dívida, independentemente de quem seja o titular do bem no momento da excussão.

Uma vez registrada na matrícula do imóvel perante o Cartório de Registro de Imóveis, respeitado, pois, o princípio da publicidade, a hipoteca gera o direito de preferência ao credor hipotecário. Na hipótese de outrem penhorar o bem hipotecado, o credor preferencial tem o direito de reservar seu crédito.

Quanto à terceira característica, a hipoteca pressupõe sempre a existência de um direito obrigacional principal e, por fim, deve atender todos os requisitos de conteúdo e forma, sob pena de ineficácia.

Nosso ordenamento pátrio contempla três modalidades de hipoteca, a convencional, a legal e a judiciária. A convencional é aquela constituída por manifestação de vontade das partes. A legal é aquela decorrente da lei, que defere esse tipo de hipoteca com o intuito maior de proteger os credores, devido à posição especial que ocupam.

O artigo 466 do Código de Processo Civil disciplina o instituto da hipoteca judiciária, pela qual se permite que, mesmo antes do transito em julgado da decisão condenatória, os imóveis dos réus sejam onerados para garantir o crédito do credor autor.

Na hipoteca legal, o título constitutivo é a sentença e na hipoteca judicial, a carta de sentença ou o mandado judicial, contendo a indicação das coisas gravadas e a dívida objeto da garantia.

Por ser uma garantia sujeita ao princípio da especialidade e publicidade, é importante conhecer a fundo todo o processo de sua formalização perante o Cartório de Registro de Imóveis, o que foi detalhado neste trabalho. Neste contexto, a hipoteca, portanto, está fundamentalmente regrada pelo Código Civil e a Lei de Registros Públicos, que definem como se dá a posição dos gravames, o procedimento de prenotação, suscitação de dívida e o registro. A preferência se dá pelo número do protocolo no Cartório de Registro de Imóveis e não da data da escritura pública.

A lei não exige para a constituição de sub-hipotecas que o valor do imóvel supere o da dívida originariamente garantida, cabendo o risco ao credor sub-hipotecário. A sub-hipoteca deve ser formalizada por novo título.

Após o decurso de 30 anos, a hipoteca só subsistirá, por meio de reconstituição por novo título e novo registro.

O crédito garantido pela hipoteca pode ser cedido em dado o princípio da acessoriedade, a garantia acompanhará a cessão operada. Na hipótese de novação

do referido crédito, é possível a ressalva da garantia, mantendo-se a preferência originária.

A extinção da hipoteca é regida conforme o art. 1.499 do Código Civil, de modo que ela pode ocorrer, nos termos de seus incisos: (i) pelo desaparecimento da obrigação principal; (ii) pelo perecimento total da coisa; (iii) pela resolução do domínio; (iv) pela renúncia do credor; (v) pela remição; (vi) pela arrematação ou adjudicação.

Tal artigo, contudo, não é taxativo, podendo ocorrer a extinção também, entre outras hipóteses: pela prolação de sentença anulatória ou de declaração de nulidade da garantia, como, por exemplo, quando se detecta um vício de consentimento ou defeito social na sua constituição; pela prescrição aquisitiva (usucapião do bem) de terceiro; pela consolidação, que é reunião, na mesma pessoa, das qualidades de credor hipotecário e proprietário do mesmo imóvel; pela perempção legal e pela sua condição de acessoriedade, quando se perde o principal.

Não basta a incidência de uma das hipóteses acima para que a hipoteca deixe de produzir seus efeitos, sendo imprescindível o cancelamento formal no Cartório de Registro de Imóveis, que pode ocorrer de forma total ou parcial.

A hipoteca é um importante instituto de garantia no direito bancário, especialmente nas operações envolvendo o Sistema Financeiro de Habitação e nas operações com títulos de crédito que permitem a instituição da garantia na própria cártula, merecendo destaque a Cédula Hipotecária Habitacional, a Cédula de Crédito Industrial, a Cédula Rural Hipotecária e a Cédula de Produto Rural. Esta última, também podendo ser emitida em favor de empresas enquanto as demais são restritas das instituições financeiras.

A operação de crédito deve estar lastreada na confiança individual do devedor. É preciso que o devedor seja acionado e então compulsoriamente executado em seus bens. Ao mitigar o risco, o sistema de garantias encurta essa distância e reduz o custo das transações e o preço do crédito, materializado em

juros e encargos contratuais. Daí a importância da segurança jurídica que a hipoteca deve conceder.

Dentro do Sistema Financeiro de Habitação, fazemos uma crítica ao conteúdo da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça que prevê que *“a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de venda e compra, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”*.

Somos da opinião que ela acaba por agredir os princípios inerentes à hipoteca e por trazer insegurança aos agentes financeiros, o que certamente acaba por refletir no custo da transação e, por consequência, na taxa de juros a ser cobrada nessa espécie de operação dos mesmos terceiros que a referida súmula visa proteger, desequilibrando o mercado. Pela liberação da garantia advinda da referida súmula, os princípios milenares da hipoteca são infringidos.

Como decorrência do princípio da especialidade, o registro da escritura de hipoteca de imóvel rural passou a depender da regularização da matrícula, com a devida descrição geodésica, e de seu cadastro no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, para que o imóvel atenda a identificação conforme legislação que instituiu as regras do georreferenciamento, além da apresentação de Certificado de Cadastro de Imóvel Rural e prova do recolhimento do Imposto Territorial Rural.

Essa situação prática, embora necessária, pela segurança jurídica que a correta descrição dos imóveis rurais traz insegurança na outorga e o registro de hipoteca sobre imóveis rurais, na medida em que a grande parte ainda não está georreferenciada e esse procedimento tem demorado substancial tempo, conforme nossa experiência.

Por fim, embora seja um instituto de natureza civil, os efeitos da hipoteca acabam por alcançar o processo civil, na hipótese de inadimplemento da obrigação principal.

Somos da opinião que a melhora da eficácia na execução da garantia

tornará a hipoteca inquestionavelmente a melhor das garantias, pois sua estrutura material, notadamente no direito brasileiro é, em nossa opinião, impecável.

O aprimoramento das leis processuais sobre execução deve ser constante, na busca do melhor equilíbrio entre eficiência e justiça. As reformas ocorridas em 2006 refletem essa busca, muito embora novos aprimoramentos práticos devam ser realizados, de estrutura, gestão e informatização do Poder Judiciário, em prol da eficiência na aplicação do direito material.



## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda, *Direito Privado Contratos, Direitos Reais, Pessoas Jurídicas de Direito Privado e Responsabilidades*, 2002, volume 1, Editora Revista dos Tribunais.
- ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Princípios gerais do direito das coisas: tentativa de sistematização*. Atualidades de direito civil. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; Cambler, Everaldo Augusto (Coord.). Curitiba: Juruá, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BELLINI JUNIOR, Luis Carlos. *Direito do Agronegócio, mercado, regulação, tributação e meio ambiente. Cédula de Crédito Bancário (CCB) e Instrumentos típicos do financiamento agrícola*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, volume 2.
- BEVILAQUA, Clóvis. *L'Evolution du Droit au Brésil de 1869 a 1919. Les Transformations Du Droit dal Le Principaux Pays depuis Cinquante Ans*. apud GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BURANELLO, Renato M. *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio – Regime Jurídico*. Revista e atualizada e ampliada. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *A “nova” execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito?* in Revista de Processo nº 11501. IV. Atualidades Nacionais.
- CARVALHO SANTOS, José Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*, 12ª

edição, vol. 10, 1982.

- CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*, 18ª edição: Editora Saraiva, 2008.

- CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Georreferenciamento*, in Revista de Direito Imobiliário 60/223.

- COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clovis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6ª edição. Editora Saraiva, volume 5, 2006.

- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 10ª edição. Revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

- DOS SANTOS, Francisco Jozé Resende dos. *Princípio da Prioridade*, in Revista de Direito Imobiliário 58/13.

- FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Os atos de expropriação forçada no processo de execução e a lei 11.382/2006*, Revista de Processo 146/151.

- FIORANELI, Ademar e SILVA, Jersé Rodrigues da. *A Hipoteca: Doutrina – jurisprudência legislação – Aspectos Práticos no Registro Imobiliário*, Revista de Direito Imobiliário 33/7.

- FONTANA, Rodrigo Ghisleni. *A hipoteca romana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1288, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9376>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

- GATTI, Edmundo. *Teoría General de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.

- GARCIA GARCIA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*, V. 2. Madrid: Civitas S.A., 1993.
- GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. *Títulos de crédito eletrônicos: noções gerais e aspectos processuais. In Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil (análise dos artigos 887 a 903)*. São Paulo: Walmar, 2004.
- GARSON, Samy. Tese de mestrado: *A desjudicialização da execução hipotecária como meio alternativo de recuperação de créditos*. Universidade de Coimbra, 2006.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal e outros. *Sobre a hipoteca judiciária*, Revista de Informação Legislativa, nº 133, jan/mar 1997.
- LACERDA FILHO, Fausto Pereira de. *Hipoteca*. Curitiba: Juruá Editora, 1977.
- LAFAYETTE, *Direito das Cousas*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Basto, 1940.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Garantia das Obrigações*, 2ª edição, Almedina, 2008.
- LUZ, Aramy Dornelles da. *Negócios Jurídicos Bancários. O banco múltiplo e seus contratos*, 3ª edição, Editora Juarez de Oliveira, 2005.
- MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- MAZEAUD, Henri, Leon e Jean. *Lecciones de derecho civil*. Traducción de Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ejea, 1978, Parte Tercera, v. I.
- MELLO, Lineu de Albuquerque, *Aquisição de Propriedades Rurais no Brasil in Direito do Agronegócio*. Quartien Latin, 2011.
- MELO FILHO, Álvaro. Apud SASTRE ROCA, *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., t. 1/205,

Barcelona, 1968, *Princípios do Direito Registral Imobiliário*. Disponível em: <<http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/008-melo-principios.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2012.

- MENÉRES CAMPOS, Maria Isabel Helbling. *Da Hipoteca – Caracterização, Constituição e Efeitos*. Coimbra: Almedina, 2003.

- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XX, Editora Borsoi, 1958.

- MOELLER, Oscarlino. *Direito do compromissário comprador de unidade autônoma quitada em face de penhora decorrente de ação de execução de hipoteca incidente sobre a unidade, lavrada por incorporador ou construtor em confronto com sua posse definitiva (adaptado ao Novo Código Civil)*. Artigos de Doutrina de Autoria dos Juízes, da CEPES – Centro de Estudos e Pesquisas do Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Editora Juarez de Oliveira, 2003.

- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 31ª e 38ª edições, volume 3, São Paulo: Saraiva, 1994 e 2007.

- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, Editora Forense/ Rio de Janeiro, 1999.

- NALINI, José Renato e DIP, Ricardo Henry Marques. *Hipoteca: natureza e registro*, Revista de Direito Imobiliário 35/17.

- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Hipoteca*, 2 ed., Rio de Janeiro: Aide, 2006.

- NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 41ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

- NETO, José Guida. *A instalação dos bárbaros e a compilação do Direito Romano no Império decadente*. Scientia FAER, Olímpia - SP, Ano 2, Volume 2, 1º Semestre, 2010.

- OLIVEIRA, José Celso Ribeiro Vilela de. *A hipoteca à luz do direito registral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1535, 14 set. 2007.
- ORTIZ, José Maria, apud Arruda Alvim, *Direito Privado Contratos, Direitos Reais, Pessoas Jurídicas de Direito Privado e Responsabilidades*, 2002, volume 1. Editora Revista dos Tribunais.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, volume IV, 1994.
- PIRES, Paulo Henrique Gonçalves. *Transferência de posição contratual e a garantia hipotecária*. Revista de Direito Imobiliário 69/151.
- PROENÇA, Margarida, apud Mário Tavares Mendes, *Custos da justiça*, in Colóquio Internacional os Custos da Justiça, Coimbra, 2002, Os custos da justiça: actas do Colóquio Internacional, Coimbra, 25-27 de setembro de 2002, coordenação de João Álvaro Dias, Coimbra: Almedina, 2003.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 2º volume, Editora Saraiva, 23ª edição, 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1999.
- ROCA SASTRE, apud GARCIA GARCIA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*, V. 2. Madrid: Civitas S.A., 1993.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – direito das coisas*, 21ª edição. Saraiva, volume 6, 1994.
- ROMITTI, Mário Müller e DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao código civil brasileiro*, volume XIII: do direito das coisas; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- TARZIA, Giuseppe. *Problemas Atuais da Execução Forçada*. Revista de Processo 90/68.
- SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*, Editora Quartier Latin, 2007.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19ª edição. São Paulo, Saraiva, volume 3, 1997.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos Registros Públicos*, 2ª ed., v.2. Rio de Janeiro: a noite, 1942.
- SILVA, Cláudio Teixeira, *Hipoteca Judiciária* in *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol.1 nº 2, junho de 1999.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Livraria do Advogado Editora, 1997.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Direitos das obrigações*. Coimbra. Editora Coimbra, 1997.
- THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, 39ª edição, editora Forense, v.2, 2006.
- VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, v. XVI: dos direitos reais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

**Insper Instituto de Ensino e Pesquisa  
LLM em Direito dos Contratos**

**Nancy Gombossy de Melo Franco**

**A HIPOTECA – UMA VISÃO PRÁTICA DA SUA  
APLICABILIDADE**

**São Paulo  
2012**

Nancy Gombossy de Melo Franco

## **A Hipoteca – Uma visão prática da sua aplicabilidade**

Monografia apresentada ao Curso de LLM em Direito dos Contratos do Insper - Instituto de Ensino e Pesquisa, como parte dos requisitos para a obtenção do título de pós graduação Lato Sensu em Direito.

Área de concentração: Direito dos Contratos  
Orientador: Prof. Daniel M. Boulos

**São Paulo  
2012**

Franco, Nancy Gombossy de Melo  
A Hipoteca – uma visão prática da sua aplicabilidade/  
Nancy Gombossy de Melo Franco; orientador: Daniel M.  
Boulos – São Paulo: Insper, 2012.  
132f

Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em direito dos  
Contratos – LLM). Área de concentração: Direito dos  
Contratos. Insper Instituto de Ensino e Pesquisa.

1. Hipoteca 2. Garantia Real 3. Direito Civil

# FOLHA DE APROVAÇÃO

Nancy Gombossy de Melo Franco  
A Hipoteca – Uma visão prática da sua aplicabilidade

Monografia apresentada ao Programa de LLM em Direito dos Contratos do Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, como requisito parcial para obtenção do título de pós graduação em Direito.

Área de concentração: Direito dos Contratos

Aprovado em: \_\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

## Banca Examinadora

Prof. Daniel Boulos  
Orientador

Instituição: Insper

Assinatura: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

***Dedico este trabalho ao André,  
meu querido marido,  
por estar sempre ao meu lado  
e por ser meu maior incentivador.***

***Agradeço ao Daniel, meu orientador,  
a todos os meus professores do Insper,  
pelo constante aprendizado e  
aos meus parceiros profissionais,  
Wallace, Lucas e Giordano.***



## RESUMO

FRANCO, Nancy Gombossy de Melo. Título da monografia: A Hipoteca – uma visão prática da sua aplicabilidade. São Paulo, 2012, 132f LLM em Direito dos Contratos. Insper Instituto de Ensino e Pesquisa.

Embora o índice proposto abaixo dirija o trabalho para um estudo geral sobre o tema, durante a exploração dos temas capitulados, o trabalho terá foco contemporâneo e prático, com conceitos doutrinários atuais, conjugado com análise de jurisprudência recente, em variadas situações fáticas.

O tema *Hipoteca – Uma visão Prática da sua Aplicabilidade* foi escolhido objetivando compilar, num único trabalho, as questões mais relevantes de direito material que envolvem a garantia real instituída sobre imóveis e bens equiparados, passando pelo seu conceito, origem, evolução, princípios, requisitos objetivos e subjetivos, modalidades, forma e formalização, efeitos, causas de extinção e transferência, que são objeto do primeiro capítulo.

Em seguida, no segundo capítulo, o estudo abrange temas mais controversos em relação à matéria, como a importância da garantia hipotecária na economia e no direito bancário, a excelente conjugação do instituto hipoteca com os títulos de crédito, por meio da instituição das chamadas cédulas com garantia hipotecária, o reflexo da insolvência, falência e do concurso especial de credores na garantia, a aplicabilidade da súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, a questão da insegurança da outorga da garantia hipotecária de imóveis rurais sem georreferenciamento e, por fim, uma crítica ao ainda moroso processo de execução da garantia, o que acaba por prejudicar a sua eficiência material, a despeito da evolução das ferramentas processuais, tal como o leilão judicial eletrônico, via Internet e com alcance nacional.

Palavras-chave: garantia, direito real, hipoteca, direito civil.

## ABSTRACT

FRANCO, Nancy Gombossy de Melo. Title of the paper: The Mortgage – a practical view of its uses. São Paulo, 2012, 132s, LLM in Contract Law. Insper Instituto de Ensino e Pesquisa.

Although the subject headings proposed below suggest that the paper will contain a general study of the subject, the development of the topics under each heading will give the paper a contemporary and practical focus, with concepts of current doctrine and an analysis of recent case law, in a number of actual situations.

The subject *The Mortgage – a Practical View of its Uses* was chosen with a view to bringing together, in a single work, the most important questions of material law involving real guarantees given over property and goods. The first chapter deals with the concept of such guarantees, and their origin, evolution, principles, objective and subjective requirements, types, form and formalization, effects, causes of extinction and transfer.

Next, in Chapter 2, the study covers more controversial questions relating to the subject, such as the importance of mortgage collateral in the economy and in banking law, the ideal combination of the mortgage with credit rights, by means of the creation of so-called mortgage-backed notes, the effect on the collateral of insolvency, bankruptcy and special creditors' meetings, the applicability of High Court precedent 308, the question of uncertainty in creating a mortgage over rural properties without geo-referencing and, finally, a criticism of the still lengthy process of executing the guarantee, which makes it less effective in real terms, in spite of the development of procedural tools, such as the virtual court auction over the internet, which reaches the whole country.

Key words: guarantee, security interest, mortgage, civil law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 01 - A HIPOTECA COMO INSTITUTO DO DIREITO .....</b>	<b>13</b>
1.1. Conceitos gerais .....	13
1.2. Origem e evolução da hipoteca .....	16
1.3. A Hipoteca no direito comparado .....	21
1.4. Princípios .....	25
(i) Princípio da especialidade .....	27
(ii) Princípio da publicidade .....	29
(iii) Subprincípios decorrentes.....	31
(iii.1) Princípio da prioridade .....	31
(iii.2) Princípio da continuidade do registro público .....	34
(iii.3) Princípio da indivisibilidade.....	35
(iii.4) Princípio da acessoriedade.....	36
1.5. Requisitos.....	37
(i) Partes.....	37
(ii) Objeto.....	40
(ii.1) Hipoteca sobre acessórios e pertenças do imóvel .....	43
(ii.2) Hipoteca sobre recursos naturais.....	47
(ii.3) Hipoteca de prédios em construção .....	48
(ii.4) Hipoteca aeronaves e navios .....	49
(ii.5) Hipoteca sobre estradas de ferro .....	50
(ii.6) Hipoteca de dívida futura .....	51
(iii) Modalidades.....	52
(iii.1.) Hipoteca convencional.....	53
(iii.2.) Hipoteca legal .....	54
(iii.3.) Hipoteca judiciária .....	58
(iv) Forma e formalização.....	62
(iv.1) Dívida no registro da hipoteca .....	68
(iv.2) Prazo da hipoteca e renovação da especialização.....	71

1.6.	Efeitos .....	72
(i)	Sequela .....	72
(ii)	Preferência .....	74
(iii)	Outros efeitos .....	75
(iv)	Sub-hipoteca .....	77
1.7.	Causas de extinção .....	77
(i)	Extinção da obrigação principal .....	79
(ii)	Destruição da coisa .....	80
(iii)	Resolução da propriedade .....	81
(iv)	Renúncia do credor .....	82
(v)	Remissão .....	83
(vi)	Arrematação ou adjudicação .....	86
1.8.	Cessão do crédito hipotecário .....	87
1.9.	Novação da obrigação principal e reflexos na hipoteca .....	89
<b>CAPÍTULO 02 - A HIPOTECA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO .....</b>		<b>91</b>
2.1.	Importância da hipoteca na economia e no direito bancário .....	91
2.2.	Hipoteca e os títulos de crédito .....	94
(i)	Hipoteca cedular .....	95
2.3.	Na insolvência, na falência, no concurso de credores e na concorrência com o crédito de quota condominial .....	99
2.4.	A hipoteca do imóvel adquirido pelo consumidor como garantia do financiamento do construtor – Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça .....	104
2.5.	Hipoteca de imóveis rurais e o georeferenciamento .....	110
2.6.	A hipoteca no Direito Processual .....	113
(i)	A execução da hipoteca .....	117
<b>CONCLUSÃO .....</b>		<b>121</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>		<b>127</b>

## INTRODUÇÃO

A evolução histórica do Direito das Coisas comprova a importância que este ramo do Direito Civil sempre fruiu como o conjunto de normas que regulam o poder do homem sobre os bens, refletindo diretamente na forma de organização econômico-política da nossa sociedade.

A hipoteca é um direito real de garantia. É, portanto, uma modalidade de garantia das obrigações, que recai sobre coisas imóveis ou equiparados destacados, de interesse atual, com destaque na literatura jurídica e econômica.

Nos tempos dos romanos, o Direito empregava o conceito da *fiducia cum creditore contracta*, que consistia na alienação assecuratória ou a dação da posse de bens como “garantia” do cumprimento de obrigações/créditos (sob condição resolutiva de adimplemento). A ação para restituição da coisa era de natureza pessoal e o Réu era condenado ao labéu da infâmia, a desonra. No direito grego-egípcio, se o devedor não adimplia a dívida, o credor adquiria a propriedade, de forma potestativa: no lugar do pagamento, ficava o bem gravado (*pactum commissorium*).

Com o monopólio estatal da justiça, essas formas de “garantia” tornaram-se inconvenientes: foi necessário transcorrer muito tempo para conciliar os interesses dos devedores em não se expor aos pactos comissórios ou de vendas, e os direitos dos credores para efetiva e eficiente extração do valor dos bens, sempre observado o devido processo legal.

Alguns doutrinadores consultados, como Orlando Gomes<sup>1</sup> e Moreira Alves<sup>2</sup>, sustentam que a hipoteca surgiu da constituição de garantia do aluguel de prédios rústicos, situação em que a posse da coisa não era transferida ao credor.

O conceito de hipoteca como uma garantia real e a sua distinção do

---

<sup>1</sup> Conforme: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>2</sup> Conforme: MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, Editora Forense/ Rio de Janeiro, 1999.

penhor foi evoluindo ao longo dos tempos. Havia inconvenientes na distinção dos bens empenháveis e hipotecáveis. No sistema jurídico brasileiro atual, além dos imóveis, a hipoteca pode ser instituída sobre bens equiparáveis a imóveis, tais como navios e aeronaves. Hoje, a hipoteca é definida como uma garantia real extrajudicial que incide sobre bens imóveis ou equiparados pela lei, que pertençam ao devedor ou a terceiros.

Na hipoteca, o bem gravado não passa à posse do titular do direito real de garantia, mas esse tem eventual direito à posse. A seqüela advinda da hipoteca é mais que uma executabilidade, pois permite penhorar o que está no patrimônio de quem não deve, na medida em que o titular da hipoteca tem a pretensão de executar o bem, onde quer que se ache ou ainda que nada deva o proprietário ou possuidor, com preferência, o que a torna um importante instrumento econômico.

Essa evolução do conceito e natureza jurídica do instrumento hipoteca ganha corpo e relevância como instrumento incentivador ao desenvolvimento da economia, que proporciona concessão de créditos com maior segurança ao prestador, aquece a economia, viabiliza a execução de planos habitacionais, o fomento ao agronegócio e realização de diversos e variados negócios ligados aos bens de raiz.

Por exemplo, dentre as atividades bancárias ativas típicas estão as operações de crédito ou empréstimo, nas quais ganha especial importância a modalidade de garantia hipotecária, uma das prediletas dos bancos, ao lado da alienação fiduciária. Destaca-se, também, a possibilidade de constituição menos burocrática da garantia em títulos de crédito de estímulo ao crédito rural, como a Cédula de Produto Rural e a Cédula Rural Hipotecária, ou de estímulo à aquisição da casa própria, como a Cédula Hipotecária Habitacional.

O tema escolhido é desafiador, especialmente se a avaliação do instituto for conjugada (i) à recente jurisprudência sobre o tema, dentro das mais variadas operações e negócios jurídicos; e (ii) às suas repercussões econômicas, tais quais o estímulo à circulação de riquezas, o desenvolvimento da economia moderna, a mitigação de riscos e custo de crédito e o incentivo aos melhores devedores.

## - CAPÍTULO 01 -

### A HIPOTECA COMO INSTITUTO DO DIREITO

#### 1.1. Conceitos gerais

Não há no Código Civil um conceito preciso de hipoteca. Da legislação estrangeira consultada, o conceito mais conciso pareceu ser o constante do artigo 104 do Código Civil espanhol, que define a hipoteca da seguinte forma: *“La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligation para cuya seguridad fue constituida”*<sup>3</sup>.

Segundo o artigo 686, 1ª parte do Código Civil Português, a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registro.

Os doutrinadores trazem alguns conceitos, com destaque a Clóvis Beviláqua<sup>4</sup>, que a define como *“um direito real, que recai sobre imóvel, navio ou aeronave, alheio, para garantir qualquer obrigação de ordem econômica, sem transferência da posse do bem gravado para o credor”*.

Da leitura de toda a doutrina consultada, concluímos que a hipoteca é um direito real de garantia do cumprimento de obrigação estabelecida entre devedor e credor, de natureza civil, que grava bens imóveis e os bens que a legislação equipara a imóvel, de propriedade do devedor ou de terceiro que intervenha no negócio jurídico.

O direito real de garantia é aquele que atribui ao credor o direito de receber o pagamento da dívida com o valor de determinado bem, destacado

---

<sup>3</sup> Tradução livre: A hipoteca sujeita direta e imediatamente os bens sobre a qual se impõe, qualquer que seja seu possuidor, ao cumprimento da obrigação para cuja a garantia foi constituída.

<sup>4</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. 2, p.114.

exclusivamente à sua satisfação. Segundo os ensinamentos de Orlando Gomes<sup>5</sup>, no direito real de garantia, o direito do credor “*concentra-se sobre determinado elemento patrimonial do devedor*”.

O doutrinador português, Luís Manuel Leitão<sup>6</sup>, ensina que:

A hipoteca constitui um direito real de garantia que se caracteriza por, ao contrário do privilégio, não estabelecer a preferência em atenção à causa do crédito, vigorando antes o princípio da prioridade na constituição. Para além disso, a hipoteca constitui uma garantia acessória do crédito, ficando dependente da sua constituição e acompanhando as suas vicissitudes. (...).

Nas palavras de Jairo Saddi<sup>7</sup>, a garantia real efetivamente confere maior segurança ao credor, uma vez que se conhece *ex ante* o bem que está à disposição dele, credor, na hipótese de não pagamento.

Segundo Arruda Alvim<sup>8</sup>, as normas disciplinadoras dos direitos reais são, uniformemente, consideradas como regras cogentes, imperativas ou de ordem pública. O instituto da hipoteca é considerado, desde sempre, como de ordem pública.

No nosso ordenamento há quatro espécies de direitos reais de garantia: a hipoteca, objeto deste estudo, o penhor, outorgado sobre bens móveis, a anticrese, em desuso, e a alienação fiduciária.

Na hipoteca, não há transmissão da posse da coisa dada em garantia, mas apenas a concessão do direito de promover a alienação forçada da coisa ou a sua adjudicação pelo credor, no bojo do processo executivo, pagando-se o credor, em caso de inadimplência da obrigação do devedor.

---

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.378.

<sup>6</sup> LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Garantia das Obrigações*, 2ª edição. Almedina, 2008, p.208.

<sup>7</sup> Conforme: SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.119.

<sup>8</sup> Conforme: ALVIM, Arruda. *Direito Privado Contratos, Direitos Reais, Pessoas Jurídicas de Direito Privado e Responsabilidades*. Editora Revista dos Tribunais, volume 1, 2002.

Portanto, nos ensinamentos de Maria Helena Diniz<sup>9</sup>, trata-se de um direito sobre o valor da coisa onerada e não sobre a sua substância. Em suma, a hipoteca:

- (a) conforme artigo 1225, IX do Código Civil, é um direito real de garantia, pois vincula imediatamente o bem gravado, oponível de forma *erga omnes* e que gera ao credor hipotecário o direito de sequela sobre a coisa e a excussão da coisa onerada, para se pagar, com a venda judicial ou a adjudicação, na forma da lei processual;
- (b) tem natureza civil, e está disciplinada pelos artigos 1.473 a 1.505 do Código Civil;
- (c) tem como objeto coisa do devedor ou de terceiro interveniente na relação jurídica;
- (d) não transfere a posse da coisa ao credor, quem continua exercendo sobre a coisa os direitos inerentes à propriedade, inclusive a percepção de frutos, sendo nula a cláusula que autorize o credor a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento (artigo 1.428. do Código Civil);
- (e) é indivisível, de forma que o vínculo real grava a totalidade do bem, salvo se as partes, expressamente, previrem que o pagamento parcial libera parte dos bens gravados, principalmente caso se tratarem de diversos bens, autônomos, ou, por exemplo, quando há loteamento, com abertura de matrículas individuais perante o respectivo Cartório de Registro de Imóveis, conforme prevê o artigo 1.488 do Código Civil, abaixo transcrito;

Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.

- (f) é acessória de uma dívida e pode garantir qualquer obrigação da dar, fazer

---

<sup>9</sup> Conforme: DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6ª edição. Editora Saraiva, volume 5, 2006, p. 211.

ou não fazer, sendo, nas palavras de Lafayette<sup>10</sup> “*um direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal*”. Considerando que nossa legislação prevê que o acessório segue o principal, se extinta ou anulada a obrigação principal, desaparecerá o ônus real; e

- (g) pode garantir débito futuro ou condicionado, desde que as partes estabeleçam o valor máximo a ser garantido, ficando a execução da hipoteca dependente da demonstração do implemento da condição e do montante de dívida, conforme o caso, conforme prevê o artigo 1.487 do Código Civil:

Art. 1.487. A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido.

§ 1o Nos casos deste artigo, a execução da hipoteca dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida.

§ 2o Havendo divergência entre o credor e o devedor, caberá àquele fazer prova de seu crédito. Reconhecido este, o devedor responderá, inclusive, por perdas e danos, em razão da superveniente desvalorização do imóvel.

Ao longo desta monografia, ficará demonstrado que a hipoteca é um instituto estimulante ao desenvolvimento econômico, que proporciona abertura de crédito e circulação de riquezas, permite a execução de planos habitacionais de forma eficiente, fomento ao agronegócio e, de um modo geral, a realização de variados e modernos negócios ligados aos bens de raiz e equiparados, sendo, ao lado da alienação fiduciária, a garantia preferida das instituições financeiras.

A hipoteca somente não é mais eficaz por conta dos entraves processuais que sua execução forçada enfrenta, dadas as burocracias e asoerramento do Poder Judiciário, situação que merecerá análise e reflexão em capítulo próprio.

## 1.2. Origem e evolução da hipoteca

A doutrina consultada<sup>11</sup> menciona que há divergência quanto à origem da

<sup>10</sup> LAFAYETTE, *Direito das Cousas*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Basto, 1940, §173, p. 410.

<sup>11</sup> Conforme: COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clovis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria

locução “hipoteca”, alguns a consideram originária dos estudos jurídicos gregos, outros, dos romanos. Independentemente da sua origem incerta, é sabido que, inicialmente, tratava-se de direito real sobre coisa alheia, que poderia incidir sobre bens corpóreos ou incorpóreos.

Alguns doutrinadores, mencionados na obra de Clóvis do Couto e Silva<sup>12</sup>, aderem à teoria de que o surgimento da hipoteca advém dos gregos devido ao termo *hypotheca*, de origem grega, outros, do direito romano, nas compilações justinianas, já no período pós-clássico. Em grego, o termo significava o marco de pedra ou de madeira que o credor colocava no terreno do devedor.

Indiscutivelmente, o trabalho mais completo do direito romano foi realizado pelo imperador Justiniano, publicado em 7 de abril de 529 D.C. Segundo José Guida Neto<sup>13</sup>, que estudou a instalação dos bárbaros e a compilação do Direito Romano no Império decadente, tal trabalho jurídico é uma herança civilizatória comparável à Bíblia, no entanto tal obra só se tornou viável graças ao que foi produzido durante o século V, no qual houve importantes compilações legais, denominadas, por motivos didáticos, de pré-justinianas, nos quais há referências às garantias reais.

Segundo Venosa<sup>14</sup>, a mais antiga modalidade de garantia encontrada nas fontes seria a *fiducia cum creditore contracta*, que consistia na alienação assecuratória ou a dação da posse de bens como “garantia” do cumprimento de obrigações/créditos (sob condição resolutiva de adimplemento). Cuidava-se de uma alienação assecuratória.

Segundo estudos de Rodrigo Ghisleni Fontana<sup>15</sup>, mestrando da

---

do Advogado, 1997.

<sup>12</sup> Conforme: COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clovis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>13</sup> NETO, José Guida. *A instalação dos bárbaros e a compilação do Direito Romano no Império decadente*. Scientia FAER, Olímpia - SP, Ano 2, Volume 2, 1º Semestre de 2010.

<sup>14</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.507.

<sup>15</sup> FONTANA, Rodrigo Ghisleni. *A hipoteca romana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1288, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9376>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

Universidade de Coimbra, Portugal, outros estudiosos do direito romano atribuem a origem da hipoteca aos romanos, nos *praedia subdita vel subsignata*, onde os imóveis eram dados em garantia a créditos do Estado ou de um Município. Caso a dívida não fosse adimplida, os bens seriam vendidos em favor do *aerarium*.

A *praedia subdita vel subsignata* é considerada, desta forma, um direito de garantia real romano, mas não é propriamente uma hipoteca.

Rodrigo Ghisleni Fontana, já citado, também indica que há estudos sobre a origem do instituto da hipoteca como *pignus cum non transit nec possessio ad creditorem*. Essa forma de garantia, na qual não há transferência da posse ao credor, teria surgido em Roma com os arrendamentos rurais. Como forma de garantia do pagamento da renda, o arrendatário outorgava em penhor os utensílios da lavoura, os animais e os escravos. Essa forma de garantia, porém, impossibilitava o arrendatário de produzir na terra arrendada.

Desta forma, surgiu como solução o *pignus cum non transit nec possessio ad creditorem*, no qual a posse das coisas empenhadas permaneciam com o locador para que ele pudesse desempenhar a sua atividade fim, qual seja, a exploração da terra arrendada.

Ainda segundo os estudos de Rodrigo Ghisleni Fontana<sup>16</sup>, na época clássica surgiu o exemplo da convenção entre as partes referente ao aluguel de um *praedium urbanum*, pelo qual, na casa alugada, concluído o contrato locativo da habitação, surgia a hipoteca sobre os móveis introduzidos e os escravos do inquilino, como forma de garantir o pagamento do aluguel.

No período clássico, antes mesmo da utilização do termo *hypotheca*, os romanos tratavam desta garantia real sob a denominação de *pignus conventum*, na qual não havia a transferência da posse, e o *pignus datum*, no qual havia a transferência da posse ao credor.

---

<sup>16</sup> FONTANA, Rodrigo Ghisleni. *A hipoteca romana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1288, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9376>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

Para a jurisprudência romana, o *pignus* é um tipo único de garantia real, pelo qual a entrega da posse da *res* garantida pode ser imediata ou após verificado o descumprimento da obrigação, mais parecido com o penhor.

Como mencionado, o termo *hypotheca* apareceu para os romanos nas compilações justinianas, tomando força e prevalecendo sobre o termo *pignus conventum* somente na época da Dinastia dos Severos (193 D.C. até 235 D.C.), muito tempo depois da efetiva utilização da garantia sem transferência da posse, na época clássica (iniciada em 130 A.C.).

A partir do século I, a *hypotheca* passou a ser utilizada como forma de garantia de qualquer obrigação, recaindo sobre os objetos suscetíveis de posse, desde que alienáveis. Por meio da *lex commisoria*, as partes convencionavam que, na hipótese de não pagamento, o credor tornar-se-ia proprietário da coisa. Após ser admitido por certo tempo, no ano 326, Constantino proibiu o pacto comissório. Outra convenção, menos rigorosa, permitia ao credor vender a coisa, tendo que devolver ao devedor o que sobejava da sua dívida (*pactum de distrahendo*).

Fato é que o direito romano trouxe os traços clássicos da hipoteca, como, por exemplo, a sua indivisibilidade, o respeito da ordem dos gravames, a possibilidade de outorga sobre bens futuros, a hipoteca tácita, hoje qualificada como legal, a exemplo daquela instituída sobre as coisas do menor.

Já no direito medieval e no *common law* consagrou-se a possibilidade de aquisição do domínio da coisa, se a dívida não fosse adimplida no vencimento.

A construção inicial da hipoteca, vista no direito medieval, era a de alienação em garantia, ou seja, sob condição resolutiva do adimplemento da dívida. Nesse caso, como a posse da coisa era transferida ao credor, não havia diferença entre hipoteca e penhor. Tratava-se do que hoje conhecemos como compra e venda com pacto de retrovenda, vinculado ao adimplemento de um empréstimo. O credor, de fato, fruía dos frutos e rendimentos da coisa, podendo as partes estabelecer que esse uso compensaria parte dos juros do empréstimo, por exemplo.

A denominação *mortgage* é exata para exprimir a ideia de que o bem ficava morto ao proprietário.

Era comum o credor adquirir o bem gravado que, muitas das vezes, tinha valor superior ao crédito. Para evitar o enriquecimento ilícito, a hipoteca do direito medieval evolui no sentido de se criar instrumentos processuais para alienação da coisa e devolução ao devedor da quantia que excedia o valor da dívida e para permitir a constrição do mesmo bem, mais de uma vez, até a sua exaustão.

Segundo Venosa<sup>17</sup>, no Brasil a hipoteca ingressou no Direito das Ordenações de forma assistemática, assimilando o Direito Romano, com suas deficiências. A primeira lei que substituiu as Ordenações foi de 1843, que não estabeleceu os princípios de especialização e publicidade.

A Lei nº 1.237/1864 trouxe modificações relevantes ao instituto, criando um registro geral de hipotecas, princípios da inscrição, especialização e prioridade. Em 1885, foi promulgada a Lei nº 3.272, tornando obrigatória a inscrição de todas as hipotecas, inclusive as legais, sem atender, para estas, o princípio da especialização, estudado a seguir.

Com a república, surgiram o Decreto 169-A de 1890 e Decreto 370/1890, que substituíram a legislação anterior. Surge, então, o Código Civil de 1916, que tratou do direito hipotecário nos seus artigos 809 a 855, revogando toda a legislação anterior.

Atualmente, no âmbito legal, a hipoteca possui natureza bifronte, uma vez que é regida tanto pelo Código Civil de 2002 quanto pela Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973). Há ainda alguma legislação especial complementar, que traz algum regramento sobre os bens equiparados aos imóveis (*e.g.* aeronaves) ou sobre as garantias cedulares, por exemplo.

Alguns doutrinadores, como Luiz Edson Fachin, que atualizou a obra de

---

<sup>17</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.556.

Orlando Gomes<sup>18</sup>, arriscam afirmar que a disciplina dos direitos reais no Código Civil de 2002 “constitui uma das mais claras, concisas e perfeitas sistematizações da matéria, por sua correção de linguagem, equilíbrio, moderação, sobriedade e precisão técnica”.

### 1.3. A Hipoteca no direito comparado

A hipoteca, pela sua própria origem, evolução histórica e princípios regentes, consiste, na maioria dos ordenamentos, costumeiramente como um direito real, regulado pelos princípios da acessoriedade e indivisibilidade, consubstanciada na especialidade e publicidade do registro, pautada sobre o direito de preferência de execução de uma dívida que possui como garantia um bem imóvel.

Atualmente, a hipoteca do direito brasileiro apresenta semelhanças aos sistemas de direito continental (ou codificados, baseados em atos legislativos) e também no *common law* (ou anglo-saxônico, baseado em decisões dos tribunais). No direito português, espanhol, italiano e francês, o conceito de hipoteca é semelhante ao direito pátrio, naturalmente, guardadas as suas peculiaridades.

Os países com tradição positivista do direito, especialmente do mundo ocidental, conceitual e encaram o instituto de maneira semelhante à forma como enxergamos a hipoteca no Brasil. Isso ocorre, de maneira lógica, em razão da influência portuguesa, italiana e francesa em nossa colonização e formação de nossa cultura e também da importância da hipoteca na economia moderna.

Clóvis Bevilacqua<sup>19</sup> esclareceu que o Código Civil de 1916:

(...) fundiu muitas correntes de pensamento: a tradição nacional, que remonta ao Direito português; o prestígio do Código Civil francês e da doutrina francesa; a influência do Código Civil e da doutrina da Alemanha, e as soluções felizes que se apresentavam nos demais Códigos Civis, particularmente o português, o italiano, o espanhol, o argentino e, ainda e, ainda, o do cantão de Zurique.

---

<sup>18</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 433.

<sup>19</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *L'Évolution du Droit au Brésil de 1869 a 1919. Les Transformations Du Droit dal Le Principaux Pays depuis Cinquante Ans*. apud GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 433.

A hipoteca, como já demonstrado, surge no direito romano, e pela subdivisão desta escola em direito continental e *common law*.

Sendo assim, verifica-se na própria denominação de *obligation* e *mortgage* da *common law* que a hipoteca adquiriria, de maneira geral (i) características de garantia de transações realizadas com mercadores estrangeiros, nas quais a hipoteca recaía sobre o imóvel e demonstrava a pretensão de venda – como se compromisso fosse – do bem (*obligation*) para solvência de determinada obrigação; e (ii) possibilidade do imóvel hipotecado ser retirado da posse do hipotecante caso não solvida a dívida. Clóvis de Couto e Silva<sup>20</sup> muito bem escreveu sobre o assunto:

Nessa fase, a hipoteca recaía sobre o valor do imóvel onerado e conferia a pretensão de vender judicialmente o bem e, com isso, solver a dívida. Essa transformação ocorreu porque em algumas cidades medievais a hipoteca deixara de ter feição de anticrese, não conferindo ao credor a faculdade de fruir a substância do bem gravado, tendo o devedor a posse imediata, e o credor, o direito de excutir o bem hipotecado. Denominou-se, no direito franco, a esse estatuto de *obligation*.

E prossegue, citando Walsh<sup>21</sup>: “*O termo mortgage segundo Littleton (cerca de 1470) poderia também significar que se o pagamento da dívida não se efetivasse, a propriedade ficaria “morta” para o devedor, i.e., ele a perderia para sempre*”.

Ainda conforme doutrina de Clóvis de Couto e Silva<sup>22</sup>, atualmente no direito inglês, o instituto da hipoteca caracteriza-se tanto por ser um direito do credor de se tornar proprietário do bem, quanto de vendê-lo judicialmente ou extrajudicialmente, além de tomar posse condicional do bem e obter progressivamente o pagamento da hipoteca.

---

<sup>20</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 139.

<sup>21</sup> WALSH. *On mortgage*. N.Y., 1994, p. 4 *apud* COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 139.

<sup>22</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 139.

Já para os alemães, do BGB, a hipoteca é um gravame que sujeita o bem imóvel, em proveito do credor, ao pagamento do crédito que lhe pertence, podendo ser futuro ou condicional. Para eles, diferentemente do direito inglês e igual ao nosso, o devedor hipotecário permanece na posse do bem gravado, impedindo cláusula de comisso.

Por outro lado, é fundamentado, essencialmente, em sua característica de acessoriedade e indivisibilidade do crédito e do bem hipotecado, como bem assinalou Couto e Silva<sup>23</sup>:

A acessoriedade da hipoteca em relação ao crédito constitui-se em axioma fundamental por força do § 1.153 do BGB, no qual se dispõe que, “com a transferência do crédito, transmite-se a hipoteca ao novo credor”; e alínea II do mesmo § 1.153 dá ênfase a essa ideia, ao determinar que o “crédito não pode ser transferido sem a hipoteca, e esta sem aquele.

(...)

Para harmonizar o princípio da acessoriedade com a natureza do sistema de direitos públicos, adotou o BGB, como regra, a hipoteca de tráfico (*Verkehrshypothek*) e não a em garantia. E, em consequência dessa posição, exarou o BGB, no §1.138, normas que definem a essência da hipoteca de tráfico e põem em harmonia a regra da acessoriedade com os demais axiomas que fundamentam os registros públicos, determinando que “os princípios dos §§891 até 899 vigoram para a hipoteca também em face dos créditos e das exceções que cabem ao proprietário, nos termos do §1.134.

Como se pode notar da citação acima, atualmente o BGB distingue 3 tipos de hipoteca: (i) hipotecas de tráfico e em garantia; (ii) dívida imobiliária e; (iii) dívidas imobiliárias de renda. O tipo hipotecário mais utilizado é o de “tráfico e em garantia”, pois este é o mais adaptado as transações comerciais e possibilita a sessão de crédito, aquisição de terceiros e maior adaptação do princípio da acessoriedade à realidade atual, como de forma muito lúcida, mais uma vez ensina Clóvis de Couto e Silva<sup>24</sup>:

Em regra, a hipoteca é de tráfico, isto é, destinada a circular permitindo a aquisição pelo terceiro da garantia real, ainda que extinto o crédito e dando margem a que se

<sup>23</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clovis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 145.

<sup>24</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito Privado na visão de Clovis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 146.

afirme haver aí um afastamento do princípio da acessoriedade em favor da mobilização. Como a hipoteca de tráfico é destinada a circular, emite-se, sobre ela, uma cédula hipotecária (§ 1.116, alínea I), e o credor torna-se titular da hipoteca quando o devedor lhe transfere a cédula, podendo convencionar-se que o credor a receberá do próprio registro de imóveis, presumindo-se, entretanto, se o credor estiver na posse da cédula, que a recebeu por tradição do devedor (§ 1.117, alínea I a III).

No mesmo sentido vão os demais sistemas romanísticos, tratando a hipoteca como uma natureza essencialmente acessória. Por exemplo, o Código Civil espanhol define a hipoteca no Art. 104 da *Ley Hipotecaria* como: “*la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligation para cuya seguridad fue constituída*”<sup>25</sup> – demonstrando grande equiparação a legislação hipotecária vigente entre nós.

Na Argentina, o instituto da hipoteca chega a ser pensando quase que de maneira idêntica ao nosso. Por tal razão é que Edmundo Gatti<sup>26</sup> a define como “*el derecho real constituído em seguridad de um credito sobre lãs cosas inmuebles del constituyente, que quedan em su poder y son gravadas em uma suma cierta de dinero de curso legal em la República*”<sup>27</sup>.

Nesse sentido, observe-se a redação do art. 3.108 do Código Civil Argentino: “*Art. 1.113 – Es el derecho real constituído em seguridad de crédito em dinero, sobre los bienes inmuebles, que continuan em poder del deudor*”<sup>28</sup>.

Comparativamente, há alguns pontos que distanciam os sistemas estrangeiros do direito brasileiro, essencialmente no que tange à extinção da hipoteca, e à sua execução.

A existência da hipoteca no direito brasileiro é um direito constituído interpartes, representando a averbação um meio para que tenha eficácia perante

<sup>25</sup> Tradução livre: A hipoteca sujeita direta e imediatamente os bens sobre a qual se impõe, qualquer que seja seu possuidor, ao cumprimento da obrigação para cuja a garantia foi constituída.

<sup>26</sup> GATTI, Edmundo. *Teoria General de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975, p. 139.

<sup>27</sup> Tradução livre: O direito real constituído em garantia de um crédito sobre as coisas imóveis do outorgante, que estão em seu poder e que são gravadas em uma determinada soma em dinheiro vigente na República.

<sup>28</sup> Tradução livre: É o direito real constituído em garantia ao crédito em dinheiro, sobre os bens imóveis, que continuan em poder do devedor.

terceiros. Contudo, pela análise de toda a doutrina analisada, nota-se que há certa divergência no que tange à extinção da hipoteca. A corrente brasileira dominante, da qual filiam, por exemplo, Maria Helena Diniz<sup>29</sup> e Pontes de Miranda<sup>30</sup>, defende que a hipoteca extingue-se somente mediante a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, ainda que a dívida principal da qual é acessória já tenha sido liquidada.

No que tange à execução da garantia hipotecária, na França, pela caracterização da hipoteca como uma garantia de dívida futura ou eventual, de caráter real, acessória e indivisível, sobre um bem imóvel, classifica-se a garantia como convencional, legal ou judiciária. Demonstrando tal conceito, de maneira costumeira, bem doutrinaram os irmãos Mazeaud<sup>31</sup>, comentando a garantia no direito francês:

(...) es una garantía real que, sin llevar consigo desposesión actual del propietario de un inmueble, le permite al acreedor, si no es pagado al vencimiento, embargar esse inmueble em poder de quien se encuentre, remartalo y cobrar él primero sobre el precio.

Verifica-se, portanto, que a execução da hipoteca, em alguns direitos, só ocorre de forma judicial, exigindo do credor que efetive seus direitos por meio de ação judicial, que remete, no caso brasileiro, a uma consequente morosidade na alienação do bem, aspecto desenvolvido e comentado no último capítulo deste trabalho.

No entanto, e outros ordenamentos, como é o caso francês, a execução da garantia hipotecária pode ser feita extrajudicialmente, tornando, por conseguinte, mais efetivo a satisfação da pretensão do credor.

#### **1.4. Princípios**

Analisados seus conceitos gerais, a hipoteca é regida, como quaisquer

<sup>29</sup> Conforme: DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, volume 5, 2006.

<sup>30</sup> Conforme: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

<sup>31</sup> MAZEAUD, Henri, Leon e Jean. *Leciones de derecho civil. Traducción de Alcalá Zamora y Castillo*. Buenos Aires: Ejea, 1978, Parte Tercera, v. I, p. 255.

outros institutos do direito, por diversos princípios que formam o seu regime jurídico, de modo que a sua determinação é primordial para o estudo do instituto.

Princípio é um mandamento nuclear de um sistema. Por meio dos princípios, vez que alicerces sobrepostos das matérias, é que são criadas as normas e os critérios hermenêuticos para aplicação do direito. Neste sentido, os ensinamentos-base de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>32</sup>:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Ainda neste âmbito introdutório, os princípios que regem a hipoteca possuem ainda mais peculiaridades ante aos princípios gerais do direito, vez que se inserem no âmbito dos direitos reais. Arruda Alvim<sup>33</sup> arrisca qualificar os princípios que se aplicam aos direitos reais como verdadeiros axiomas:

(...) os princípios exercem uma função de orientar ou amarrar a ordem jurídica, integrando-a, virtualidades essas que auxiliam o entendimento do intérprete e manifestam a unidade do sistema jurídico. Todavia, é necessário ter presente que os princípios situam-se dentro do sistema jurídico ou localizam-se em textos legais, mais ou menos nitidamente, por isso que não se pode pretender vislumbrar um princípio destacado ou separadamente, fora do sistema jurídico, na medida em que se pretenda que esse a tal sistema diga respeito. É posição comum a referência a princípios gerais - que imprimem as linhas dominantes de um sistema - e que em relação a esses ocorram exceções, através de outros princípios, 'derrogatórios' dos gerais, em dado espaço normativo e em dadas circunstâncias. Pode-se dizer, à luz desse entendimento, que tais princípios se impõem irrefragavelmente, a partir da constatação de que as regras configuradoras dos direitos reais são cogentes, inviabilizando espaço à autonomia privada; mas, em relação a determinados aspectos, cedem espaço à autonomia da vontade, a preencher em certa escala o conteúdo de um direito real, tal como no caso da servidão e do usufruto. Esse espaço à autonomia privada decorre da própria lei. Ainda que os tipos reais tenham sido absorvidos da historicidade das sociedades, e, portanto, revelam-se aptos a satisfazer as necessidades dos homens, casos há, como os da servidão e do usufruto, em que as necessidades serão satisfeitas tal como o desejem os interessados. E, como dito, os sistemas são a isso sensíveis (o art.1.378 refere a utilidade; o CC de 1916, art. 695, referia-se a utilização para certo fim, em ambos

<sup>32</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011 p. 54.

<sup>33</sup> ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Princípios gerais do direito das coisas: tentativa de sistematização. Atualidades de direito civil*. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; Cambler, Everaldo Augusto (Coord.). Curitiba: Juruá, 2006, p 171-172.

os casos, objeto de convenção). Acentue-se que os atributos ou princípios dos direitos reais - dentre outros - não são atributos ou principais apreciavelmente discutíveis, senão que o entendimento doutrinário é uniforme a respeito de sua existência, nos dias correntes, como também ao longo da história do direito, ainda que com variações, mas não significativas. Nesse sentido, pode-se dizer que são mais do que, propriamente princípios, pelo grau de certeza e de constante presença histórica existindo como tais, e justamente porque as leis os consagram e sempre os consagraram, praticamente galgam quase que a categoria de verdadeiros axiomas; constituíram-se e constituem-se em pano de fundo do sistema do direito das coisas.

Roca Sastre<sup>34</sup> reconhece o valor teórico e a eficácia prática dos princípios que, além de orientar o julgador e economizar preceitos, *“facilitan el estudio de la materia y elevan las investigaciones a la categoria de científicas”*.

Todos os princípios hipotecários decorrem de dois princípios primários que servem de base e origem para todos os outros. Chamados também de requisitos formais para a constituição da garantia real, eles são os princípios da especialidade e o princípio da publicidade: apenas e somente por meio deles é que a hipoteca se consubstancia e faz parte do mundo real. São eles que, agindo de maneira interdependente e conjunta, possibilitam a existência do título hipotecário.

### **(i) Princípio da especialidade**

O princípio da especialidade consiste numa garantia legal das partes envolvidas – credor, devedor e de terceiros - sobre a exatidão do patrimônio que está sendo afetado, por meio de uma compreensão ampla do negócio realizado. O princípio da especialidade prevê que deve haver uma pormenorização, tanto das características específicas do imóvel, quanto do negócio que o engloba, conforme artigo 1.424 do Código Civil:

Art. 1.424. Os contratos de penhor, anticrese ou hipoteca declararão, sob pena de não terem eficácia:

- I – o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo;
- II – o prazo fixado para pagamento;
- III – a taxa de juros, se houver;
- IV – o bem dado em garantia com a suas especificações.

<sup>34</sup> MELO FILHO, Álvaro. Apud SASTRE, Roca, Derecho Hipotecario, 6.ª ed., t. 1/205, Barcelona, 1968, Princípios do Direito Registral Imobiliário. Disponível em: <<http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/008-melo-principios.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2012.

Nesse sentido, ensina a doutrinadora portuguesa Maria Isabel Menéres Campos<sup>35</sup> que *“Mostra-se indispensável não só a determinação dos elementos individualizadores da coisa sobre a qual se constitui a garantia e a situação jurídica do prédio, mas também os elementos relativos ao crédito”*.

Do princípio da especialidade, inferem-se as seguintes conclusões: (i) deve ser especificada a coisa dada em garantia e fixado o valor total da dívida, tornando impossível a hipoteca geral e a hipoteca ilimitada; (ii) o direito recai, necessariamente, sobre determinados bens imóveis, que podem ser um só ou vários; a hipoteca não pode recair indiscriminadamente sobre todos os bens do hipotecante; e (iii) o valor do crédito garantido deve ser essencialmente determinado ou estimado.

O princípio da especialidade insere-se no próprio instrumento constitutivo da escritura ou da cédula hipotecária, pois é neles que devem constar o nome das partes, o valor e a espécie da dívida garantida e a descrição dos bens hipotecados.

O professor português, Luis Manuel Leitão<sup>36</sup>, menciona:

Como direito real de garantia que é, a hipoteca só pode incidir sobre bens determinados, pertencentes ao devedor ou a terceiro. Em consequência, o art. 716 vem estabelecer a regra da especialidade, exigindo que no título constitutivo das hipotecas voluntárias conste quais são os bens hipotecados, estabelecendo a nulidade das hipotecas voluntárias que incidam sobre todos os bens do devedor ou de terceiro sem os especificar.

A conclusão lógica é que o princípio da especialidade possui característica de requisito formal para constituição da hipoteca, sendo que o seu desatendimento, por conseguinte, torna a hipoteca ineficaz, conforme define a jurisprudência:

PRINCÍPIO DA ESPECIALIZAÇÃO – IMÓVEL INDEVIDAMENTE  
CARACTERIZADO E DESCRITO NO TÍTULO – DOCUMENTOS QUE O

<sup>35</sup> MENÉRES CAMPOS, Maria Isabel Helbling. *Da Hipoteca – Caracterização, Constituição e Efeitos*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 48.

<sup>36</sup> LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Garantia das Obrigações*, 2ª edição, Almedina: 2008 p.214.

INTEGRARIAM, NÃO AUTENTICADOS POR UMA DAS PARTES – INADMISSIBILIDADE.

Qualquer retificação de inexatidão ou erro em documento particular ou público só pelas mesmas partes, não por uma delas isoladamente, poderá ser feita.

A natureza jurídica do título prevalece sobre o nome que lhe tenham dado as partes contratantes.

Como decorrência do princípio da especialização, o imóvel deve ser perfeitamente caracterizado e individualizado no título. A descrição do bem, ou está contida no ato, ou depende da anuência de todos, para, produzida posteriormente, vir a integrá-lo<sup>37</sup>.

## (ii) Princípio da publicidade

Ao lado do princípio da especialidade, o princípio da publicidade é também norteador do regime jurídico do instituto da hipoteca. O princípio da publicidade é intrínseco e interdependente ao princípio anteriormente estudado, de maneira que os dois se aplicam ao mesmo tempo.

O princípio da publicidade consiste na exigência de inscrição da escritura hipoteca no Registro Imobiliário: o título constitutivo do direito real deve ser levado à registro – cédula ou escritura hipotecária - para que haja inscrição em livro próprio, à disposição de terceiros e das partes os termos do negócio realizado.

Sendo assim, como o primeiro princípio estudado, é também requisito formal e por sua característica de publicidade, é garantia das partes e terceiros sobre os pormenores da hipoteca, além de servir como elemento probatório. Nesse sentido, ensina o civilista Arruda Alvim<sup>38</sup> “(..) *publicidade, por excelência para bens imóveis, com o que se quer significar que os direitos reais são objeto de uma publicidade específica e absolutamente indispensável, a qual, não ocorrente, não se terá direito real*”.

Inscrita a hipoteca no registro de imóveis, ela passa a ser conhecida e oponível *erga omnes*, dando-se ciência a todos que o bem imóvel dado em garantia está sujeito ao ônus hipotecário, e quais são as especificidades do negócio.

<sup>37</sup> ApCív 259. 251 – Itapecerica da Serra – Apelantes: Fariz F. Elias e/o. – Apelado: Oficial do Registro de Imóveis – in Revista de Direito Imobiliário, n. 1, p. 83.

<sup>38</sup> ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Princípios gerais do direito das coisas: tentativa de sistematização. Atualidades de direito civil*. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; Cambler, Everaldo Augusto (Coord.). Curitiba: Juruá, 2006, p.185.

O respeito ao princípio da publicidade, assim, afasta quaisquer eventuais alegações de terceiros ou credores sub-hipotecários de desconhecimento do direito real que vincula e grava o imóvel ao cumprimento de determinada obrigação. Presume-se, pela publicidade, que todos saibam que o bem imóvel está ligado a determinada hipoteca anterior e que qualquer negócio posterior não terá direito de preferência sobre ela.

Observa-se, ainda, que tal princípio também é decorrente de lei, conforme dispõe o artigo Código Civil:

Art. 1.497. As hipotecas legais, de qualquer natureza, deverão ser registradas e especializadas.

§ 1o O registro e a especialização das hipotecas legais incumbem a quem está obrigado a prestar a garantia, mas os interessados podem promover a inscrição delas, ou solicitar ao Ministério Público que o faça.

§ 2o As pessoas, às quais incumbir o registro e a especialização das hipotecas legais, estão sujeitas a perdas e danos pela omissão.

Pontes de Miranda<sup>39</sup> qualifica a hipoteca sem registro como mera promessa de acordo de constituição, que gera apenas efeitos entre as partes.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de afastar a eficácia *erga omnes* da hipoteca sem registro, expressamente prevendo que a ausência de registro apenas cria vínculo pessoal entre os acordantes e não atinge terceiros:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EFEITOS MODIFICATIVOS. CORREÇÃO DO JULGADO. MODIFICAÇÃO DO DECIDIDO. HIPOTECA. REGISTRO INDEVIDO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO REAL. VALIDADE DO DIREITO PESSOAL SUBJACENTE.

- Admite-se que os embargos declaratórios tenham efeitos infringentes quando a correção do julgado importar modificação do decidido no julgamento embargado. Precedentes.

---

<sup>39</sup> Conforme: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p.82.

- O direito real de hipoteca só surge com Registro Público mesmo entre os contraentes (Código Civil/16; Art. 676). Enquanto não registrado o acordo de constituição da hipoteca ou quando for inscrito indevidamente (Código Civil/16; Art. 846) há apenas vínculo de direito pessoal entre os acordantes.<sup>40</sup>

### **(iii) Subprincípios decorrentes**

Dos dois principais princípios aplicados à hipoteca, decorrem outros subprincípios, quais sejam: prioridade, acessoriedade, indivisibilidade e continuidade.

#### **(iii.1) Princípio da prioridade**

O princípio da prioridade é um desdobramento do princípio da publicidade e da obrigatoriedade do registro público.

Os romanos já ostentavam a importância da precedência cronológica da apresentação dos títulos ao registro: *“Prior tempore, potior jure”*. Esse axioma é no fundamento basilar do princípio da prioridade que, na prática, corresponde ao princípio da física segundo o qual dois corpos não podem ocupar o mesmo lugar no espaço.

Por meio da inscrição da hipoteca no registro de imóveis, o primeiro credor que realiza o registro da hipoteca sobre os títulos do imóvel possui direito de executar o crédito em prioridade a quaisquer outros credores. Os demais credores possuem atuação sucessiva: apenas podem promover a cobrança ou a venda judicial do bem depois de resolvida a primeira hipoteca, ressalvada as peculiaridades aplicáveis aos casos de insolvência, analisados em capítulo próprio.

Nesse contexto, vale destacar os ensinamentos de Roca Sastre<sup>41</sup> e José Manuel García García<sup>42</sup>, respectivamente:

<sup>40</sup> EDcl no AgRg no REsp 302.278/MT, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2007, DJe 01/04/2008.

<sup>41</sup> ROCA SASTRE, apud GARCIA GARCIA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*, V. 2. Madrid: Civitas S.A., 1993 p. 551.

<sup>42</sup> GARCIA GARCIA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*, V. 2. Madrid: Civitas S.A., 1993.p 552.

O princípio da prioridade é o princípio hipotecário em virtude do qual o ato registrável que primeiramente ingresse no Registro da Propriedade se antepõe com preferência excludente ou superioridade de fila, a qualquer outro ato registrável que, lhe sendo incompatível ou prejudicial, não tiver sido apresentado ao Registro ou tiver sido com posterioridade ainda que dito ato fosse de data anterior.

(...) aquele princípio hipotecário em virtude do qual os títulos ou direitos que acessam o Registro prevalecem em caso de conflito frente aos títulos ou direitos que não acessaram ao mesmo ou sobre os que acessaram com posterioridade, atendendo às datas de apresentação no livro Diário.

Pelo registro, por conta da fé pública do oficial do cartório, o terceiro adquirente tem garantido o seu direito de saber a situação em que se encontra o bem imóvel que esta adquirindo, merecendo citação a seguinte passagem de Pontes de Miranda<sup>43</sup>:

A técnica legislativa combina o princípio da proteção à fé pública com o da responsabilidade do oficial do registro e, pois, do Estado, segundo expôs no Tomo XIV, §1.573, 9. A eficácia das inscrições, positiva e negativamente, é decisiva: ainda que alguém tenha adquirido direito real limitado sobre o imóvel, tal direito real limitado, e.g., hipoteca, não existe, se inscrição não se fez. O falso documento, com que se obtém o cancelamento, não retira ao adquirente da propriedade livre qualquer tutela.

No direito atual, todos os títulos transmissivos de imóveis são sujeitos ao registro, visando a segurança jurídica e a garantia das partes envolvidas. Assim, na hipótese de serem apresentados mais de um título de transferência de bem imóvel, prefere-se, por lógica, (i) se oriundos do mesmo alienante, aquele título que primeiro foi apresentado ao registro e, (ii) se oriundos de alienantes diversos, aquele cujo alienante primeiro se ache inscrito no registro ou tiver sido prenotado anteriormente.

Todos esses efeitos se dão em respeito ao princípio da prioridade e à sua consubstanciação que é o número de ordem inscrito no título do bem imóvel, conforme, novamente, ensina a doutrina de Pontes de Miranda<sup>44</sup>: *“O número de ordem é que determina a prioridade do direito real limitado, inclusive do direito real de garantia. A prioridade é entre hipotecas e entre direitos reais limitados de*

---

<sup>43</sup> PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p- 83/84

<sup>44</sup> PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p- 109

*diferentes espécies”.*

Sendo assim, o princípio da prioridade, amparado nos brocardos *prior in tempore, potior in iure, prior in tempore, melior in iure e prior tempore, potior iure*, é relevante para solução dos conflitos de direitos existentes no título hipotecário do bem imóvel, determinando a relação de precedência entre direitos constantes na hipoteca, sendo eles de quaisquer tipos, contraditórios ou sucessivos.

Francisco Jozé Rezende dos Santos<sup>45</sup>, inclusive, bem dissertou sobre a utilização do princípio da prioridade e esta importante conseqüente relação de precedência para solução dos conflitos existentes entre direitos constantes no título hipotecário:

Dentre os diversos princípios em que se alicerça o Direito Registral Imobiliário, encontra-se em posição de destaque o chamado Princípio da Prioridade, relevante ao se determinar a relação de precedência dos direitos quando se instala um conflito entre direitos opostos ou contraditórios no Registro de Imóveis.

Nesse sentido, a jurisprudência orienta:

DIREITO CIVIL. VAGA DE GARAGEM. CESSÃO PARA CONDÔMINO. POSSIBILIDADE. DIREITO REAL SOBRE BENS IMÓVEIS. TRANSCRIÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE. PREVALÊNCIA DO PRIMEIRO REGISTRO.

- Como direito acessório, a vaga de garagem adere à unidade, sendo, contudo, desta destacável para efeito de sua cessão a outro condômino.  
 - O art. 676 do Código Civil/16, cuja essência foi mantida pelo art. 1227 do Código Civil/02, fixa a necessidade de transcrição, no registro de imóveis competente, do título representativo da transferência entre vivos de direito real sobre bens imóveis. Esses dispositivos legais corporificam o princípio da prioridade, inerente ao direito registral e que, via de regra, assegura ao primeiro registro a prevalência, excluindo a possibilidade de transcrição de outro título constitutivo de direito real contraditório. Recurso especial conhecido e provido.<sup>46</sup>

Conclui-se, portanto, que o princípio da prioridade é aplicado quando surgem conflitos entre direitos sobre um mesmo e único imóvel. Pela aplicação de tal princípio é afastado o risco da simultaneidade de registros de direitos

<sup>45</sup> DOS SANTOS, Francisco Jozé Resende. *Princípio da Prioridade*, in Revista de Direito Imobiliário 58/13. p.02.

<sup>46</sup> REsp 954.861/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 26/11/2008.

incompatíveis ou contraditórios sobre um mesmo imóvel, no título hipotecário, numa mesma data.

### **(iii.2) Princípio da continuidade do registro público**

O princípio da continuidade do registro público decorre do próprio princípio da prioridade. Ele determina que deve existir um encadeamento de titularidades e inscrições contidas no registro hipotecário, pela verificação de seus respectivos números de inscrição e datas.

Desta maneira, cada registro se liga ao seu antecedente, como o seu subsequente a ele se ligará posteriormente, possibilitando que o título hipotecário reflita com a maior fidelidade possível a realidade jurídica e inspire segurança e garantia. Maria Helena Diniz<sup>47</sup> explica a intersecção dos dois princípios – prioridade e continuidade - com maestria:

A posição dos gravames é dada pelo número de ordem, daí decorre a prioridade dos direitos reais em relação a outros registrados posteriormente. Logo, a ordem de preferência, na colisão de direitos reais, advém da prioridade do assento. O registro feito na ordem em que for requerido estabelece a prioridade e esta a preferência entre hipotecas (Código Civil, art. 1.493, parágrafo único).

Nesse sentido, transcreva-se a sentença do Juiz de Direito da 1.<sup>a</sup> Vara de Registros Públicos de São Paulo, citada na Revista de Direito Imobiliário<sup>48</sup>:

Mesmo autorizada por alvará judicial, a viúva meeira não pode transmitir, em nome próprio, imóvel registrado em nome de seu falecido marido. Antes da partilha, quem pode transmitir a propriedade é apenas o espólio, pouco importando que a viúva seja, também, a única herdeira, sob pena de ofensa ao princípio da continuidade.

Sendo assim, o princípio da continuidade dos registros públicos viabiliza que o registro da hipoteca demonstre e estabeleça prioridades entre os credores hipotecários, de modo que, aquele que registrar a hipoteca, primeiro detém o direito de executar o imóvel antes dos outros (princípio da prioridade). Tal registro serve de instrumento de garantia para terceiros que pretendam adquirir o bem gravado ou

---

<sup>47</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, volume 5, p-222

<sup>48</sup> Revista de Direito Imobiliário, n. II, p. 156.

mesmo recebê-lo em sub-hipoteca, vez que possibilita a verificação dos negócios hipotecários que envolvem o bem imóvel.

### (iii.3) Princípio da indivisibilidade

O princípio da indivisibilidade estabelece que o bem dado em garantia não pode ser cindido, nem a garantia hipotecária respectiva, de forma a assegurar o eficaz pagamento da dívida em sua totalidade, evitando “*flutuações na coisa dada em garantia*”, “*nas situações dos credores ou devedores*” ou “*quanto à situação da dívida*”, conforme lição de Serpa Lopes<sup>49</sup>. O doutrinador encontra explicação da indivisibilidade na própria destinação econômica da garantia real hipotecária.

Maria Helena Diniz<sup>50</sup> também traz o seu conceito de indivisibilidade, que merece transcrição:

É indivisível, no sentido de que o ônus grava o bem em sua totalidade; enquanto não se liquidar a obrigação, a hipoteca subsiste, por inteiro, sobre a totalidade da coisa onerada, ainda que haja pagamento parcial do débito. Tal indivisibilidade não é do bem gravado ou da dívida garantida, que podem ser divisíveis, mas sim do vínculo real que, apesar do resgate parcial da obrigação, continua a recair sobre o bem, na sua integralidade.

Referido princípio também está refletido na lei, no art. 1.421 do Código Civil:

Art. 1.421. O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.

Deste modo, percebe-se que o princípio da indivisibilidade é elemento natural, consubstanciado nessa necessidade de rigidez inerente ao negócio hipotecário. Nesse sentido, transcreva-se um julgado sobre o princípio da indivisibilidade:

<sup>49</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos Registros Públicos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: A noite, v.2. 1942, p 214.

<sup>50</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, volume 5, p. 212.

## HIPOTECA. PENHORA. ARTIGOS 757 E 758 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTE DA CORTE.

1. Já decidiu a Corte que hipotecado o imóvel, "não pode a penhora, em execução movida a um dos co-proprietários, recair sobre parte dele. Sendo indivisível o bem, importa indivisibilidade da garantia real, a teor dos artigos 757 e 758, do Código Civil".
2. Recurso especial conhecido e provido.<sup>51</sup>

Por ser natural do negócio e forma de garantia das partes envolvidas, o princípio da indivisibilidade não é matéria de ordem pública ou norma cogente, o que significa que as partes podem acordar volitivamente pela divisibilidade do gravame.

Por exemplo, a indivisibilidade da garantia hipotecária pode ser afastada naquelas situações onde se verifica que dificilmente o credor terá seu crédito prejudicado, por exemplo, quando há redução do gravame hipotecário quando já efetuados pagamentos substanciais relativos a ele ou quando há loteamento ou constituição de condomínio edilício. De maneira muito lúcida disserta Clóvis do Couto e Silva<sup>52</sup> sobre este aspecto:

O princípio da indivisibilidade das garantias reais, no pertinente à hipoteca, tem de ceder no sentido de permitir a redução do gravame hipotecário, quando efetuados pagamentos substanciais, e também quando se cuidar de edifícios para venda de apartamentos ou de loteamentos, pois é de todo o interesse do adquirente que grave o prédio apenas a fração que corresponda à totalidade dos prédios hipotecados.

Sendo assim, conclui-se que o princípio da indivisibilidade visa garantir o crédito hipotecário, nunca se tornando um óbice ao negócio hipotecário. Por tal motivo é que, quando acordada a divisibilidade pelas partes e visíveis a presença da boa-fé e garantido o pagamento ao credor, pode o princípio ser afastado, expressa e volitivamente, conforme jurisprudência acima compilada.

### **(iii.4) Princípio da acessoriedade**

A hipoteca, como demonstrado é um direito real, um gravame que recai

<sup>51</sup> REsp 282.478/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/04/2002, DJ 28/10/2002, p. 309.

<sup>52</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.163.

sobre um determinado bem imóvel que garante direitos de determinados credores. Por essa razão, observa-se que a hipoteca, evidentemente, é um direito acessório de uma obrigação principal, como esclarece Romitti<sup>53</sup>:

Em se tratando de acessório, como é evidente, a hipoteca assume as mesmas características da obrigação principal: se esta for condicional, a hipoteca também o será; se a obrigação garantida for a termo, sujeita a termo será a garantia hipotecária, e assim por diante. Por outro lado, a hipoteca deve estar sempre vinculada a um crédito.

A hipoteca é um direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal, um acessório do imóvel que é o objeto principal. Portanto, todos os efeitos da regra *accessorium sequitur principale* são aplicados a ela. A hipoteca desaparece ou modifica-se ao mesmo tempo em que o direito a que acede, quando este se extingue, é anulado, resolvido ou modificado.

## 1.5. Requisitos

### (i) Partes

Só podem dar em garantia aqueles que têm o poder da alienação, ou seja, a hipoteca pode ser constituída pelo proprietário do imóvel, pessoalmente, ou por meio de procurador com poderes especiais expressos, na forma do artigo 661 §1º do Código Civil:

Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.

Ensina Orlando Gomes<sup>54</sup> que:

Embora o direito de hipotecar só seja exercitável pelas pessoas que podem alienar, quem possuía a coisa a título de proprietário, sem o ser, e a hipotecou, terá

<sup>53</sup> ROMITTI, Mário Müller e DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao código civil brasileiro*, volume XIII: do direito das coisas; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 509.

<sup>54</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 414.

revalidado a hipoteca, se a adquirir posteriormente. Em suma, o domínio superveniente convalida a garantia real desde a transcrição.

Os casados, salvo no regime da separação absoluta de bens (artigo 1647, I do Código Civil), demandarão de outorga uxória ou marital ou ainda judicial, nos casos em que haja recusa injustificada ou impossibilidade de consenso do cônjuge e o devedor tenha que recorrer à supressão da outorga.

No caso de condomínio de coisa indivisível, a hipoteca da totalidade dependerá de consenso dos demais condôminos. Nesse contexto, vale dizer que, com o falecimento do proprietário do imóvel, o domínio é transmitido de imediato aos herdeiros e os direitos são indivisíveis, até a partilha, como se condomínio indivisível fosse.

Portanto, na ausência de outorga do cônjuge ou do condômino de coisa indivisível, a hipoteca será nula, pois não existe meia hipoteca. Nesse sentido, merecem análise dois interessantes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE INEXISTENTE. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DIVERGÊNCIA EFETIVA ENTRE MAIORIA E MINORIA. EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. MANDATO. IRREGULARIDADE SANADA. CPC, ARTS. 13 E 37. EXEGESE. SÚMULA N. 7-STJ. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO POR ESPÓLIO. TOMADA DE EMPRÉSTIMO E CONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA POR VIÚVO MEEIRO EM RELAÇÃO A IMÓVEL AINDA NÃO PARTILHADO. INVENTÁRIO EM CURSO HÁ VÁRIOS ANOS. DECISÃO QUE ADMITE A HIGIDEZ DO ÔNUS REAL E RESPECTIVA PENHORA SOBRE A PARTE DO BEM QUE COUBER AO EXECUTADO. IMPOSSIBILIDADE. INDIVISIBILIDADE DO PATRIMÔNIO E HERANÇA. DOMÍNIO TRANSMITIDO DE IMEDIATO COM A ABERTURA DA SUCESSÃO.

I. Não se identifica nulidade em acórdão que enfrenta suficientemente as questões essenciais ao deslinde da controvérsia.

II. Possível nas instâncias ordinárias a convalidação do mandato, ao teor dos arts. 13 e 37 do CPC, com a regularização dos atos já praticados, necessária, por outro lado, a prévia oportunidade para tanto pelo órgão julgador. Precedentes do STJ.

III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

IV. Aberta a sucessão, o domínio é transmitido de imediato aos herdeiros e os direitos são indivisíveis, até a partilha, de sorte que é vedado ao viúvo-meeiro, da mesma forma que em vida não poderia fazê-lo sem a outorga uxória, gravar imóvel objeto do inventário já aberto com ônus hipotecário, resultando, ao depois, na execução e penhora do bem ainda comum a todos, posto que o ato é viciado em sua origem.

V. Recurso especial conhecido parcialmente e provido, com a procedência dos

embargos de terceiro opostos pelo espólio.<sup>55</sup>

RESP - AÇÃO ANULATÓRIA DE TÍTULO DE CRÉDITO - FALSIFICAÇÃO DE ASSINATURA DE CÔNJUGE - HIPOTECA - INEFICAZ - OFENSA ART. 535 CPC INEXISTÊNCIA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

- Na constância da sociedade conjugal, o marido não pode, sem o consentimento da mulher, hipotecar bens imóveis, ou gravá-los de ônus real, qualquer que seja o regime de bens (Código Civil. Art. 235, I).
- É nula a alienação de bem imóvel, na constância da sociedade conjugal, sem a outorga uxória.
- Hipoteca incide sobre imóvel, ou é eficaz ou não o é. Não existe meia hipoteca.<sup>56</sup>

Se a coisa for divisível, cada um pode hipotecar o seu quinhão ideal, conforme prevê o artigo 1.420 §2º do Código Civil.

Os menores, sob poder familiar, podem hipotecar seus bens, desde que devidamente representados pelos seus pais e mediante autorização judicial prévia, conforme regra do artigo 1.691 do Código Civil. A mesma regra aplica-se aos tutelados e curatelados, conforme artigos 1.748 e 1.750 do Código Civil.

Embora não haja proibição expressa na legislação, recomenda-se que hipoteca de ascendentes para descendentes conte com a anuência dos demais descendentes, como acontece na alienação de imóvel, para evitar discussão de sua anulabilidade, considerando que há julgados nesse sentido, como se vê da decisão abaixo:

HIPOTECA - Ação anulatória - Outorga de garantia hipotecaria ao co-réu, consistente no único imóvel no patrimônio do outorgante para garantir dívida de dois filhos, sem a anuência dos seis restantes - Impossibilidade - Aplicação dos art. 1132 e 1164, II, ambos do Código Civil - Procedência – Recurso improvido.<sup>57</sup>

Em caso de falência, a outorga de hipoteca dos bens da empresa falida é proibida e, em caso de recuperação judicial, a outorga da hipoteca depende de autorização judicial, até o cumprimento da recuperação.

<sup>55</sup> REsp 304.800/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJ 28/05/2007, p. 342.

<sup>56</sup> REsp 651.318/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 309.

<sup>57</sup> TJ/SP, 18ª Câmara de Direito Privado, Apelação Com Revisão nº 9151992-84.2002.8.26.0000, Relator(a): Burza Neto, Data do julgamento: 12/06/2006, Data de registro: 28/06/2006.

**(ii) Objeto**

A hipoteca recai sobre bens imóveis e equiparados alienáveis, corpóreos ou incorpóreos. Na forma do artigo 1.473 do Código Civil, podem ser objeto de hipoteca (i) os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles, aí considerados as acessões, melhoramentos ou construções, de qualquer espécie; (ii) o domínio direto e o domínio útil, nos casos de enfiteuse; (iii) estradas de ferro, compreendendo os trilhos, oficinas, estações, linhas, locomotivas e carros, devendo o credor respeitar as regras de administração e exploração da linha e a legislação específica do tema, que determina seu registro no município da estação inicial da linha, conforme artigos 1504 do Código Civil e 171 da Lei nº 6015/73 (“Registros Públicos”); (iv) recursos naturais do solo, observadas as regras e ressalvas dos artigos 1.229 e 1.230 do Código Civil, abaixo transcritos; (v) navios e aeronaves,; (vi) direito de uso especial de moradia; (vii) direito real de uso, enquanto perdurar o uso; e (viii) a propriedade superficiária, enquanto perdurar a propriedade<sup>58</sup>:

Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca:

- I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles;
- II - o domínio direto;
- III - o domínio útil;
- IV - as estradas de ferro;
- V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham;
- VI - os navios;
- VII - as aeronaves.
- VIII - o direito de uso especial para fins de moradia;
- IX - o direito real de uso;
- X - a propriedade superficiária.

§ 1º A hipoteca dos navios e das aeronaves rege-se-á pelo disposto em lei especial.

§ 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos IX e X do caput deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

Por outro lado, não podem ser objeto de hipoteca, os bens de uso e

---

<sup>58</sup> REsp 304.800/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJ 28/05/2007, p. 342.

domínio público, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse e bens públicos, os bens fora do comércio, as terras ocupadas pelos índios, os bens dos órfãos, por serem bens indisponíveis, e os bens com cláusula de inalienabilidade, em respeito às inscrições no registro e ao princípio da prioridade.

Também há situações especiais que geram a indisponibilidade de bens e, por consequência, a impossibilidade de outorga de hipoteca, tal como os bens dos administradores de instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou falência, na forma do artigo 36 da Lei 6.024/1974, ou ainda por conta de decisões proferidas em ação de improbidade administrativa.

Augusto Passamani Bufulin<sup>59</sup>, citando Gladston Mamade, dá ainda outro exemplo de impossibilidade de outorga de hipoteca, qual seja, sobre os bens dos administradores e membros do conselho deliberativo, consultivo, fiscal ou assemelhados, das entidades de previdência privada sob intervenção ou em liquidação extrajudicial.

O bem de família também não pode ser hipotecado, salvo quando a garantia é prestada em benefício da entidade familiar. Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PROVA DE QUE O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. EXCEÇÃO DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90. INAPLICABILIDADE. DÍVIDA DE TERCEIRO. PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FORA CONTRAÍDA EM FAVOR DA ENTIDADE FAMILIAR. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único de sua propriedade.
2. Não se pode presumir que a garantia tenha sido dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90.
3. Somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro.
4. Na hipótese dos autos, a hipoteca foi dada em garantia de dívida de terceiro,

<sup>59</sup> Conforme: BUFULIN, Augusto Passamani, apud MAMEDE, Gladston, Luiz, *Hipoteca, constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.

sociedade empresária, a qual celebrou contrato de mútuo com o banco. Desse modo, a garantia da hipoteca, cujo objeto era o imóvel residencial dos ora recorrentes, foi feita em favor da pessoa jurídica, e não em benefício próprio dos titulares ou de sua família, ainda que únicos sócios da empresa, o que afasta a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90.

5. Recurso especial conhecido e provido.<sup>60</sup>

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DUPLICATA ACEITA. CAUSA DEBENDI. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DADO EM HIPOTECA PARA GARANTIR DÍVIDA DE TERCEIRO. NÃO APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, INCISO V, DA LEI N. 8.009/90.

1. A discussão acerca da causa debendi subjacente à emissão de duplicata mercantil encontra óbice na Súmula 7/STJ. Ademais, a jurisprudência da Casa vem afirmando, de forma reiterada, que, havendo aceite, de regra, o aceitante se vincula à duplicata, afastada a possibilidade de investigação quanto ao negócio causal.

2. O caráter protetivo da Lei n. 8.009/90 impõe sejam as exceções nela estabelecidas interpretadas restritivamente. Nesse sentido, a exceção prevista no inciso V do artigo 3º da Lei 8.009/90 abarca somente a hipoteca constituída como garantia de dívida própria do casal ou da família, não alcançando aquela que tenha sido constituída em garantia de dívida de terceiro.

3. Recurso especial parcialmente provido.<sup>61</sup>

A Constituição Federal (art. 5º, XXVI) também estabelece que é impenhorável a pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, para pagamento de débitos decorrentes da sua atividade produtiva.

Qualifica-se a pequena propriedade rural aquela com até 4 módulos fiscais, conforme parâmetro da Lei nº 8.629/93, que trata da reforma agrária. O módulo fiscal é utilizado como base para recolhimento do Imposto Territorial Rural e seu tamanho varia de região para região.

O rol dos bens sujeitos a hipoteca, previsto no art. 1.473 do Código Civil, é taxativo, podendo ser ampliado por lei. Carvalho dos Santos<sup>62</sup> explica “em nosso Direito, a hipoteca não pode ter por objeto senão determinados bens. Neste artigo, passa o Código a enumerar taxativamente quais esses bens que podem ser objeto da hipoteca”.

<sup>60</sup> REsp 988.915/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 08/06/2012.

<sup>61</sup> REsp 997.261/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 26/04/2012.

<sup>62</sup> CARVALHO SANTOS, José Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*. 12ª edição. Volume 10, 1982, p.279.

Conclui-se, portanto, que os objetos da hipoteca convencional são diversos, de modo que cada tipo possui sua especificidade e, por consequência, atribuem características específicas ao título hipotecário. Por tal motivo, cabe demonstrar de maneira mais aprofundada e individualizada os objetos hipotecários mais correntes e relevantes em nossa atualidade e suas respectivas peculiaridades.

### (ii.1) Hipoteca sobre acessórios e pertenças do imóvel

A hipoteca sobre bens imóveis não abarca tão somente o bem propriamente dito, mas também, lembrando o princípio geral de que o acessório segue o principal, previsto no artigo 92 do Código Civil, tudo o que lhe incorpora natural ou artificialmente e seus acessórios, ainda que o instrumento contratual a eles não se refira. Ensina Orlando Gomes<sup>63</sup> que:

A hipoteca de um bem imóvel abrange todas as acessões e benfeitorias. Nas acessões incluem-se as construções, bem como as plantações. Compreende-se na hipoteca tudo o que estiver no e for incorporado ao imóvel. Se as benfeitorias pertencerem a terceiros, aos quais assista o direito de pedir indenização ao proprietário do imóvel, deduz-se o seu valor no preço de venda do bem principal.

Ainda, segundo Pontes de Miranda<sup>64</sup>, *“A hipoteca apanha todas as partes integrantes do bem gravado, essenciais ou não essenciais, corpóreas ou incorpóreas, e não importa se a aquisição ou integração já ocorrera antes da constituição da hipoteca, ou se sobreveio”*.

No mesmo sentido, assente a jurisprudência:

EMENTA: Arrematação - Hipoteca - Não constando do título constitutivo da garantia real do terreno a existência de acessões que não foram ou estão averbadas na matrícula do imóvel, dever-se-á ter como incluídas, automaticamente, no conteúdo hipotecário, as construções [artigo 1474, do novo código civil], sem que essa operação comprometa a eficácia da arrematação, até porque, no aviso de praça, apregoou-se que seriam ofertados, por meio de leilão, o terreno e as casas nele edificadas. Quando se discute, em casos semelhantes, eventual direito de terceiro por benfeitorias ou construções incluídas na hipoteca constituída pelo proprietário, é

<sup>63</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 416.

<sup>64</sup> MIRANDA, Pontes de Miranda. *Tratados de Direito Privado – Parte Especial Tomo XX*, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1958l.

importante observar que caberá a este, e não ao credor hipotecário, o dever de reembolso pelas obras que se incorporaram ao imóvel hipotecado - não provimento, com essa observação.<sup>65</sup>

EMENTA: Acórdão penhora. Execução hipotecária. Alegado pelos executados que a constrição não recaiu sobre as construções existentes no imóvel penhorado. Garantia real que abrange todas as acessões, melhoramentos e construções existentes (art. 811 do cc/1916 e art 1474 cc vigente). Observância, outrossim, do princípio da indivisibilidade da hipoteca. Decisão nesse ponto mantida. Execução provisória.<sup>66</sup>

Dessa forma, considera-se acessório: (i) tudo o que for equiparado, de forma permanente ao solo - como plantas e sementes; (ii) o que for acessório natural, como frutos pendentes e; (iii) tudo o que o homem empregar para a exploração, comodidade ou aformoseamento do imóvel.

Nesse sentido, de acordo com Buffulin<sup>67</sup>, que cita Gladston Mamede os acessórios não dependem de sua atividade no imóvel, uma vez que, no caso das benfeitorias ou bens acessórios:

(...) é indiferente sejam essenciais ao seu uso ou à manutenção de sua integridade, terem por objeto o oferecimento de facilidades ou comodidades, ou mesmo se sua razão é apenas o aformoseamento do bem, ou resposta a qualquer outro desejo ou capricho de quem lhe construiu.

Como fundamento legal, o artigo 1.474 do Código Civil prevê que a hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel e que subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel. Além disso, o artigo 1.248 do Código Civil prevê que a acessão pode dar-se por formação de ilhas, por aluvião, por avulsão, por abandono de álveo e por plantações ou construções.

Ainda, como forma de proteção à garantia, caso o devedor desincorpore o bem acessório do bem imóvel, procurando prejudicar o credor hipotecário, é possível demandar o reforço da hipoteca ou considerar vencida

---

<sup>65</sup> TJSP, Apelação 9080443-82.2000.8.26.0000, Relator(a): Enio Zuliani, 10ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 23/03/2004.

<sup>66</sup> TJSP, Agravo de Instrumento 0051478-82.2002.8.26.0000, Relator(a): Paulo Roberto de Santana, 4ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 21/05/2003.

<sup>67</sup> BUFULIN, Augusto Passamani, *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.143.

antecipadamente a dívida.

No entanto, não é pacífico o enquadramento de pertenças ao abrigo do artigo 1.474 do Código Civil, uma vez que, embora o artigo 93 do Código Civil verse que as pertenças são “*os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro*”, o artigo 94 do Código Civil, por sua vez, prevê que “*os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso*”.

Assim, considerando que (i) o artigo 1.474 do Código Civil não é expreso sobre a inclusão das pertenças como acessórias do principal e, portanto, incluídas na garantia hipotecária; e (ii) o artigo 94 do Código Civil prevê expressamente que os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças; como forma de garantir, com segurança, a extensão das pertenças à garantia hipotecária recomenda-se que elas constem expressamente do negócio jurídico e/ou da garantia outorgada.

#### **(ii.1.1) Hipoteca sobre gasodutos e lavouras**

Acompanhando o que já ocorre com os bens acessórios, conforme demonstrado no tópico anterior, são hipotecáveis os bens móveis que aderem ao solo, como dutos, denominadas *partes integrantes* e os bens móveis que são empregados intencionalmente ao imóvel como parte da atividade econômica explorada no imóvel, denominadas *pertenças*.

Há ainda os bens imóveis compostos, passíveis de hipoteca, como, por exemplo, os gasodutos. Nesse caso, abarcaram a hipoteca as áreas desapropriadas, as servidões administrativas, as estações de compressão, as máquinas, os dutos e tudo o mais que estiver empregado na sua exploração.

Essas partes integrantes e pertenças devem ser hipotecadas em conjunto, para fins de imobilização, em atenção à regra do artigo 1.473, I do Código Civil. Dado o interesse público do transporte de gás, a legislação exige o registro da

escritura pública de hipoteca de gasoduto no Cartório da estação de compressão inicial (livro 2).

É válido aprofundar as consequências de garantia hipotecárias sobre bem imóvel no qual haja cultivo de lavoura, dado o conflito doutrinário na sua qualificação.

Conforme prevê o artigo 82 do Código Civil, são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Tendo em vista que a lavoura pode ser removida por força alheia, é de todo aceitável que seja ela considerada um bem móvel, o que destarte afastaria a extensão do gravame real. Todavia, dispõe o art. 79 do Código Civil que são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente, o que implicaria em interpretação diversa em relação à natureza jurídica da lavoura. Há ainda a possível qualificação da lavoura como pertenças.

Na segunda hipótese, a lavoura estaria intrinsecamente ligada ao bem principal (imóvel rural) por acessão. Assim, Renato Buranello<sup>68</sup> conclui que “(...) Nesse sentido, a interpretação da lavoura como acessão ao bem imóvel, pelo que determinam os arts. 1.473, inciso I, e 1.474, ambos do Código Civil, seria então suscetível de constituição do ônus de hipoteca”.

Em contrapartida, há ainda uma corrente que qualifica a lavoura como bens móveis por antecipação, na medida em que a sua destinação é o corte, a efetiva desincorporação do solo e outra como pertenças, pois é parte da atividade econômica explorada no imóvel.

Somos da opinião que a lavoura não é acessório e tampouco é acessão artificial do imóvel, mas sim uma pertença. Nesse sentido, para a lavoura fazer parte da garantia hipotecária, deve constar expressamente do negócio jurídico,

---

<sup>68</sup> BURANELLO, Renato M. *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio – Regime Jurídico*. 2ª edição: Revista e atualizada e ampliada, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 616.

conforme redação do artigo 94 do Código Civil.

Assim, nada impede que o proprietário do imóvel constitua hipoteca sobre as suas terras, sem nada mencionar da lavoura, empenhe sua lavoura a terceiros, no exercício de sua atividade rural, sem que um negócio jurídico se confunda com o outro, inclusive no que tange ao direito de preferência. No mais, nos parece ser de interesse do credor hipotecário que o devedor colha os frutos, para que com a sua venda, adquira condições econômicas para adimplir a obrigação principal.

Esta conclusão está refletida no artigo 219 da Lei de Registros Públicos, que estabelece que o registro de penhor rural independe do consentimento do credor hipotecário. Nesse sentido é o posicionamento de Buranello<sup>69</sup>:

Destarte, é perfeitamente defensável a tese de que a garantia hipotecária incidente sobre um determinado imóvel não alcance os frutos sobre ela existentes, se tanto não tiver sido expressamente estipulado pelas partes na constituição do gravame. De outro ponto de vista, se a garantia hipotecária, como já se viu, não alcança os frutos cultivados no respectivo imóvel, pelas mesmas razões a penhora levada a efeito em uma execução hipotecária também não os alcançará, assim como não impedirá que o terceiro que possui garantia específica sobre tais frutos venha a ter aqueles frutos devidamente assegurados na garantia de seus direitos.

## **(ii.2) Hipoteca sobre recursos naturais**

O artigo 1.473, V, do Código Civil permite a hipoteca sobre os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham. O artigo 1.230 do Código Civil, por sua vez, arrola as jazidas, as minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica.

Washington de Barros Monteiro<sup>70</sup> explica que:

No tocante às primeiras, são hipotecáveis não somente jazidas (massa individualizada de substância material ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra e que tenha valor econômico), como também as minas de lavra,

<sup>69</sup> BURANELLO, Renato M. *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio – Regime Jurídico*. 2ª Edição. Eevista e atualizada e ampliada, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 618.

<sup>70</sup> BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*. 38ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, volume 3, p.415.

entendendo-se por lavra o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substancias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas (Dec-Lei 227, de 28-2-1967, art.36). As jazidas, bens imóveis, distintos do solo onde se encontram (art. 84) dotadas de individualidade jurídica própria, são hipotecáveis. Às águas minerais, termais e gasosas entram igualmente na classe das jazidas e tornam-se, por isso, suscetíveis de hipoteca. Da mesma forma as pedreiras.

Nos parece que, como o artigo 1.230 do Código Civil estabelece que a propriedade do solo não abrange tais recursos naturais, que o direito hipotecário deve ser outorgado sobre o crédito advindo da sua exploração.

### **(ii.3) Hipoteca de prédios em construção**

A jurisprudência tem admitido a hipoteca de construções não terminadas, de forma a facilitar e viabilizar o financiamento para aquisição/construção da casa própria, devendo constar do ato constitutivo do ônus real a edificação com base na fração ideal do solo e da proporção de desenvolvimento da obra.

Ensina assim, Orlando Gomes<sup>71</sup>:

(...) admite-se a hipoteca de construções iniciadas, facilitando-se, desse modo, o financiamento para aquisição de casa própria. A hipoteca de construções começadas está largamente empregada para a edificação dos prédios e apartamentos.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira<sup>72</sup>:

(...) embora a lei especial se lhe não refira por expresso, entendemos ainda que é possível a hipoteca sobre apartamento a construir, gravando desde logo a fração ideal do terreno, e abrangendo a construção na medida em que emerge da fase de mera expectativa e se converte em realidade material. A argumentação fundada na necessidade de especialização da hipoteca não tem procedência, porque a descrição da unidade opera como uma especialização antecipada.

Observa-se, em suma, que tal tipo de hipoteca é totalmente viável,

---

<sup>71</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 415.

<sup>72</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11 edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 1994, volume IV, p.223 e 224

senão essencial para o bom andamento da economia, principalmente em cidades urbanas e com a explosão de grandes centros comerciais-habitacionais pela construção de condomínios e edifícios.

#### **(ii.4) Hipoteca aeronaves e navios**

Objetivando fomentar a construção e o financiamento, a legislação admite a hipoteca de navios e aeronaves. O motivo para esse tratamento especial oferecido a navios e aeronaves deve-se ao fato de que possuem elevado valor econômico e papel importante no desenvolvimento da economia.

É possível a outorga de hipoteca sobre eles, porque as embarcações e aeronaves são bens valiosos e facilmente identificáveis, têm sua denominação própria, nacionalidade e oferecem as condições necessárias para assegurar o pagamento de uma dívida. Os navios, por exemplo, são sempre vinculados a um porto.

Os navios e aeronaves possuem marca e estão sujeitos a um registro especial, ambos são projeções do território nacional no mar e no ar, respectivamente, e possuem legislação específica. Silvio Venosa<sup>73</sup> ensina que:

No sistema brasileiro as hipotecas sobre navios e aeronaves não se constituem meros penhores sobre outra denominação. Conceituam-se e regem-se efetivamente como hipoteca, aplicando-se-lhes os princípios de direito hipotecário. A legislação especial que as regula não deixa dúvidas. Posse alguma tem o credor hipotecário sobre esses bens móveis. Tal como nas demais hipotecas, antes do registro junto à matrícula estabelece-se apenas direito pessoal entre credor e devedor, ou, como é possível afirmar, direito real de compreensão e extensão limitadas aos contraentes.

O professor José Celso Ribeiro Vilela de Oliveira<sup>74</sup> reforçando que o legislador acertou ao conceder determinada qualidade de bens imóveis aos navios e embarcações, lembra que:

---

<sup>73</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 588.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, José Celso Ribeiro Vilela de. *A hipoteca à luz do direito registral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1535, 14 set. 2007.

A hipoteca, diferentemente do penhor, não transfere a posse ao credor, o que torna a submissão de tais bens móveis à hipoteca uma boa medida, já que permite que o bem continue a ter a sua destinação econômica dada pelo devedor”, e assegura que “está clara a importância da opção legislativa pelo regime hipotecário, muito embora esses bens conservem sua natureza móvel.

Conforme Lei nº 7.565/86, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, a aeronave é um bem móvel, registrável e sujeito à hipoteca. A Lei nº 7.665/88, que regula o registro da propriedade marítima no Brasil, também permite que a hipoteca ou outro gravame real recaia sobre a embarcação, ainda que em fase de construção.

Mesmo em fase de construção, podem os navios e aeronaves ser gravados por hipoteca, até mesmo como forma de financiamento de sua própria construção.

#### **(ii.5) Hipoteca sobre estradas de ferro**

Cabe destacar também a hipoteca sobre vias férreas que é uma modalidade regulada por legislação específica – assim como as de hipoteca naval e aérea. Ensina Orlando Gomes<sup>75</sup>, que “(...) oferece a hipoteca das vias férreas o direito conferido ao credor hipotecário de opor-se à venda da estrada, de suas linhas, ramais e material rodante, sempre que importe diminuição da garantia. Seu poder sobre a coisa é, assim, mais enérgico do que na hipoteca comum”.

Percebe-se que o legislador pátrio incluiu as estradas de ferro como objeto de hipoteca por razão do elevado valor econômico e social que as incorpora e pela necessidade de atendimento ao serviço público por ela viabilizado.

Por costume, abrangem-se na expressão *estrada de ferro* todos os bens utilizados no transporte férreo: complexo de terrenos, pontes, casas de máquinas, trilhos e todo e qualquer outro acessório que compõe a estrada como um todo.

---

<sup>75</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 420.

O civilista Carvalho Santos<sup>76</sup>, citando Gianturco, demonstrou bem essa qualidade:

(...) as estradas de ferro, devendo sempre ser consideradas no seu complexo de terrenos, pontes, estações, oficinas, casa de máquinas, depósitos, materiais fixos e rodantes etc., constituem, como disse Gianturco (Estudos de Investigações sobre a transcrição e direito hipotecário, §§ 88-89), uma unidade econômica e jurídica incindível.

Para fins do princípio da publicidade, as estradas de ferro devem ser inscritas no município da estação inicial da respectiva linha.

A hipoteca parcial das estradas de ferro também é possível, desde que seja circunscrita à linha ou às linhas especificadas na escritura e ao respectivo material de exploração, no estado em que ao tempo da execução estiverem. Os credores hipotecários poderão opor-se à venda da estrada, à de suas linhas, de seus ramais ou de parte considerável do material de exploração; bem como à fusão com outra empresa, sempre que com isso a garantia do débito enfraquecer.

Conforme artigo 1.505 do Código Civil, por conta do interesse público da atividade, na execução das hipotecas de linhas férreas deverá ser intimado o representante da União ou do Estado, para, dentro em quinze dias, remir a estrada de ferro hipotecada, pagando o preço da arrematação ou da adjudicação.

#### **(ii.6) Hipoteca de dívida futura**

A matéria está disciplinada no art. 1.487 do Código Civil, que autoriza expressamente a constituição de hipoteca com o intuito de garantir dívidas futuras, com a condição de que se estabeleça o valor máximo do crédito garantido.

Ademar Fioraneli<sup>77</sup>, oficial do 7º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo, escreveu artigo sobre os aspectos práticos da hipoteca no registro

---

<sup>76</sup> CARVALHO SANTOS, José Manuel de. Código Civil Brasileiro interpretado, 12 ed., vol. 10., 1982, p.288.

<sup>77</sup> FIORANELI, Ademar e SILVA, Jersé Rodrigues da. A Hipoteca: Doutrina – jurisprudência legislação – Aspectos Práticos no Registro Imobiliário, Revista de Direito Imobiliário 33/7 p.15 de 67

imobiliário e dá um bom exemplo:

É perfeitamente válida a garantia hipotecária de obrigação futura, podendo ser invocado o caso de hipoteca constituída para garantir abertura de um crédito em conta corrente: enquanto o correntista não se constitui devedor, usando o crédito, a hipoteca espera a dívida para garanti-la. Se a dívida não se forma, a hipoteca fica sem efeito.

A execução dessa modalidade de hipoteca para a satisfação do crédito está sujeita à prévia e expressa concordância do devedor quanto ao montante da dívida. Nos casos de divergência quanto ao valor do débito, cabe ao credor fazer prova de seu direito, estando responsabilizado o devedor pelo atraso causado à execução da hipoteca.

Os requisitos para a sua constituição é o de que o título constitutivo da hipoteca declare: (i) o valor máximo da dívida a ser constituída, a forma de calculá-la ou sua estimação; e (ii) o prazo fixado para o pagamento, a taxa de juros se houver e a identificação do bem dado em garantia, com as suas especificações (requisitos da art. 761 do Código Civil de 1916).

A escritura de hipoteca para garantia de dívida futura, além de observar os formalismos para a constituição de um garantia hipotecária comum (princípios da especialização e inscrição), deverá descrever o procedimento acordado pelas partes para a determinação e a prova do montante da dívida. Como ressalva, caso o valor da dívida futura garantida seja incrementada com um novo crédito, considera-se a constituição de uma nova obrigação e, portanto, é necessário uma instituição de uma nova garantia, por meio de novo título.

### **(iii) Modalidades**

A hipoteca pode constituir-se por contrato, por disposição legal ou por sentença. Em todos os casos sua materialização está vinculada a um título ou documento. A hipoteca subdivide-senas seguintes espécies: convencional, legal e judiciária. Há ainda doutrinadores, como Pontes de Miranda<sup>78</sup>, que sugerem a

---

<sup>78</sup> Conforme: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, Tomo XX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

hipoteca cedular como uma quarta espécie, mas preferimos tratá-la como um desdobramento da hipoteca convencional, desenvolvida em capítulo próprio.

### **(iii.1) Hipoteca convencional**

A hipoteca convencional é constituída mediante acordo de vontade entre as partes que estabelece um gravame real sobre determinado bem imóvel ou sobre os demais bens arrolados no art. 1.473 do Código Civil.

A hipoteca convencional é, sem dúvida, dentre as três modalidades de hipoteca, a hipótese mais comum e relevante, fruto da autonomia da vontade das partes praticantes do ato jurídico. É importante destacar que terceiro pode gravar bem próprio em garantia de dívida alheia, sem necessidade de anuência do devedor, salvo, por exemplo, se o fizer no bojo de aditamento de cédula, pois a lei especial, de modo geral, exige anuência do credor aos aditamentos.

Por ser instituída sobre imóvel, a hipoteca convencional deve ser outorgada por escritura pública, conforme artigo 108 do Código Civil, e exige a presença de testemunhas instrumentárias. As partes podem ajustar o valor do imóvel hipotecado e os critérios de atualização, o qual será a base para as arrematações, adjudicações e remissões, dispensada a avaliação, conforme artigo 1484 do Código Civil:

Art. 1.484. É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remissões, dispensada a avaliação.

Essa faculdade deve ser avaliada com bastante cautela, pois, embora a indicação na escritura de valores economize tempo num processo de avaliação em execução da hipoteca, especialmente em casos de imóveis localizados em Comarcas diversas de onde tramita a execução, por outro lado, a variação e oscilação de preço de imóveis costuma ser grande, podendo implicar em prejuízo. Recomenda-se prever as duas opções: inclusão de valor, com critérios de atualização e possibilidade de nova avaliação.

De qualquer forma, a seu critério, o Juízo pode determinar seja realizada nova avaliação do bem.

Destaca Aldemiro Rezende Dantas Junior<sup>79</sup>, na obra *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, que a hipoteca convencional é aquela que “*tem sua origem no acordo de vontades entre o credor hipotecário e o devedor hipotecante, surgindo como garantia de uma dívida, que é o negócio principal, e tendo, portanto natureza acessória (...)*”.

Orlando Gomes<sup>80</sup>, na obra *Direitos Reais*, atualizada por Fachin, classifica os requisitos necessários à validade do negócio jurídico constitutivo da garantia de hipoteca em intrínsecos e extrínsecos (ou formais). Dos primeiros, o autor destaca a qualidade de proprietário (justificável pela faculdade do credor de vender judicialmente o bem gravado) e a capacidade de alienar; dos segundos, a forma contratual, estipulada por meio de escritura pública.

Ainda ressalta Orlando Gomes<sup>81</sup>, que o atendimento aos requisitos elencados acima é imprescindível para a validade do negócio, especialmente porque a decretação de nulidade do contrato acarreta a invalidade da garantia hipotecária.

### **(iii.2) Hipoteca legal**

Na hipoteca legal, o título constitutivo é a sentença e na hipoteca judicial, a carta de sentença ou o mandado judicial, contendo a indicação das coisas gravadas e a dívida objeto da garantia.

Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz<sup>82</sup>, a hipoteca legal é aquela que a lei confere a certos credores, que, por se encontrarem em determinada

---

<sup>79</sup> ROMITTI, Mário Müller e DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao código civil brasileiro*, volume XIII: do direito das coisas; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 504.

<sup>80</sup> Conforme: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 417.

<sup>81</sup> Conforme: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 418.

<sup>82</sup> Conforme: DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6ª edição. 2006, Editora Saraiva, volume 5, p. 234.

situação e pelo fato de que seus bens são confiados à administração alheia, devem ter uma proteção especial.

O próprio ordenamento jurídico protege determinados indivíduos com a garantia de hipoteca decorrente de lei. Orlando Gomes<sup>83</sup> leciona que “(...) *É a qualidade do credor, e não do crédito, que justifica sua constituição*”. Desse modo, é a lei que defere esse tipo de hipoteca com o intuito maior de proteger os credores, devido à posição especial que ocupam.

No estudo da hipoteca legal, preconiza-se a divisão em dois momentos diversos, quais sejam: (i) o da verificação de um dos fatos geradores do art. 1.489 do Código Civil de 2002 – casos em que subsiste um gravame real limitado, pois não há ainda oponibilidade a terceiros e (ii) o da individualização dos bens sobre os quais recairá o gravame, culminando nos processos de especialização (previsto no art. 1.025 e ss. do Código de Processo Civil) e inscrição no registro imobiliário (no Cartório de Registro de Imóveis), quando efetivamente surge o efeito *erga omnes*, próprio dos direitos reais.

O rol de hipóteses de hipoteca legal está previsto no art. 1.489 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.489. A lei confere hipoteca:

- I - às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas;
- II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;
- III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;
- IV - ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;
- V - ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

A ideia primordial da hipoteca legal é a de proteger o efetivo ressarcimento de eventuais prejuízos causados por quem administra bens alheios

---

<sup>83</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 418.

ou é devedor sob condições definidas. Contudo, a verificação empírica do rol do art. 1.489 do Código Civil, por si só, não é suficiente para estabelecer a hipoteca legal em relação a terceiros, quer dizer, a proteção limita-se aos beneficiários (como gravame real limitado), e só adquire eficácia perante terceiros após o devido registro no órgão competente.

Com efeito, os princípios aplicados à hipoteca convencional – especialização e inscrição no registro imobiliário – também recaem sobre os casos de hipoteca legal, e indispensáveis à aquisição de eficácia perante terceiros. A especialização e a inscrição serão efetuadas em momento posterior à verificação dos fatos geradores elencados no art. 1.489 do Código Civil, conforme o disposto no art. 1.497 do Código Civil.

O inciso I do art. 1.489 do Código Civil refere-se à hipoteca de bens imóveis de funcionários públicos responsáveis pela administração, cobrança e guarda de fundos e rendas pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno (art. 41 do Código Civil). Sílvia Venosa<sup>84</sup> ressalta que tal espécie é comumente relegada pelos administradores pátrios, e que sua aplicação deveria ser estendida a *“todo e qualquer servidor que se coloque em posição ou exerça atividade ou função passível de causar prejuízo ao erário público, inclusive membros integrantes dos poderes”*.

A hipótese prevista no inciso II refere-se primordialmente *“à hipoteca do filho cujos pais convolarem novas núpcias antes de ultimarem o inventário e a partilha do casamento anterior”*<sup>85</sup>. Depreende-se a intenção latente do legislador em proteger o patrimônio do filho do primeiro casamento.

Quanto ao inciso III, trata-se de uma importante medida assecuratória aplicada no processo penal. Segue um interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça, que acaba por explicar a teleologia do instituto da hipoteca legal:

---

<sup>84</sup> VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 568.

<sup>85</sup> VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 568.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. HIPOTECA LEGAL DETERMINADA SOBRE OS BENS DO RÉU E DE SUA EMPRESA, ORA RECORRENTE. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA MEDIDA ASSECURATÓRIA E CONFUSÃO PATRIMONIAL. POSSIBILIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO EVIDENCIADO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. TEORIA NÃO APLICADA NA ESPÉCIE. REGULARIDADE DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL DOS BENS DA RECORRENTE QUE DEVERÁ SER DISCUTIDA EM EMBARGOS DE TERCEIROS.

1. A decisão que determinou a hipoteca legal sobre os bens do réu e de sua empresa, encontra-se devidamente fundamentada, principalmente, após a decisão prolatada em sede de embargos declaratórios, inexistindo, pois, desrespeito ao previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.
2. Não se afigura demonstrado, de plano, a existência do direito líquido e certo da ora Recorrente, uma vez que presentes na espécie os pressupostos autorizadores da medida assecuratória deferida (hipoteca legal), consubstanciados, além da existência da materialidade delitiva e de indícios da autoria do delito de apropriação indébita, na confusão patrimonial dos bens particulares do suposto autor do delito e da empresa ora Recorrente.
3. No caso em tela, nada mais fez o Juízo do feito do que assegurar o patrimônio do réu - constituído nas suas ações da empresa ora Recorrente -, para satisfazer o ressarcimento dos possíveis danos ocasionados à vítima do crime de apropriação indébita, em ação civil ex delicto.
4. Não prospera a alegação de responsabilidade penal atribuída à terceiros da relação jurídica, a ponto de ensejar violação ao princípio da pessoalidade, já que esse "terceiro", nada mais é do que a própria empresa do réu, que, conforme já ressaltado, confunde-se com o seu próprio patrimônio particular.
5. Não restou caracterizada, em sua verdadeira essência, a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, uma vez que, na presente hipótese, houve apenas a determinação da hipoteca legal dos bens do réu, bem como dos bens de sua própria empresa (que, ressalte-se, confunde-se com o seu patrimônio particular), para a garantia do ressarcimento dos danos ocasionados à vítima do delito, denominado pelo Tribunal a quo de "teoria da desconconsideração da pessoa jurídica, às avessas" (fl. 488).
6. Sobrevindo condenação em definitivo do réu e recaindo os efeitos de tal condenação sobre a Recorrente, na esfera cível, poderá ela se valer dos embargos de terceiros, onde será possibilitada a ampla discussão da regularidade ou não da constrição judicial procedida sobre seus bens.
7. Recurso desprovido.<sup>86</sup>

A lei também prevê a hipoteca legal, nos parece até que seja homologada e registrada a partilha na matrícula do imóvel, ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente, conforme regra do inciso IV do art. 1.489 do Código Civil.

<sup>86</sup> Recurso em Mandado de Segurança nº13.675/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 307.

Por fim, o último inciso do art. 1.489 do Código Civil confere hipoteca legal ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

Quando os bens especializados em hipoteca legal são insuficientes à garantia da dívida, é possível a indicação de bens adquiridos pelo devedor em momento futuro, ou outros bens que já integrem seu patrimônio.

### **(iii.3) Hipoteca judiciária**

O artigo 466 do Código de Processo Civil disciplina o instituto da hipoteca judiciária, mencionado pela doutrina<sup>87</sup> como um instituto muitas vezes esquecido pelos advogados. Pela hipoteca judiciária, permite-se que, mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, os imóveis dos réus sejam onerados para garantir o crédito do credor autor, confira-se:

Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária:

- I - embora a condenação seja genérica;
- II - pendente arresto de bens do devedor;
- III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.

Segundo Cláudio Teixeira da Silva<sup>88</sup>:

Consiste a hipoteca judiciária em efeito secundário ou anexo da sentença ou acórdão que condena a parte ao pagamento de uma prestação em dinheiro ou em coisa. Significa dizer: a decisão constitui título suficiente para que o vencedor da demanda venha a ter contra o vencido, e sobre seus bens imóveis e certos móveis, direito real de garantia, desde que realizada a inscrição da hipoteca judiciária no Cartório de Registro de Imóveis, que deve ser ordenada pelo juiz por meio de expedição de mandado em atenção a requerimento de especialização dos bens feito pela parte favorecida pela decisão condenatória. Por isso, pode-se afirmar que não se exige, para sua instituição, que a parte a requeira, nem tampouco que o

---

<sup>87</sup> Conforme: SILVA, Cláudio Teixeira, *Hipoteca Judiciária*. in *Revisa Jurídica Virtual*, Brasília: vol.1 nº 2, junho de 1999.

<sup>88</sup> SILVA, Cláudio Teixeira, *Hipoteca Judiciária*. in *Revisa Jurídica Virtual*, Brasília, vol.1 nº 2, junho de 1999.

órgão jurisdicional sobre ela decida. Institui-se a hipoteca judiciária – e, conseqüentemente, nasce para o vencedor a faculdade de fazê-la inscrever – ex vi legis, pelo só fato da publicação da decisão do magistrado ou do Tribunal.

Leciona Washington de Barros Monteiro<sup>89</sup> que:

A hipoteca judicial, de origem francesa, é a que a lei atribui à sentença condenatória e consiste no direito real conferido ao exequente sobre bens do executado em garantia da execução do julgado. O direito a essa hipoteca apenas surge com julgamento definitivo. Desde que obtenha decisão favorável, assiste ao autor o direito de fixar bens do réu, para vendê-los e assim obter suficientes recursos à satisfação do julgado. A procedência da hipoteca é, pois, jurisdicional.

No mesmo sentido ensina Fausto Pereira de Lacerda Filho<sup>90</sup>, defendendo que a hipoteca judicial:

É a hipoteca de origem francesa, que a lei atribui à sentença condenatória e que consiste no direito real conferido ao exequente sobre os bens do executado, em garantia da execução do julgado. O direito a essa hipoteca, portanto, só surge com o julgamento definitivo da demanda, em última e irrecorrível instância.

Na ordem judicial de instituição da hipoteca judiciária constará a descrição do bem a ser onerado, cujo valor deve equivaler ao *quantum debeatur* fixado na decisão judicial, ou quando a sentença for genérica, ao montante aproximado que vier porventura a fazer jus o vencedor. Nesse sentido, a parte que a requerer deve apresentar a liquidação da condenação, em valor aproximado<sup>91</sup>: “nas hipóteses de sentenças genéricas ou ilíquidas, a parte apresentará uma estimativa de valor a ser garantido pela hipoteca, que será analisado pelo juiz tendo em vista os critérios de razoabilidade e adequação à sentença condenatória”.

O inciso III do artigo 466 do Código de Processo Civil é claro no sentido de que a hipoteca judiciária pode ser instituída ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença. Como a lei distinguiu os dois institutos, é perfeitamente possível que o vencedor promova a execução provisória da sentença e, paralelamente, a instituição da hipoteca judiciária.

<sup>89</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – direito das coisas*, 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p.416.

<sup>90</sup> LACERDA FILHO, Fausto Pereira de. *Hipoteca*. Curitiba: Juruá Editora, 1977, p.59.

<sup>91</sup> FERRARI, Paulo Leme e LISBOA, Adriano Augusto Correa. A hipoteca judiciária e a efetividade do processo. *Questões Práticas do Processo Civil*. Revista do Advogado da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo. Atlas 1997

Portanto, a hipoteca judiciária é um instituto assegurado estabelecido pela lei em favor da parte vencedora, na medida em que representa garantia de satisfação do crédito na fase de execução do título judicial, mesmo que provisoriamente. Ela também tem a importante função de forçar o vencido a cumprir sua obrigação antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, evitando, assim, a utilização da máquina judiciária de forma inútil. Nesse sentido, destaque-se a jurisprudência:

HIPOTECA JUDICIÁRIA. EFEITO NATURAL E IMEDIATO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE OUTROS REQUISITOS NA LEI. DIREITO DO CREDOR QUE NÃO SE SUPRIME ANTE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO, A APARÊNCIA DE SUFICIÊNCIA PATRIMONIAL DO DEVEDOR E DE DESPROPORÇÃO ENTRE O VALOR DA DÍVIDA E O DO BEM SOBRE O QUAL RECAI A HIPOTECA.

I. A hipoteca judiciária, prevista no art. 466 do Código de Processo Civil, constitui efeito natural e imediato da sentença condenatória, de modo que pode ser deferida a requerimento do credor independentemente de outros requisitos, não previstos pela lei.

II. O direito do credor à hipoteca judiciária não se suprime ante a recorribilidade, com efeito suspensivo, da sentença, nem ante a aparência de suficiência patrimonial do devedor, nem, ainda, de desproporção entre o valor da dívida e o do bem sobre o qual recaia a hipoteca, apenas devendo, na execução, observar-se a devida adequação proporcional à dívida.

III. Recurso Especial improvido.<sup>92</sup>

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HIPOTECA JUDICIÁRIA.

Possibilidade de sua constituição quando recebida apelação em ambos os efeitos.

- A hipoteca judiciária constitui um efeito secundário da sentença condenatória e não obsta a sua efetivação a pendência de julgamento de apelação recebida em ambos os efeitos.

Recurso especial provido.<sup>93</sup>

Destaque-se a possibilidade de sua instituição em sentença condenatória em ação civil pública:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 466 DO CPC. HIPOTECA JUDICIÁRIA.

<sup>92</sup> REsp 1133147/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/05/2011

<sup>93</sup> REsp 715.451/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ 02/05/2006, p. 310.

1. O artigo 466 do Código de Processo Civil dispõe: “A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos”.
2. Deve ser autorizada a hipoteca judiciária, por força de sentença proferida em ação civil pública, quando o administrador é condenado a ressarcir os cofres públicos por contratações irregulares, ainda que o dispositivo sentencial lhe permita deduzir valores eventualmente devolvidos pelos co-réus beneficiários.
3. Recurso especial provido.<sup>94</sup>

Naturalmente, a hipoteca judiciária somente poderá ser instituída após aberto o devido contraditório. Nesse sentido:

#### PROCESSO CIVIL. HIPOTECA JUDICIÁRIA. EXIGÊNCIA DO CONTRADITÓRIO.

Não obstante seja um efeito da sentença condenatória, a hipoteca judiciária não pode ser constituída unilateralmente; o devedor deve ser ouvido previamente a respeito do pedido. Recurso especial conhecido e provido.<sup>95</sup>

Por outro lado, a hipoteca judiciária não faculta ao titular da garantia o direito de preferência nos casos de concurso de credores, só havendo a garantia do direito de seqüela. Com efeito, se o proprietário do bem gravado for devedor de credores diversos, o credor da hipoteca judiciária não detém o direito de ter seu crédito adimplido antecipadamente aos demais.

É válido destacar o posicionamento de Fausto Pereira de Lacerda Filho<sup>96</sup> quanto à existência ou não de direito de preferência na hipótese de hipoteca judicial:

(...) a sua classificação, como hipoteca, é imprópria, uma vez que nela só se evidencia o direito de seqüela. A hipoteca judicial não se faz merecedora desse nome ilustre, eis que não atribui nenhuma preferência ao credor exequente, o qual permanece em pé de igualdade com os demais quirografários. Se insolvente o devedor, instaura-se pura e simplesmente o concurso de seus credores, sem que ao exequente assista qualquer prelação ou privilégio.

Depreende-se que o autor compartilha da visão de muitos outros civilistas, defendendo que a hipoteca judicial perde em termos de eficácia em comparação

<sup>94</sup> REsp 762.230/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 06/11/2008.

<sup>95</sup> REsp 439.648/PR, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/11/2006, DJ 04/12/2006, p. 294.

<sup>96</sup> LACERDA FILHO, Fausto Pereira de. *Hipoteca*. Curitiba: Juruá Editora, 1977, p.59.

com institutos processuais de proteção aos credores, tais como arresto de bens do devedor e a fraude à execução.

Portanto, Silvio de Salvo Venosa<sup>97</sup> ensina que a hipoteca judicial é figura cuja finalidade precípua é a de garantir a eficácia de sentenças condenatórias, mas que o instituto concorre, em desvantagem, com os princípios da fraude à execução.

Nos casos de alienação ou oneração de devedor contra o qual corria demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil), pode o juiz declarar a ineficácia do ato praticado determinando a penhora do bem em questão, não importando quem detenha sua posse ou propriedade. Além disso, o exequente prescinde de inscrição imobiliária para fazer valer os princípios da fraude à execução, diferentemente dos casos de hipoteca judicial, na qual a inscrição é condição essencial.

#### **(iv) Forma e formalização**

Como sintetiza Rudolf Arnheim<sup>98</sup>, "*forma é a configuração visível do conteúdo*". Portanto, "forma" e "conteúdo" são duas faces constitutivas do mesmo fenômeno, como no caso dos dois lados de uma mesma folha de papel: corte um lado e o outro será inevitavelmente afetado, exemplo contido no Wikipedia.

Quer para fins de forma, ou de conteúdo, todos os títulos constitutivos das diversas modalidades de hipoteca devem conter o nome das partes, a descrição pormenorizada do bem objeto da hipoteca, o proprietário do bem objeto da hipoteca e o valor do débito garantido.

Outro aspecto relevante é o registro da hipoteca, que lhe outorga o liame real e o efeito *erga omnes* da garantia. O registro configura publicidade ao ato e a fixação de data de instituição do direito real sobre o bem, para fins de verificação da ordem de preferência.

---

<sup>97</sup> Conforme: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 570.

<sup>98</sup> ARNHEIM, Rudolf. *Arte e percepção visual*. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 89.

Segundo Maria Helena Diniz<sup>99</sup>:

O título e a especialização são elementos preparatórios desse ônus real, pois o momento culminante da hipoteca é o registro; enquanto não estiver registrada não é direito real, não passará de um crédito pessoal, pois o título é mera pretensão de constituir o liame jurídico dessa natureza, valendo inter partes. A hipoteca só nasce com o ato registrário, passando a valer erga omnes, opondo-se não só aos credores quirografários do devedor, mas também aos terceiros adquirentes e a outro credor hipotecário que não tenha registrado o título e, ainda, a quem tenha adquirido sobre o imóvel onerado um outro direito real.

Nesse sentido, estabelece o artigo 1.492 do Código Civil:

Art. 1.492. As hipotecas serão registradas no cartório do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um.

Atualmente, os serviços de registros públicos são regulados pela Lei nº 6.015/73, conhecida como a Lei de Registros Públicos, que objetivam dar autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos respectivos. São regulados pela referida lei o registro civil de pessoas naturais, o registro civil de pessoas jurídicas, o registro de títulos e documentos e, o mais importante para este estudo, o registro de imóveis. Nesse sentido, a Lei de Registros Públicos prescreve:

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

1 - o registro:

(...)

2) das hipotecas legais, judiciais e convencionais; (...)

Os serviços de registro mencionado são desempenhados em serventias confiadas aos delegados do Poder Público, a quem competem a função de receber, conferir e transportar para seus livros declarações orais ou escritas sobre fatos e negócios jurídicos, como explica Walter Ceneviva<sup>100</sup>.

A atividade registraria, embora exercida em caráter privado, tem características típicas de serviço público, conforme requisitos do artigo 236 da CF,

<sup>99</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 6ª edição. 2006, Editora Saraiva, volume 5, p-221.

<sup>100</sup> Conforme: CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*. 18ª edição. Editora Saraiva, 2008, p-5.

abaixo transcrito, que prevê, entre outras coisas, a fiscalização dos notários, oficiais de registro e seus prepostos pelo Poder Judiciário:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

A lei federal que regulamenta o §2º do artigo 236 da CF é a Lei nº 8.935/1994, conhecida como a Lei dos Cartórios e dispõe sobre (i) a natureza e fins do serviço notarial, (ii) as atribuições e competências dos notários e oficiais de registro, (iii) como se dá o ingresso das atividades notariais e de registro, (iv) as atividades dos respectivos prepostos, (v) as responsabilidades civis e criminais aplicáveis, (vi) as incompatibilidades e impedimentos, (vii) os direitos e deveres respectivos, (viii) as infrações e penalidades respectivas, (ix) como se dá a fiscalização pelo Poder Judiciário, (x) como se verifica a extinção da delegação e; (xi) regras de seguridade social aplicáveis.

Ainda nas lições de Ceneviva, o oficial de registro, assim como o tabelião ou notário, é profissional do direito, dotado de fé pública, que (i) corresponde à confiança atribuída por lei ao que o oficial declare ou faça, no exercício de sua função, com presunção de verdade e; (ii) afirma a eficácia do negócio jurídico ajustado com base nas declarações ou práticas do notário. Esses conceitos estão refletidos nos artigos 1º e 3º da Lei dos Cartórios:

Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

O registro cria presunção relativa de verdade, constitui malha firme e completa de informação, confere presunção de certeza dos assentamentos, dando eficácia aos atos e, mais importante, atribui publicidade aos atos e negócios jurídicos. Genericamente, confere-se três efeitos jurídicos ao registro público: constitutivo, comprobatório e publicitário.

O assento da hipoteca deverá ser realizado no local onde estiverem localizados os imóveis ou conforme determinar a legislação especial, no caso dos imóveis por acessão, conforme artigo 169 da Lei de Registros Públicos:

Art. 169 - Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel, salvo:

I - as averbações, que serão efetuadas na matrícula ou à margem do registro a que se referirem, ainda que o imóvel tenha passado a pertencer a outra circunscrição;  
II – os registros relativos a imóveis situados em comarcas ou circunscrições limítrofes, que serão feitos em todas elas, devendo os Registros de Imóveis fazer constar dos registros tal ocorrência. (...)

Marco Aurélio Viana<sup>101</sup> explica sobre o registro de imóveis em áreas limítrofes que:

É possível que o imóvel esteja localizado em mais de um lugar, o que reclama registro em cada uma das circunscrições em que ele esteja situado. Se isso não ocorre, os efeitos do registro se produzem apenas nos limites territoriais do registro, não podendo ser oposto no lugar sob outra competência. A parte referente à situação do imóvel, que não conheceu registro no Cartório de Registro de Imóveis correspondente, não pode ser oposta a terceiro, não tendo em relação a ela qualquer direito o credor hipotecário.

Para fins de verificação da ordem de preferência da hipoteca outorgada sobre determinado imóvel, valerá aquela que for primeiro levada a registro. Muitas vezes, a despeito do protocolo da hipoteca no Cartório de Registro de Imóveis, é possível que haja exigências a serem cumpridas antes do registro.

Nesse aspecto, em atenção à segurança jurídica, os Cartórios de Registro de Imóveis devem observar o procedimento previsto na lei de registros públicos, que determina o respeito a ordem de prenotação do título. Nesse sentido, destaque-se a

<sup>101</sup> VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, v. XVI: dos direitos reais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 856.

redação dos artigos 1.493 do Código Civil e 182 a 184 da Lei de Registros Públicos, que explicam o procedimento:

Art. 1.493. Os registros e averbações seguirão a ordem em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo.

Parágrafo único. O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas.

Art. 182 - Todos os títulos tomarão, no Protocolo, o número de ordem que lhes competir em razão da sequencia rigorosa de sua apresentação.

Art. 183 - Reproduzir-se-á, em cada título, o número de ordem respectivo e a data de sua prenotação.

Art. 184 - O Protocolo será encerrado diariamente.

Em suma, se apresentados dois títulos, versando sobre um mesmo bem, o assento retroage ao momento da prenotação, assegurando a prioridade do que se apresentou para registro em primeiro lugar, conforme regra do artigo 186 da Lei de Registros Públicos:

Art. 186 - O número de ordem determinará a prioridade do título, e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente.

Conforme artigo 1.493 do Código Civil, os registros e averbações, portanto, seguirão a ordem em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo. O número de ordem determina a prioridade, e esta, a preferência entre as hipotecas.

A posição dos gravames, portanto, se dá pelo número de ordem de registro, que deve obedecer ao trâmite de assentamento prévio, ao qual se dá o nome de prenotação: (i) ingresso do título em cartório; (ii) sua inserção no protocolo; e (iii) lançamento do número de protocolo no título. Naturalmente, os efeitos da prenotação cessam com seu eventual cancelamento.

Segundo o artigo 188 da Lei de Registros Públicos, o registro deve se dar no prazo de 30 (trinta) dias, embora, naturalmente, não pode a parte interessada ser prejudicada pela demora da estrutura dos cartórios.

Ensina Ceneviva<sup>102</sup> que:

(...) prioridade e procedência, como qualidade dos números de ordem e da prenotação, provocam um resultado final: asseguram predominância de um direito real sobre o outro, em decorrência da anterioridade de seu lançamento no registro imobiliário, momento em que a realidade passa a ser oponível a todos os terceiros.

Pelas regras cima, conclui-se que, portanto, não podem ser assentadas duas hipotecas no mesmo dia, salvo houver indicação da hora, conforme artigo 1.494 do Código Civil e artigos 191 e 192 da Lei de Registros Públicos:

Art. 1.494. Não se registrarão no mesmo dia duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real, sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas, salvo se as escrituras, do mesmo dia, indicarem a hora em que foram lavradas.

Art. 191 - Prevalecerão, para efeito de prioridade de registro, quando apresentados no mesmo dia, os títulos prenotados no Protocolo sob número de ordem mais baixo, protelando-se o registro dos apresentados posteriormente, pelo prazo correspondente a, pelo menos, um dia útil.

Art. 192 - O disposto nos arts. 190 (*revogado pelo art. 1.494 do Código Civil*) e 191 não se aplica às escrituras públicas, da mesma data e apresentadas no mesmo dia, que determinem, taxativamente, a hora da sua lavratura, prevalecendo, para efeito de prioridade, a que foi lavrada em primeiro lugar.

Quando se apresentar ao oficial do registro título de hipoteca que mencione a constituição de anterior, não registrada, sobrestará ele na inscrição da nova, depois de prenotá-la, até 30 (trinta) dias, aguardando que o interessado inscreva a precedente. Esgotado o prazo, sem que o interessado requeira a inscrição desta, a hipoteca ulterior será registrada e obterá preferência, conforme artigo 1.495 do Código Civil, que revogou o artigo 189 da Lei de Registros Públicos.

Segundo Venosa<sup>103</sup>, referido dispositivo altera o direito de preferência e prioriza o interessado diligente. Esse dispositivo também é visto como exceção à regra da preferência.

<sup>102</sup> CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*. 18ª edição. Editora Saraiva, 2008, p-420.

<sup>103</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.563.

Marco Aurélio Viana<sup>104</sup> comenta que a prenotação não dá prioridade ou procedência absoluta. Cuida-se de período de espera.

Conforme prevê o artigo 1.496 do Código Civil, se houver dúvida sobre a legalidade do registro requerido com indicação de constituição de hipoteca anterior, o oficial fará, ainda assim, a prenotação do pedido. Se a dúvida, dentro em 90 (noventa) dias, for julgada improcedente, conforme procedimento indicado no capítulo seguinte, o registro efetuar-se-á com o mesmo número que teria na data da prenotação.

Assim, o assento marca a data de constituição da hipoteca e também seu termo final, pois o prazo de vigência de uma hipoteca é de trinta anos, conforme prevê o artigo 1.485 do Código Civil.

Vale destacar que, na hipótese do imóvel hipotecado não possuir matrícula própria, ou não estar registrado em nome do outorgante, primeiramente deve-se regularizar a matrícula, de forma a atender o princípio da continuidade registrária, previsto artigo 195 da Lei de Registros Públicos.

A escritura pública levada a cartório antes de outra, prenotada com número de ordem mais baixo, é que deve ser levada ao registro antes, sendo irrelevante se o documento posterior tiver sido assentado antes em cartório de títulos e documentos, o qual, embora dê publicidade contra terceiros, não cria direito real, conforme decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo em acórdão de relatoria do Desembargador Acácio Rebouças<sup>105</sup>.

#### **(iv.1) Dúvida no registro da hipoteca**

Ainda segundo Marco Aurélio Viana<sup>106</sup>, a dúvida a respeito da legalidade do registro não impede a prenotação do pedido. A prenotação é efetivada pela

---

<sup>104</sup> Conforme: VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, v. XVI: dos direitos reais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>105</sup> Revista dos Tribunais 499:113.

<sup>106</sup> Conforme: VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, v. XVI: dos direitos reais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

protocolização do instrumento, cabendo ao oficial suscitar a dúvida.

O procedimento de dúvida quanto ao registro da hipoteca é regulado pela Lei de Registros Públicos e instaurado na forma do seu artigo 198. Se o apresentante do título não se conformar com a exigência que o Cartório realizar, poderá requerer a remessa de dúvida ao juiz corregedor, instaurada pelo Oficial do Cartório ou substituto designado, quem têm legitimação ativa exclusiva.

Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimí-la, obedecendo-se ao seguinte:

- I - no Protocolo, anotar-se-á o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida;
- II - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas;
- III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias;
- IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

O interessado será notificado para apresentar sua impugnação em 15 dias, representado por advogado. Mesmo que não haja impugnação, a dúvida é analisada pela corregedoria, dada a natureza correccional e administrativa da suscitação de dúvida, conforme artigo 199 da Lei de Registros Públicos. Observe-se que o interessado não necessariamente é o apresentante: há que se demonstrar o legítimo interesse em que o título seja registrado, ou não, caso trate-se de terceiro prejudicado.

O processo de dúvida se insere numa atividade de natureza administrativa. Ensina Geneviva<sup>107</sup>, fazendo referência a um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, no processo de dúvida, não se pode discutir se houve implemento ou inadimplemento de obrigações e suas consequências jurídicas. A avaliação é objetiva e formal, devendo ser colhida a manifestação do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, conforme artigo 83 do Código de Processo

---

<sup>107</sup> Conforme: GENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*. 18ª edição. Editora Saraiva, 2008, p. 446.

Civil, sob pena de nulidade<sup>108</sup>.

A sentença proferida no processo de dúvida não faz coisa julgada, material ou formal, cabendo dela apelação, embargos infringentes e embargos de declaração. Não cabe recurso especial e extraordinário contra o acórdão.

Julgada procedente a dúvida, os documentos são devolvidos ao interessado e a prenotação é cancelada e o interessado, nesse caso, deve pagar as respectivas custas (artigo 207 da Lei de Registros Públicos).

Julgada improcedente a dúvida, os documentos deverão ser apresentados novamente, com o mandado da sentença da suscitação de dúvida, que ficarão arquivados em cartório, com o conseqüente registro, devendo o oficial anotar o fato na coluna de anotações do protocolo, conforme artigo 203 da Lei de Registros Públicos. O título que é levado a registro é o prenotado, para fins de anterioridade, especialmente.

Contados da prenotação, o interessado tem prazo decadencial de 30 dias para cumprir as exigências do cartório, sob pena de cessarem os efeitos da prenotação, por caducidade, conforme regra do artigo 205 da Lei de Registros Públicos: seja pelo cumprimento das exigências, seja pela provocação via suscitação da dúvida.

Naturalmente, por se tratar de procedimento de natureza administrativa, o interessado pode socorrer-se ao judiciário, caso discorde do resultado do procedimento administrativo.

Na hipoteca convencional, qualquer interessado pode requerer o registro, prenotando o respectivo instrumento. Nas demais modalidades de hipoteca, o interessado está definido na lei. Por exemplo, ao pai, à mãe, ao tutor ou curador incumbe providenciar a hipoteca legal, antes de assumirem a administração de bens dos incapazes. Os interessados desta modalidade de hipoteca podem requerê-la

---

<sup>108</sup> Revista dos Tribunais 500:99.

pessoalmente, ou mediante provocação do Ministério Público. O artigo 1.497 do Código Civil assim prevê:

Art. 1.497. As hipotecas legais, de qualquer natureza, deverão ser registradas e especializadas.

§ 1º O registro e a especialização das hipotecas legais incumbem a quem está obrigado a prestar a garantia, mas os interessados podem promover a inscrição delas, ou solicitar ao Ministério Público que o faça.

§ 2º As pessoas, às quais incumbir o registro e a especialização das hipotecas legais, estão sujeitas a perdas e danos pela omissão.

Destaque-se o teor do §2º do referido dispositivo que estabelece uma sanção para aqueles que deveriam registrar a hipoteca legal e não o fazem, o que torna o ato obrigatório.

A prenotação é de suma importância à definição da anterioridade e prioridade da garantia. Em suma, prenotação é o assento prévio do protocolo, cujos efeitos cessam em 30 dias, caso o interessado não cumpra a exigência do Cartório. No caso de suscitação de dúvida, esse prazo decadencial é suspenso, até a decisão final, independentemente do prazo para julgamento previsto na legislação, já que o interessado não pode ser prejudicado pela morosidade do procedimento.

#### **(iv.2) Prazo da hipoteca e renovação da especialização**

A indicação do prazo da hipoteca é requisito essencial de sua validade, quanto ao seu conteúdo.

A hipoteca convencional pode ser estipulada com qualquer prazo, ao arbítrio das partes, desde que não exceda os trinta anos. Já a hipoteca legal tem validade vinculada até enquanto perdurar a situação jurídica que ela está garantindo.

Na hipótese de se prever uma hipoteca com prazo superior a 30 anos, não há nulidade do contrato ou do ônus, mas mera redução de prazo ao limite legal,

conforme ensina Orlando Gomes<sup>109</sup> e a previsão da nova redação do artigo 1.485 do Código Civil, alterada em 2004, *verbis*:

Art. 1.485. Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até 30 (trinta) anos da data do contrato. Desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca reconstituindo-se por novo título e novo registro; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir.

Passados os trinta anos, ocorrerá a preempção da hipoteca, sendo defeso ao credor excuti-la. Naturalmente, na hipótese das partes quererem ratificar a hipoteca, poderão fazê-lo, desde que por meio de novo instrumento, preservando-se, pois, o número de ordem e a preferência da execução hipotecária. Bufulin<sup>110</sup> entende que o novo registro faz perder a preferência.

Somos da opinião que, na eventualidade de existirem outras hipotecas, outorgadas em favor de terceiros, mesmo assim a primeira hipoteca, renovada, terá preferência, conforme redação do artigo 238 da Lei de Registros Públicos:

Art. 238 - O registro de hipoteca convencional valerá pelo prazo de 30 (trinta) anos, findo o qual só será mantido o número anterior se reconstituída por novo título e novo registro.

Prevê o artigo 1.498 do Código Civil que vale o registro da hipoteca, enquanto a obrigação perdurar; mas a especialização, em completando 20 (vinte) anos, deve ser renovada. Assim é porque, com o decorrer do tempo, é possível que se tenha uma alteração do valor do imóvel, reclamando o reforço da garantia, por exemplo.

## **1.6. Efeitos**

### **(i) Sequela**

Pela análise dos princípios, requisitos objetivos e subjetivos e forma da hipoteca, acima mencionados, pode-se afirmar que o principal efeito que ela gera é

<sup>109</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.387.

<sup>110</sup> Conforme: BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 291.

a vinculação de um bem imóvel ou equiparado a imóvel a uma determinada obrigação, em relação ao devedor e a terceiros, dado o seu carácter *erga omnes*, chamado de direito de sequela.

Uma vez outorgada a hipoteca pelo devedor, ele deverá (i) conservar a coisa, sendo defesa a prática de atos que importem, direta ou indiretamente, na desvalorização, deterioração ou destruição da coisa; e (ii) não poderá alterar a destinação da coisa, de forma a acarretar a diminuição de seu valor.

O vínculo real que grava a coisa é reperfecutório, de forma que, o proprietário não perde o *jus disponendi* ou a sequela: o ônus acompanha a coisa alienada.

Augusto Passamani Bufulin, citando a lição de Luís Carvalho Fernandes<sup>111</sup>, explica que:

A sequela é a manifestação da inerência dos direitos reais e por isso são múltiplas as suas manifestações, de algum modo ligadas ao particular conteúdo de cada uma das suas modalidades. Ditos por outras palavras, a sequela assegura ao titular do direito a actuação sobre a coisa, que se mostre adequada à realização, através dela, de seu interesse, segundo as faculdades que integram o seu direito. Por assim ser, é corrente a doutrina apontar a sequela como característica específica dos direitos reais, ligada às relações existentes entre o seu conteúdo e o seu objeto. As suas múltiplas manifestações constituem importantes meios de tutela e defesa dos direitos reais.

Orlando Gomes<sup>112</sup>, por sua vez, é simples e direto qualificando a sequela como o direito que tem o titular de um direito real de seguir a coisa em poder de todo e qualquer possuidor e faz uma analogia curiosa, dizendo que o direito real adere à coisa como a lepra ao corpo (*uti lepra cuti*).

Se o bem onerado for transferido por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, o credor poderá segui-lo e o adquirente, por sua vez, não poderá alegar a ignorância do fato e impedir que o bem seja objeto de execução, em caso de inadimplemento

---

<sup>111</sup> BUFULIN, Augusto Passamani, apud CARVALHO FERNANDES, Luiz, *Hipoteca, constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

<sup>112</sup> Conforme: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.19.

da obrigação pessoal entre o proprietário anterior e o credor.

Como a hipoteca deve ser registrada na matrícula do imóvel, há presunção *juris et de jure* de que o comprador seja diligente e verifique as condições do imóvel antes de adquiri-lo. Por essa razão, sempre se recomenda ao adquirente que exija do alienante a certidão negativa de hipoteca incidente sobre o bem objeto da compra e venda.

Na hipoteca, como a propriedade e a posse do bem não são transferidas ao credor, o devedor permanece com direito de defender a posse do imóvel, inclusive contra atos do próprio credor. Esse direito advém da seqüela.

## **(ii) Preferência**

Outra característica da hipoteca é o direito de preferência na obtenção do produto da coisa excutida, conforme regra do artigo 1.422 do Código Civil:

Art. 1.422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.

Parágrafo único. Excetua-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos.

O titular da hipoteca detém preferência especial para que possa ser satisfeito com antecedência em relação aos demais credores com garantia real posterior ou garantia pessoal ou sem garantia.

Naturalmente, a preferência do direito real está adstrita ao valor do bem determinado, destacado do patrimônio do devedor ou terceiro. Nessa hipótese se, após a hasta, o valor do bem não for suficiente para pagamento da dívida garantida, o credor hipotecário perde a preferência em relação ao saldo, devendo procurar outros bens do patrimônio do devedor.

Entendemos que o direito de preferência independe da promoção da

execução forçada de forma que nos alinhamos à corrente de Moacyr Amaral dos Santos<sup>113</sup> que defende que, excutido:

O dinheiro será distribuído: a) primeiro, independentemente de penhora, aos credores com título legal de preferência e que apresentarem o título executivo, tais o fisco, o credor por custas, o credor com garantia real, como o credor hipotecário, o credor pignoratício.

A jurisprudência ainda é divergente sobre o tema, inclusive entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça<sup>114</sup>. Nesse contexto, merece destaque o entendimento da 4ª Turma, que defende seja reservado ao credor preferencial o produto da penhora, condicionando seu levantamento a execução forçada a ser realizada por este mesmo credor.

Augusto Bufulin<sup>115</sup>, comentando o julgamento acima, menciona que:

Parece-nos, com o devido respeito aos louváveis posicionamentos divergentes, que a posição intermediária, adotada pela Quarta Turma, respeita tanto os interesses do credor hipotecário, ao determinar a reserva de seu crédito, assegurando-lhes o direito de preferência, quanto os interesses do devedor, que só será privado efetivamente de seu patrimônio após sofrer uma execução judicial, sendo-lhe garantido o exercício da ampla defesa.

### (iii) Outros efeitos

É nula a cláusula que proíbe o proprietário de alienar o bem dado em hipoteca, mas as partes podem estabelecer que a alienação gere o vencimento antecipado do crédito hipotecário, conforme artigo 1.475 do Código Civil, notadamente o parágrafo único.

Art. 1.475. É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado.

Parágrafo único. Pode convencionar-se que vencerá o crédito hipotecário, se o imóvel for alienado.

Porém, vale esclarecer que, se o adquirente do imóvel hipotecado não se

<sup>113</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, volume 3m p-347

<sup>114</sup> RESP 871190/SP – 1ª Turma x RESP 775723/SP – 3ª Turma x RESP 280871 – 4ª Turma

<sup>115</sup> BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

obrigou pessoalmente a pagar as dívidas do devedor ao credor hipotecário, poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando, ou deixando o referido imóvel aos credores, conforme regra do artigo 1.479 do Código Civil. Para tanto, mister a notificação do vendedor e devedor originário e os credores hipotecários, deferindo-lhes, em conjunto, a posse sobre o imóvel ou seu depósito em juízo, conforme artigo 1.480 do Código Civil.

Os credores não podem recusar a entrega do imóvel no caso de abandono, pois se trata de uma verdadeira renúncia. O parágrafo único dispõe que o adquirente poderá abandonar o imóvel em até 24 horas da citação: o novo titular do imóvel se vê premido pela execução e observa que o valor do imóvel não compensa continuar com a titularidade. Decorridas as referidas 24 horas, o titular perde o direito e deve suportar o ônus da execução.

Nesse contexto, o credor pode iniciar a execução do imóvel hipotecado, mesmo que este não pertença mais ao seu devedor, posto que, como se viu, a venda não extingue a hipoteca, sendo indiferente o seu proprietário.

O devedor tem direito a liberar a hipoteca, bastando que pague a dívida, nas formas previstas no Código Civil. Na hipótese de recusa do credor, o devedor pode consignar judicialmente a quantia e requer liminarmente a liberação da hipoteca.

O credor tem o direito de exigir que o devedor (i) conserve a coisa, impedindo-o da prática de atos que importem, direta ou indiretamente, na desvalorização, deterioração ou destruição da coisa; e (ii) não altere a destinação da coisa, de forma a acarretar a diminuição de seu valor.

Na hipótese de diminuição do valor da coisa, o credor pode exigir o reforço da garantia, sob pena de vencimento antecipado da dívida, conforme ensina Caio Mário S. Pereira<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> PEREIRA, Caio Mário S. *Instituições de direito civil*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. IV, p. 325.

#### **(iv) Sub-hipoteca**

O imóvel dado em hipoteca pode ser hipotecado mais de uma vez, mediante lavratura de novo título, quer em favor do mesmo credor, quer em favor de terceiro, conforme a regra do artigo 1.476 do Código Civil. A hipoteca será denominada sub-hipoteca e poderá se efetivar desde que o valor do imóvel exceda o valor da obrigação anterior, garantia pela hipoteca. A segunda obrigação inadimplida será paga com o saldo remanescente da excussão da primeira hipoteca.

O credor primitivo não fica prejudicado porque ele goza do direito de preferência.

Essa nova hipoteca somente será permitida se não houver cláusula que a proíba e mediante a outorga de novo título, não se permitindo mera averbação, mesmo que ele implique em mero aumento do débito hipotecário anterior.

A segunda hipoteca somente poderá ser objeto de excussão se vencida a primeira hipoteca, salvo nos casos de insolvência ou falência do devedor, na forma dos artigos 748 a 786 do Código de Processo Civil, quando todos os débitos se vencem antecipadamente, conforme a regra do artigo 1.477 do Código Civil.

O chamado credor sub-hipotecário pode remir a primeira hipoteca, no seu vencimento, se o devedor não se oferecer para pagá-la. Nessa hipótese, o credor sub-hipotecário deverá consignar a importância do débito e das despesas judiciais, caso se esteja promovendo a execução da primeira hipoteca, citando o credor anterior para receber a quantia, subrogando-se, assim, nos direitos do credor anterior, conforme artigo 1.478 do Código Civil.

#### **1.7. Causas de extinção**

A extinção da hipoteca é regida de acordo com o disposto no art. 1.499 do Código Civil, de modo que ela pode ocorrer, nos termos de seus incisos: (i) pelo desaparecimento da obrigação principal; (ii) pelo perecimento total da coisa; (iii) pela resolução do domínio; (iv) pela renúncia do credor; (v) pela remição; (vi) pela

arrematação ou adjudicação.

Infere-se pela simples leitura dos incisos, que as causas de extinção da hipoteca são de três ordens: (i) a respeito da obrigação principal ou relativa ao direito principal/pessoal; (ii) relativa ao direito hipotecário propriamente dito e; (iii) atinente, de forma mista, tanto sobre o crédito quanto à garantia.

Tal artigo, contudo, não é taxativo, podendo ocorrer a extinção também, entre outras hipóteses: pela prolação de sentença anulatória ou de declaração de nulidade da garantia, como, por exemplo, quando se detecta um vício de consentimento ou defeito social na sua constituição; pela prescrição aquisitiva (usucapião do bem) de terceiro; pela consolidação, que é reunião, na mesma pessoa, das qualidades de credor hipotecário e proprietário do mesmo imóvel; pela perempção legal e pela sua condição de acessoriedade, quando se perde o principal.

Sobre a perda da garantia pelo usucapião, merece destaque as conclusões de Bufulin<sup>117</sup>:

Não há a possibilidade de convivência harmônica entre a hipoteca constituída pelo anterior proprietário e a propriedade adquirida pelo usucapiente.

(...)

Se o proprietário ignora que terceira pessoa usucapiu sua propriedade, porquanto, apesar de ter cumprido todos os requisitos legais, ainda não ajuizou a ação de usucapião, e dá o imóvel em hipoteca, quando o credor hipotecário ajuizar a ação de execução hipotecária, bastará ao usucapiente alegar a nulidade da hipoteca, por ter sido dada por quem não era dono da coisa.

Se o proprietário constituiu hipoteca sobre o imóvel quando o bem já se encontra na posse de terceiro, sem que este tenha, ainda, adquirido o imóvel pela usucapião, se o terceiro preencher o prazo para a usucapião após a constituição da hipoteca e antes da excussão pelo credor hipotecário, de acordo com o efeito retroativo emanado da sentença declaratória de usucapião, a hipoteca será nula, por ter sido oferecida por um não proprietário.

Se o proprietário constituiu hipoteca sobre o imóvel antes do início da posse por terceiro e, posteriormente, este terceiro se tornar possuidor e adquirir a propriedade pelo usucapião, a hipoteca também será nula, diante da natureza originária da usucapião (...)

Sobre esta característica de não taxabilidade, estudando o Código Civil

---

<sup>117</sup> BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 294.

anterior, que de maneira igual dispunha, escreveu Tupinambá Miguel Castro do Nascimento<sup>118</sup>: “*as causas extintivas, conforme já salientado, são aquelas indicadas no referido art. 849, cujo exame particularizado será feito adiante, mais outras ali não arroladas, mas suscetíveis de levarem à extinção, porque o sistema admite*”.

Formalmente, a extinção da hipoteca, para ser eficaz, necessita de um duplo binômio: além do fato gerador de sua extinção, deve haver seu cancelamento no Cartório de Registro de Imóveis em que o imóvel se situa, sob pena de ineficácia, em atenção ao art. 1.500 do Código Civil e o princípio da publicidade.

Passaremos agora a analisar as causas extintivas, especificamente enumeradas no art. 1.499 do Código Civil.

#### **(i) Extinção da obrigação principal**

Por sua característica de acessoriedade, havendo a extinção da obrigação principal, conseqüentemente, há extinção da garantia hipotecária.

Costumeiramente, tal fato ocorre quando há o total adimplemento (voluntário) da prestação devida garantida pelo imóvel: voluntário porque significa que não houve necessidade de acesso as vias judiciais para obtenção do pagamento. Neste sentido, escreveu Augusto Passami Bufulin<sup>119</sup>, amparado pelas doutrinas de Orlando Gomes, Antunes Varela e Augustinho Alvim, que faz referência em seu texto:

A extinção da obrigação principal acarreta por via de conseqüência, na terminologia adotada por Orlando Gomes, a extinção da garantia hipotecária. Decorre normalmente do cumprimento da prestação. Cumprimento, nas palavras de João de Matos Antunes Varela, “é a realização voluntária da prestação devida. É a actuação da relação obrigacional, no que respeita ao dever de prestar. O devedor cumpre a obrigação, no dizer do art. 762 do Código Civil/1916 (sem correspondência ao atual Código Civil), quando realiza a prestação a que está vinculado. Para Augustinho Alvim, “assiste ao credor o direito de exigir que a obrigação se cumpra, tal como se convencionou.

<sup>118</sup> NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Hipoteca*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Aide, 2006, p. 109.

<sup>119</sup> BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 218.

O pagamento, por sua vez, pode ser realizado pelo próprio hipotecante ou por seus herdeiros/sucessores até os limites da força da herança; além de dever ser realizado por completo, vez que o pagamento parcial (lembrando o princípio da indivisibilidade) não exonera parte do bem hipotecado. Nas palavras de Antônio José Teixeira Junior temos que *“enquanto subsistir qualquer porção da obrigação garantida, sobrevive a hipoteca”*.

Resumindo bem as características demonstradas no tópico, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no mesmo sentido em Ementa, por meio da relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

Civil. Hipoteca. Extinção do processo de execução garantido por hipoteca. Ausência de ação de conhecimento para anulação do registro da hipoteca. Art. 849 do Código Civil. Impossibilidade de levantamento das hipotecas. Subsistência da obrigação pecuniária não adimplida no seu termo. - O provimento de recurso que acarreta a extinção do processo de execução, por vício formal, não extingue o crédito assegurado por hipoteca, que só pode ser desconstituída, no caso em concreto, pela utilização das vias ordinárias. - Se a obrigação principal não foi completamente adimplida, devem subsistir os gravames hipotecários sobre os bens dados em garantia da dívida, de acordo com o inciso I do art. 849, Código Civil, sendo incabível a declaração de extinção da hipoteca dos bens dados em garantia.<sup>120</sup>

## (ii) Destruição da coisa

Havendo a destruição *total* do bem imóvel, por lógica, não há mais sentido na manutenção do crédito hipotecário – *“perecendo o objeto, perece o direito”*<sup>121</sup>.

Pela afirmação, pode-se observar que deve haver perecimento total da coisa. Se o bem imóvel for apenas depreciado ou a destruição for parcial, a hipoteca permanece recaindo sobre a parte restante, hipótese na qual, todavia, pode o credor considerar a dívida vencida antecipadamente (no caso de o devedor não prestar reforço da garantia), nos termos do art. 1.425, I, do Código Civil:

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:

<sup>120</sup> REsp 299118/PI, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 18.12.2001, DP 03.06.2002, p.201.

<sup>121</sup> ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 355.

I - se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir;

§ 1o Nos casos de perecimento da coisa dada em garantia, esta se sub-rogará na indenização do seguro, ou no ressarcimento do dano, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até seu completo reembolso.

Assim, cuida-se tal hipótese de uma extinção relativa a própria natureza da hipoteca e do bem que a garante.

Se o bem for destruído por culpa de terceiro, ele deverá ser compelido a ressarcir o dano e o direito do credor hipotecário subroga-se no valor dessa indenização de perdas e danos, conservado o direito de preferência. O mesmo se aplica quando há seguro envolvido, que seja acionado. Observe-se a jurisprudência:

GARANTIA HIPOTECARIA. PERECIMENTO DOS BENS DADOS EM GARANTIA. SEGURO CONTRA INCENDIO. CODIGO CIVIL, ART. 762, IV, PAR-1. DESTRUÍDOS POR INCENDIO OS BENS DADOS EM GARANTIA, A HIPOTECA PASSA A INCIDIR SOBRE O VALOR DO RESPECTIVO SEGURO, E A SEGURADORA DEVE PAGAR AO CREDOR HIPOTECARIO, A QUEM ASSISTIRA PREFERENCIA ATE SEU COMPLETO REEMBOLSO - CODIGO CIVIL, ART. 762, PAR-1. E IRRELEVANTE A CIRCUNSTANCIA DE NO CONTRATO DE SEGURO FIGURAR COMO SEGURADA FIRMA OUTRA QUE NÃO A DEVEDORA HIPOTECARIA. DE QUALQUER FORMA, O VINCULO REAL SUB-ROGA-SE NA INDENIZAÇÃO SECURITARIA, E NÃO PODERA A SEGURADORA ALEGAR DESCONHECIMENTO DO DIREITO REAL DO CREDOR HIPOTECARIO, QUER FACE AO REGISTRO IMOBILIARIO, QUER PORQUE NO CASO EM JULGAMENTO A EXISTENCIA DA HIPOTECA CONSTOU EXPRESSAMENTE DO 'RELATORIO DE REGULAÇÃO DO SINISTRO'. LICÇÕES DE ANTIGA DOUTRINA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO, PARA O RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA.<sup>122</sup>

### **(iii) Resolução da propriedade**

Pela resolução da propriedade, entende-se que uma vez resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou advento do termo, resolvem-se também os direitos reais concedidos em sua dependência. Nesse caso, o proprietário em cujo favor se opera a resolução pode requerer o bem do poder de quem a possua ou detenha, conforme o art. 1.359 do Código Civil:

<sup>122</sup> REsp 1.533/PR, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/1990, DJ 16/04/1990, p. 2878

Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.

Sendo assim, ocorrendo o advento do termo ou da condição, a hipoteca restará extinta operando todos seus efeitos *ex tunc*. Neste caso, na eventual hipoteca do bem resolúvel e resolução deste, o credor tem sua garantia extinta e, por conseguinte, possibilidade de ajuizar uma ação regressiva.

Além disto, pelo disposto no art. 1.360 do Código Civil, a seguir transcrito, se a revogação for superveniente, alheia ao título e posterior à transmissão do domínio, os efeitos serão *ex nunc*:

Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor.

Portanto, em suma, pelo termo ajustado ou pelo implemento da condição, implica-se a extinção da hipoteca.

#### **(iv) Renúncia do credor**

Na ocorrência de renúncia ao direito pelo credor, extingue-se a garantia hipotecária, de maneira que o credor preferencial retorna a condição de mero credor quirografário, perdendo seu direito de preferência e de seqüela.

Como de maneira geral ocorre na seara civilista, a renúncia, evidentemente, deve ser realizada por pessoa com capacidade jurídica para dispor do bem, e, pelos princípios que regem a hipoteca, deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis da situação do imóvel, para ser eivada de validade.

A renúncia pode ser realizada de maneira expressa ou tácita (por decisão judicial transitada em julgado, não comparecimento do credor à praça para exercer o direito de preferência, requerimento do cancelamento da hipoteca junto com o credor

ao Registro)<sup>123</sup> e se demonstrar inequivocadamente configurada: havendo qualquer dúvida acerca das condições do negócio, sobre o ato abdicante ou capacidade do renunciante, não é considerada válida.

Portanto, por ser ato unilateral, independe de consentimento do devedor. Naturalmente, a renúncia está limitada ao ônus real, sem atacar a obrigação principal. Naturalmente, na hipoteca legal, por haver interesse público, o direito é irrenunciável.

#### **(v) Remissão**

Destaca-se este tipo de extinção, vez que uma das formas mais correntes e importantes em nosso direito hipotecário.

Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz<sup>124</sup>, a remissão hipotecária é o direito concedido a certas pessoas de liberar o imóvel onerado, mediante pagamento da quantia devida, independentemente do consentimento do credor. Podem resgatar o imóvel hipotecado o credor sub-hipotecário, o adquirente do imóvel hipotecário, o devedor da hipoteca e os membros de sua família e a massa falida, conforme artigo 1478 do Código Civil:

Art. 1.478. Se o devedor da obrigação garantida pela primeira hipoteca não se oferecer, no vencimento, para pagá-la, o credor da segunda pode promover-lhe a extinção, consignando a importância e citando o primeiro credor para recebê-la e o devedor para pagá-la; se este não pagar, o segundo credor, efetuando o pagamento, se sub-rogará nos direitos da hipoteca anterior, sem prejuízo dos que lhe competirem contra o devedor comum.

Parágrafo único. Se o primeiro credor estiver promovendo a execução da hipoteca, o credor da segunda depositará a importância do débito e as despesas judiciais.

A remissão pode ser extrajudicial ou judicial, mediante a consignação em pagamento do débito e das despesas judiciais, conforme artigo 651 do Código de Processo Civil:

---

<sup>123</sup> Pontes de Miranda pensa de forma diversa a este entendimento, contudo, sua doutrina relativa a este tema é minoritária e superada: "a renúncia à hipoteca há de ser expressa, porque não se poderia averbar renúncia tácita" *in* Tratado de Direito Privado, 3ª edição, São Paulo: R.T, 1983, v. 20, p. 281.

<sup>124</sup> Conforme: DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6ª edição. 2006, Editora Saraiva, volume 5, p-231.

Art. 651. Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.

O credor sub-hipotecário pode remir a hipoteca desde que vencida a primeira hipoteca e o devedor não se ofereça para pagá-la, devendo consignar judicialmente a importância devida (capital e juros) e as despesas judiciais da execução, citando-se o credor anterior para recebê-la, bem como o devedor para pagá-la, conforme regra do artigo 1478 do Código Civil e seu parágrafo único. Esta remição não gera a quitação da dívida do devedor originário, mas apenas libera o bem da concorrência do primeiro credor, fazendo com que o sub-hipotecário assumira a condição privilegiada em relação ao imóvel onerado.

Como explica Augusto Bufulin<sup>125</sup>, *“na remição promovida pelo credor sub-hipotecário, é bom que se repita, não há liberação do imóvel hipotecado, mas, apenas, uma sub-rogação legal a favor do credor que passa a deter os direitos do credor até então preferencial”*. Para o estudioso, há dois requisitos para a remição nesta hipótese: o primeiro é o vencimento da dívida garantida pela hipoteca anterior. O segundo é que se trate de credor hipotecário, em qualquer grau.

O adquirente do imóvel hipotecado pode remir a hipoteca, já que, teoricamente, não lhe convém o risco de sujeitar-se ao procedimento de excussão do imóvel, autorizando a lei que se libere desse gravame, mediante a remição, de forma a evitar a referida excussão. A remição extingue a hipoteca, mas não o crédito, pois o devedor não é quitado, devendo pagar sua dívida ao adquirente do imóvel, que se sub-roga nos direitos primitivos do credor hipotecário.

O adquirente do imóvel hipotecado tem prazo de 30 dias para remi-lo, a contar do registro de seu contrato, notificando judicialmente o credor hipotecário, propondo-lhe, para liberar o bem gravado, o preço que adquiriu no imóvel, conforme regra do artigo 1481 do Código Civil. Se o credor aceitar a oferta, livre estará o imóvel. Se não aceitar, acontecerá uma licitação, para avaliação do verdadeiro valor

---

<sup>125</sup> BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 166

e venda judicial pelo melhor lance, assegurado o direito de preferência do adquirente.

Se o adquirente deixar de remir o imóvel, e sujeitá-lo à execução, ficará obrigado a ressarcir os credores hipotecários da desvalorização que, por sua culpa, o imóvel vier a sofrer, sem prejuízo das despesas judiciais da execução, conforme §3º do artigo 1481 do Código Civil.

Disporá de ação regressiva contra o vendedor o adquirente que ficar privado do imóvel em consequência de licitação ou penhora, o que pagar a hipoteca, o que, por causa de adjudicação ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra e o que suportar custas e despesas judiciais, conforme regra do §4º do artigo 1481 do Código Civil.

O devedor da hipoteca e os membros de sua família podem remir a hipoteca no momento em que for intentada a excussão do bem pelo credor por preço igual ao do maior lance oferecido ou quantia igual à da avaliação, se não tiver havido licitante. Entende-se como membros da família o cônjuge, descendentes ou ascendentes. O valor deverá ser depositado em juízo, com correção monetária, juros, custas e honorários advocatícios. A execução pode prosseguir por eventual saldo, protegido o bem remido.

A massa falida também pode remir a hipoteca, mediante pedido do administrador judicial ou dos credores em concurso, pelo preço de avaliação. O devedor pode adjudicar o bem e o restante da dívida é qualificada como quirografária.

Segundo Venosa<sup>126</sup>, a remição é vantajosa, pois concede ao segundo credor melhores condições de negociar com o devedor, eliminando o primeiro credor da relação jurídica.

---

<sup>126</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.571/572.

Para Augusto Bufulin<sup>127</sup>, comentando a remição:

Portanto, em alguns casos, há a liberação do imóvel, como no caso da remição praticada pelo terceiro adquirente do imóvel, pelo devedor e seus familiares e pela massa falida, mas em outra situação, no caso da remição praticada pelo credor sub-hipotecário, a liberação do imóvel não ocorre. Haverá apenas a mudança da preferência conferida à hipoteca, passando o credor sub-hipotecário a deter a preferência que era do credor remido.

A jurisprudência assim se posiciona:

REMIÇÃO. BEM HIPOTECADO E PENHORADO EM OUTRAS EXECUÇÕES. AQUELE QUE PROMOVE A REMIÇÃO DO IMÓVEL NÃO FICARÁ EM SITUAÇÃO INFERIOR AO ARREMATANTE. EM PRINCÍPIO, DESFAZEM-SE OUTRAS PENHORAS, SUB-ROGANDO-SE OS CREDORES NO PRODUTO DA ARREMATACÃO OU REMIÇÃO. DESAPARECERÁ, TAMBÉM, O ONUS HIPOTECÁRIO, SE HOVER REGULAR INTIMAÇÃO DO CREDOR. NECESSIDADE, ENTRETANTO, PARA ISSO RECONHECER, SEJA OBSERVADO PROCEDIMENTO PRÓPRIO, ENSEJANDO MANIFESTAÇÃO DOS INTERESSADOS.<sup>128</sup>

#### (vi) Arrematação ou adjudicação

Há no rol do art. 1499 do Código Civil, por fim, a possibilidade de extinção da hipoteca por meio da arrematação do imóvel onerado por quem deu maior lance quando levado o bem à praça, ou adjudicação requerida pelo credor hipotecário (inciso VI).

Nestes casos verifica-se que o ônus real se extingue pelo praxeamento do imóvel gravado no executivo hipotecário, por razão da execução de um processo judicial, nas condições (i) de ter sido regularmente intimado o credor preferencial; (ii) o credor preferencial não ter exercido seu direito de adjudicação e; (iii) o adquirente ter recebido o imóvel livre e desimpedido. Viana<sup>129</sup> arremata a questão resumindo-a de maneira muito objetiva:

6º) pela arrematação ou adjudicação: a extinção se dará pelo executivo hipotecário,

<sup>127</sup> BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 166

<sup>128</sup> REsp 57.093/GO, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/1995, DJ 15/04/1996, p. 11524.

<sup>129</sup> VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, v. XVI: dos direitos reais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 856.

seja em outro processo, desde que o credor hipotecário, noticiado judicialmente da venda, não compareça para defender o seu direito.

Sendo assim, tem-se que a adjudicação é a forma preferencial de satisfação do direito do credor hipotecário e a arrematação e a aquisição do bem hipotecado, em praça, por um terceiro, de maneira que a importância advinda desta negociação é utilizada para pagamento do valor devido ao credor.

### **1.8. Cessão do crédito hipotecário**

O crédito hipotecário advém de uma relação contratual, que configura acordo de vontades entre duas ou mais pessoas para a constituição, regulação, transferência, conservação, modificação ou extinção de relação jurídica. Segundo comenta Inocêncio Galvão Telles<sup>130</sup>:

Nos contratos, cada contratante assume uma posição que, pelo menos nos bilaterais ou sinalagmáticos, apresenta-se com uma complexidade particular, constituída não apenas por deveres principais e acessórios, como também por créditos igualmente principais e acessórios, por direitos potestativos, estados de sujeição, ônus, expectativas jurídicas, exceções (meios de defesa).

Portanto, pelos ensinamos acima, conclui-se que posição contratual é o conjunto de elementos ativos e passivos, formando uma relação contratual entrelaçada.

Após a celebração de um contrato, uma das partes pode decidir sair da relação jurídica sem que seja necessária a resolução do contrato, se fazendo substituir por outra pessoa, até então estranha, que passa a ocupar a sua posição na relação. Quando isso ocorre, houve a cessão da posição contratual.

Na cessão, segundo Orlando Gomes<sup>131</sup>, há “*substituição de um dos contratantes por outra pessoa que passa a figurar na relação jurídica como se fora a parte de quem tomou lugar. É em suma a transferência negocial a um terceiro do conjunto de posições contratuais*”. Portanto, na cessão da posição contratual aparecem três partes: cedente, cessionário e o cedido.

---

<sup>130</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Direitos das obrigações*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p-18.

<sup>131</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2001 p-151.

A doutrina consultada diverge quanto à necessidade de participação do cedido na cessão. Acompanhado pela doutrina majoritária, Orlando Gomes<sup>132</sup> entende que é indispensável o consentimento do contratante cedido, considerando-se que a posição contratual é composta por um conjunto de elementos ativos e passivos.

Nesse contexto, o consentimento é prévio, quando já manifestado no instrumento jurídico que será objeto de cessão. Simultâneo, se as três partes participarem do instrumento de cessão e posterior, se ratificado em instrumento posterior, quando, então, a cessão se aperfeiçoa.

A cessão pode ser dar com ou sem liberação do cedente ou mediante endosso, permitida apenas nos documentos circuláveis, como os títulos de crédito. Em qualquer hipótese, na cessão da posição contratual, o cedente responde perante o cessionário pela existência e validade do contrato-base, embora não responda pela solvabilidade do cedido. Na cessão sem liberação do cedente, ele permanece responsável subsidiariamente pelo cumprimento do contrato pelo cessionário.

Embora a legislação brasileira não possua regras próprias para a cessão da posição contratual, ela é possível pela interpretação sistemática e conjunta dos artigos aplicáveis à cessão de crédito (artigos 286 a 298), assunção de dívida (artigos 299 a 303) e os seguintes artigos do Código Civil:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Como visto, a hipoteca tem um caráter de acessoriedade e, por si só, é um contrato unilateral, em que apenas uma das partes se obriga perante a outra.

---

<sup>132</sup> Conforme: GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2001 p-151.

Assim, nas conclusões de Paulo Henrique Gonçalves Pires<sup>133</sup>, não há como se falar em cessão da posição contratual o contrato de hipoteca, pela ausência de sinalagma. A transmissão autônoma propiciaria a possibilidade de práticas lesivas à ordem legal de preferência, abalando a segurança jurídica.

Mas como o contrato de hipoteca subsiste somente enquanto houver um contrato principal, que é de trato diferido ou sucessivo e bilateral, nele é perfeitamente possível a cessão da posição contratual, refletindo na acessória garantia hipotecária, recomendando-se que o cessionário faça a devida averbação da cessão no registro de imóveis, conforme artigo 289 do Código Civil.

Naturalmente, a ausência de referida averbação não atacará a validade e publicidade da garantia, que está atrelada à obrigação principal. A constituição remonta ao surgimento do direito real, o que não seria o caso da cessão, que figura mera averbação e, mais importante, manutenção da ordem de preferência.

### **1.9. Novação da obrigação principal e reflexos na hipoteca**

Por conta do princípio da acessoriedade, na hipótese de extinção da obrigação principal, a garantia outorgada extingue-se como decorrência lógico-jurídica.

Segundo o artigo 360 do Código Civil, 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.

A novação produz o mesmo efeito do pagamento. Novação é a criação de obrigação nova, para extinguir uma anterior. De uma forma mais ampla, novação é a conversão de uma dívida em outra, para extinguir a primeira, quer pela mudança do objeto da prestação, qualificada de novação objetiva, quer pela substituição do

---

<sup>133</sup> Conforme: PIRES, Paulo Henrique Gonçalves. *Transferência de posição contratual e a garantia hipotecária*. Revista de Direito Imobiliário 69/151.

credor ou do devedor por terceiros, qualificada de novação subjetiva.

A conclusão lógica seria de que, com a novação, a hipoteca se extinguiria, devendo ser renovada, perdendo a preferência em relação às outorgas posteriores, sobre o mesmo bem.

Ocorre que o próprio Código Civil permite que, em caso de novação, as garantias sejam ressalvadas, para fins de garantir a dívida novada, observadas as ressalvas e requisitos dos artigos 364 e 365 do Código Civil:

Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressaltar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

Art. 365. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.

Novada a dívida principal e ressalvada a hipoteca, nos parece que o direito de preferência do credor e o número de ordem de registro relativo à hipoteca fica mantido.

Estabelece o referido art. 364, na segunda parte, que *"não aproveitam, contudo, ao credor ressaltar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação"*. Isto porque, uma vez extinto o vínculo originário, desaparecerão as garantias que o asseguravam, as quais, por sua vez, só renascerão por vontade de quem as prestou.

## - CAPÍTULO 02 -

### A HIPOTECA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

#### 2.1. Importância da hipoteca na economia e no direito bancário

A correlação entre crédito e o desenvolvimento do Produto Interno Bruto (PIB) é representativa. Segundo Jairo Saddi<sup>134</sup>, citando Levine e Zervos, estruturas que permitem maior financiamento à economia provocam maior PIB e, como decorrência, maior bem estar para a população. O crédito possibilita investimento que catalisa o desenvolvimento, possibilita que indivíduos saiam da linha da miséria e proporciona bem estar social.

Paralelamente à concessão de crédito, para a solidez de uma economia, é importante o papel do Direito e a garantia de que os contratos, sejam eles de concessão de crédito puro, ou negócios jurídicos específicos, sejam cumpridos ou que possam ser eficazmente executados (*enforcement*), aumentando o fator confiança e, por consequência, diminuindo o fator risco.

Analisando a história do crédito no Brasil, desde a fundação do Banco do Brasil em 1808 e sua falência em 1821, passando pela obra bancária do Visconde de Mauá e pelo Governo Vargas, quando ainda era caro e escasso, pode-se afirmar que o crédito foi objetivamente democratizado a partir de 1964, com a criação do Banco Central, que, nas palavras de Jairo Saddi<sup>135</sup>, “*estabeleceu novas bases para a disciplina monetária e creditícia, apresentando uma estrutura mais moderna e sofisticada*”.

No intuito de delimitar algumas normas e modernizar o Sistema Financeiro Nacional, o Governo promulgou leis específicas, conhecidas como a Reforma Bancária de 1964 (Lei nº 4.595/64) e a Reforma de Mercado de Capitais

---

<sup>134</sup> Conforme: SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p-22.

<sup>135</sup> SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p-56.

(Lei nº 4.728/65).

Com base nessa legislação, os Bancos atuavam em operações de curto prazo, e para demais operações, seriam utilizadas empresas de crédito, financiamento e investimento, bem como os bancos de investimento e as associações de poupança e empréstimo.

Entre 1980 e 1990, o Brasil é marcado por crises bancárias. Portanto, pode-se dizer que o acesso ao crédito no Brasil é matéria absolutamente contemporânea. Nesse aspecto, exercem importante papel os bancos e as empresas que concedem linhas de crédito a parceiros comerciais, na cadeia de negócio que estejam inseridas.

Luis Carlos Bellini Junior<sup>136</sup> comenta que:

Em uma série de atores internos e externos, dos quais podemos citar o processo de globalização, a abertura econômica, o Plano Real e a adesão do Brasil aos Acordos de Basileia, verificamos um processo de saneamento, privatização e fusão de instituições bancárias que iniciou uma revolução nos métodos e práticas adotadas por nossos bancos, sempre em busca de uma melhor agilidade na prestação de serviços, com maior rentabilidade e segurança, promovendo, sem dúvida, uma modernização contínua em nosso sistema financeiro.

Dentro da economia moderna dos dias atuais, está cristalina a importância da concessão de crédito seja pelas instituições financeiras, seja pelas grandes empresas atuantes no mercado. As operações mercantis na economia moderna giram em velocidade extraordinária, tornando-se cada vez mais necessária a circulação ágil, eficiente e segura de riquezas.

Arnaldo Rizzardo<sup>137</sup> começa sua obra sobre Contratos de Crédito Bancário afirmando que: *“Basicamente, grande parte das atividades produtivas depende do crédito. O progresso e a expansão do comércio e da indústria são movidos pelos empréstimos, que munem os mais variados setores da economia de meios para alcançar os objetivos a que se destinam”*.

---

<sup>136</sup> SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p-56.

<sup>137</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 4ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p-15.

Nelson Luiz Machado Lamego<sup>138</sup>, explica que:

De acordo com os princípios de boa prática bancária, as operações de crédito devem ser precedidas de cuidadosa análise que tem por escopo a avaliação técnica da probabilidade de adimplemento a obrigação pelo pretense tomador, bem como, a averiguação de garantias que sejam suficientes para assegurar a adimplência do crédito eventualmente concedido. Assim, um dos aspectos relevantes na formatação das operações de crédito é, sem dúvida, a adequação da garantia que se prestará a assegurar seu adimplemento.

Neste contexto, as garantias ao crédito ganham importante papel. Significam, pois, segurança, estabilidade. A garantia é um ativo que é colocado à disposição do credor para a satisfação do crédito. Jairo Saddi<sup>139</sup>, citando Robert Rassussen, menciona que dar garantia é comprometer-se com uma obrigação que não pode ser revertida por meio da vontade de quem se comprometeu.

Sendo simplista, qualquer operação de crédito deve estar lastreada na confiança individual do devedor. É preciso que o devedor seja acionado e então compulsoriamente executado em seus bens. Ao mitigar o risco, o sistema de garantias encurta essa distância e reduz o custo das transações e o preço do crédito, materializado em juros e encargos contratuais.

Notamos, principalmente durante a atual crise econômica mundial, que o Brasil tem uma estrutura bancária forte, permitindo concluir que o nosso país foi um dos países menos afetados pela referida crise. Porém, para ratificar a qualidade de nosso sistema, é preciso haver mecanismos jurídicos fortes e eficientes para a rápida recuperação de créditos dos inadimplentes.

Quanto ao risco de crédito, parece evidente que o papel das garantias é proteger o credor. O tipo de garantia outorgada também é parte da precificação do crédito.

Existem, pois, as garantias pessoais, que são o aval e a fiança e as

---

<sup>138</sup> LAMEGO, Nelson Luiz Machado. Recuperação de crédito: evitando a excussão judicial de garantias. Revista dos Tribunais 891/9.

<sup>139</sup> Conforme: SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

garantias reais, que vinculam bens em específico, dentre as quais, a hipoteca. À exceção dos grandes tomadores de crédito, como por exemplo, as multinacionais, o aval e a fiança tem perdido força como principal forma de garantia.

Aramy Dornelles da Luz<sup>140</sup> menciona que a hipoteca é considerada a mais nobre das garantias reais, justamente por servir-lhe de objeto os bens de maior significado econômico, ensejando a constituição de uma garantia sólida, daí sua relevância na economia nacional e no direito bancário.

## 2.2. Hipoteca e os títulos de crédito

Rubens Requião<sup>141</sup>, citando a célebre definição de Vivante, qualifica o título de crédito como o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado, que inspirou a redação do artigo 887 do Código Civil:

Art. 887. O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

Segundo Gladson Mamade<sup>142</sup> *“Em sua origem latina, a palavra titulus traduz-se por inscrição, como a que se coloca na capa de um livro, no pescoço de um escravo condenado (...) dá identidade ou adjetivação à coisa, ao fato ou à pessoa. O titular, via de consequência, é o beneficiário de um título, ou seja, de uma inscrição”*.

Os títulos de crédito têm circulabilidade, sendo transferível por mero endosso. Essa capacidade da riqueza circular no mercado, de dívida poderem ser pagas, tornam os títulos de crédito um facilitador das operações comerciais no seu dia-a-dia.

O crescimento da utilização de títulos de crédito obriga a movimentação

---

<sup>140</sup> Conforme: LUZ, Aramy Dornelles da. Negócios Jurídicos Bancários. O banco múltiplo e seus contratos. 3ª edição, Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 348.

<sup>141</sup> REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, 2º volume, Editora Saraiva, 23ª edição, 2003, p.359.

<sup>142</sup> MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito*. São Paulo. Editora Atlas, 2002, p. 29.

de muitos documentos físicos, o que sugeriria seu desuso. Porém, como reação à dificuldade operacional, para movimentação desse volume de documentos, inicia-se a circulação dos títulos por meio de ambientes eletrônicos, com transmissão e arquivamento por via digital.

Nesse aspecto, cite-se Adriana Valéria Pugliesi Gardino<sup>143</sup>:

Ousamos, assim, afirmar que as mudanças necessárias à implementação do uso do documento eletrônico são mais de ordem pragmática do que jurídica. Uma vez que a tecnologia viabilize – e parece que já o fez ou está em vias de fazê-lo – os meios de registrar (mediante uso seguro do sistema de criptografia) o teor do documento e sua respectiva autoria (por assinatura digital), viabilizando a função circulatória do título, estes continuarão a ter via útil, eis que perfeitamente adaptados aos novos padrões de paradigma econômico da sociedade moderna informatizada.

Portanto, os títulos de crédito e as garantias das operações de crédito são de suma importância para a economia e para a continuidade do desenvolvimento econômico que se experimenta atualmente. A conjugação do título de crédito com a garantia hipotecária, ou, a chamada hipoteca cedular, é matéria contemporânea e merece especial análise.

#### **(i) Hipoteca cedular**

Genericamente, a hipoteca cedular é constituída por título de crédito próprio, com ônus real, sempre nominativo mais transferível por endosso e emitido pelo credor, conforme artigo 1.486 do Código Civil:

Art. 1.486. Podem o credor e o devedor, no ato constitutivo da hipoteca, autorizar a emissão da correspondente cédula hipotecária, na forma e para os fins previstos em lei especial.

Sendo emitida pelo credor com a devida outorga uxória ou marital, a cédula pode ser transferida por endosso em preto lançado no seu verso, subrogando-se o beneficiário em todos os direitos do endossante.

---

<sup>143</sup> GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. *Títulos de crédito eletrônicos: noções gerais e aspectos processuais*. In *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil* (análise dos artigos 887 a 903). São Paulo: Walmar, 2004, p.22.

Naturalmente, por conta do endosso, o devedor deverá ser notificado judicialmente ou por carta registrada, ou mesmo anuir expressamente, caso contrário o emitente e endossante ficam solidariamente responsáveis pela liquidação do crédito.

Todas as cédulas existentes no nosso ordenamento são reguladas por legislação especial, parte delas permitindo a constituição de garantias reais atreladas, que circulam junto com a cédula.

Essas cédulas são criadas em setores especiais de nossa economia, como fomento e incentivo à circulação de riquezas, focados em um setor específico, normalmente com o financiamento concedido por instituições financeiras.

Assim, a cédula hipotecária é um título de crédito que representa um financiamento, normalmente bancário, lastreado em garantia real sobre determinado imóvel. Quando a operação de financiamento vier a ser formalizada por meio de cédula de crédito, na mesma cédula que contém as condições do financiamento, é constituída a hipoteca sobre um ou mais imóveis, como garantia do pagamento da dívida. A cédula deve ser levada ao registro no Cartório de Imóveis, seguindo o princípio da publicidade.

Uma grande vantagem das cédulas é o valor dos emolumentos de registro da garantia hipotecária cedular, bastante inferior ao emolumento para confecção e registro da escritura pública de hipoteca.

A cédula hipotecária deve conter o nome, a qualificação e endereço do credor e do devedor, o valor do crédito, a indicação do número, data, livro e folha da inscrição da hipoteca e averbação da própria cédula, individualização do imóvel gravado, data da emissão, vencimento e local de pagamento.

Maria Helena Diniz<sup>144</sup> recomenda ainda, para maior segurança dos cessionários em caso de endosso, sua autenticação pelo registro imobiliário e

---

<sup>144</sup> Conforme: DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 6ª edição, 2006, Editora Saraiva, volume 5, p. 241.

averbação à margem da inscrição da hipoteca integrante, não sendo permitida se houver prenotação ou inscrição de outro ônus real, ação, penhora ou cédula anterior.

Nesse sentido, merecem destaque a Cédula Hipotecária Habitacional destinada ao financiamento do Sistema Financeiro de Habitação, as Cédulas de Crédito Industrial, as Cédulas Rural Hipotecária e a Cédula de Produto Rural.

A Cédula Hipotecária Habitacional é emitida como forma de garantia do mútuo concedido ao abrigo do Sistema Financeiro de Habitação, pelo qual o mesmo imóvel adquirido fica hipotecado ao agente financeiro, até o adimplemento total da dívida. Para ter eficácia real, basta o mero registro no livro 2 do Cartório de Registro de Imóveis, do contrato particular, como ensina Arnando Rizzardo<sup>145</sup>.

A Cédula Rural Hipotecária é regulada pelos artigos 20 a 24 do Decreto-Lei nº 167/67, que trata dos instrumentos de crédito rural. É hipoteca convencional, instrumentalizada por cédula. É uma espécie de contrato de financiamento rural e só pode ser emitida pelos órgãos do Sistema Nacional de Crédito Rural, indicados na Lei nº 4.829/65, que prevê no seu artigo 8º quais tipos de operações podem ser lastreadas pela referida cédula:

Art. 8º O crédito rural restringe-se ao campo específico do financiamento das atividades rurais e adotará, basicamente, as modalidades de operações indicadas nesta Lei, para suprir as necessidades financeiras do custeio e da comercialização da produção própria, como também as de capital para investimentos e industrialização de produtos agropecuários, quando efetuada por cooperativas ou pelo produtor na sua propriedade rural.

A Cédula de Crédito Industrial é formalizada segundo as normas do Código Civil e regras do Decreto-Lei nº 413/69. Na garantia cedular hipotecária são incorporadas as instalações industriais e construções adquiridas por meio do financiamento realizado necessariamente por uma instituição financeira, pública ou privada.

---

<sup>145</sup> Conforme: RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 4ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.180.

Já a Cédula de Produto Rural, instituída pela Lei nº 8.929/1994, é representativa de promessa de entrega de produtos rurais, com ou sem garantia cedular constituída, podendo ser emitida pelo produtor rural e suas associações, inclusive cooperativas, seja em operações de financiamento, com instituições financeiras, seja com negócios atrelados a empresas do setor do agronegócio.

A Cédula de Produto Rural pode conter garantias cedulares, dentre elas a hipoteca de imóveis rurais e urbanos. A descrição dos bens vinculados em garantia pode ser feita em documento à parte, assinado pelo emitente, fazendo-se, na cédula, menção a essa circunstância. A descrição do bem será feita de modo simplificado e, quando for o caso, este será identificado pela sua numeração própria, e pelos números de registro ou matrícula no registro oficial competente, dispensada, no caso de imóveis, a indicação das respectivas confrontações.

A Cédula de Produto Rural, para ter eficácia contra terceiros, inscreve-se no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do emitente, em livro próprio. Em caso de hipoteca, a Cédula de Produto Rural deverá também ser averbada na matrícula do imóvel hipotecado.

Uma grande vantagem da Cédula de Produto Rural é a desnecessidade de adiantamento financeiro quando da sua emissão, especialmente atrelada às operações de compra e venda de safra futura, com empresas do setor do agronegócio, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SOJA. EMISSÃO DE CÉDULA DE PRODUTO RURAL (CPR). DESNECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DO PREÇO PELO PRODUTO. NECESSIDADE DE SE DÁR AO TÍTULO SUA MÁXIMA UTILIZAÇÃO.

1. A Lei 8.929/94 não impõe, como requisito essencial para a emissão de uma Cédula de Produto Rural, o prévio pagamento pela aquisição dos produtos nela representados.
2. A emissão da CPR pode se dar para financiamento da safra, com o pagamento antecipado do preço, mas também pode ocorrer numa operação de hedge, na qual o agricultor, independentemente do recebimento antecipado do pagamento, pretende apenas se proteger contra os riscos de flutuação de preços no mercado futuro.
3. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.<sup>146</sup>

---

<sup>146</sup> AREsp 2.259/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2011,

Pelo exposto, o título de crédito com hipoteca é um importante instrumento que propicia a circulação de riquezas, dada a sua capacidade de circulação, e fomento e financiamento de setores chaves da economia. Atrelou-se o instrumento jurídico mais eficiente – o título de crédito - a garantia mais segura – a hipoteca, como um casamento duradouro e promissor, muito utilizado pelas instituições financeiras e empresas do setor do agronegócio e *tradings*.

### **2.3. Na insolvência, na falência, no concurso de credores e na concorrência com o crédito de quota condominial**

O artigo 1.476 do Código Civil admite a constituição de mais de uma hipoteca sobre o mesmo imóvel. A situação é normal, especialmente quando o valor do imóvel supera o valor da dívida.

De acordo com o princípio da prioridade, o primeiro credor hipotecário terá preferência, independentemente ao vencimento da dívida, que não se confundem com as hipotecas, na melhor interpretação do artigo 1.477 do Código Civil.

O credor da segunda hipoteca, também chamado de credor de segundo grau, não pode executar sua garantia antes do vencimento da primeira, salvo no caso de decretação de insolvência, requerida pelos credores.

Nas palavras de Venosa<sup>147</sup>, não se nega ao segundo credor o direito de executar sua dívida vencida, embora pendentes de vencimento a dívida do primeiro gravame. Na realização do preço, quando da alienação judicial, dar-se-á preferência ao primeiro credor hipotecário, conforme sistema previsto no artigo 1.501 do Código Civil.

Art. 1.501. Não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução.

---

DJe 30/05/2011

<sup>147</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo, Editora Atlas, 2006, p.571.

Como meio de fortalecer seu direito, a lei permite ao segundo credor hipotecário efetuar a remição do bem, subrogando-se no direito do primeiro credor. Isso é vantajoso, pois concede ao segundo credor melhores condições de negociar com o devedor, eliminando o primeiro credor da relação jurídica.

Portanto, se a regra geral é de que o credor subipotecário não pode executar a subhipoteca enquanto não vencida a hipoteca anterior, por outro lado, como já mencionados, essa regra é excepcionada no caso de insolvência do devedor comum<sup>148</sup>.

A insolvência é a situação na qual as dívidas do devedor excedem a importância de seus bens, gerando o desequilíbrio patrimonial, conforme artigo 955 do Código Civil: *“procede-se à declaração de insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor”*.

A insolvência, assim como em qualquer concurso de credores, faz vencer antecipadamente todas as obrigações do devedor, conforme regra do artigo 333, I do Código Civil:

Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores; (...)

Especificamente com relação às dívidas garantidas por hipoteca, o artigo 1.425 do Código Civil prevê o vencimento antecipado em caso de insolvência ou falência do devedor:

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:

(...)

II - se o devedor cair em insolvência ou falir;

(...)

Já o Código de Processo Civil é mais detalhista ainda prevendo que:

---

<sup>148</sup> Conforme: ROMITTI, Mário Müller e DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao código civil brasileiro*, volume XIII: do direito das coisas; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 578.

Art. 751. A declaração de insolvência do devedor produz:

- I - o vencimento antecipado das suas dívidas;
- II - a arrecadação de todos os seus bens suscetíveis de penhora, quer os atuais, quer os adquiridos no curso do processo;
- III - a execução por concurso universal dos seus credores.

Romitti<sup>149</sup> explica que, havendo execução em curso contra o devedor e por ocasião da penhora não sejam encontrados bens suficientes ao pagamento, tal fato já é suficiente para a presunção de insolvência. Caso contrário, as dificuldades do credor seriam imensas para obter a declaração de insolvência do devedor.

Essa declaração de insolvência comporta uma nuance especial, pois se aplica somente ao credor quirografário e não ao subipotecário, para quem já está reservado o patrimônio e quem se presume que aceitou a garantia em segundo lugar, porque verificou que tal imóvel, presumivelmente, é suficiente para o pagamento de ambas as obrigações. Espera-se esse comportamento diligente do credor.

De qualquer forma, uma vez declarada a insolvência do devedor, as dívidas se vencem antecipadamente, permitindo qualquer credor e execução imediata, seja quirografário, ou não, seguindo as seguintes regras do Código Civil:

Art. 958. Os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais.

Art. 959. Conservam seus respectivos direitos os credores, hipotecários ou privilegiados:

- I - sobre o preço do seguro da coisa gravada com hipoteca ou privilégio, ou sobre a indenização devida, havendo responsável pela perda ou danificação da coisa;
- II - sobre o valor da indenização, se a coisa obrigada a hipoteca ou privilégio for desapropriada.

Art. 961. O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral.

Art. 962. Quando concorrerem aos mesmos bens, e por título igual, dois ou mais credores da mesma classe especialmente privilegiados, haverá entre eles rateio

---

<sup>149</sup> Conforme: ROMITTI, Mário Müller e DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao código civil brasileiro*, volume XIII: do direito das coisas; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 580/581.

proporcional ao valor dos respectivos créditos, se o produto não bastar para o pagamento integral de todos.

Art. 963. O privilégio especial só compreende os bens sujeitos, por expressa disposição de lei, ao pagamento do crédito que ele favorece; e o geral, todos os bens não sujeitos a crédito real nem a privilégio especial.

Decretada a falência da pessoa jurídica, os bens do devedor, com ou sem garantia real, são todos arrecadados para pagamento dos credores, segundo a ordem de classificação dos créditos.

Com o advento da Lei nº 11.101/05, que dispões sobre a falência e recuperação judicial, a referida ordem da classificação alterou-se: os credores por acidente de trabalho passaram a ser equiparados aos credores trabalhistas, como os primeiros preferenciais na ordem de pagamento, limitado a 150 salários mínimos por credor. Destaque-se que os representantes comerciais são equiparados aos empregados, para fins de preferência. O crédito com garantia real vem em seguida e antes dos créditos fiscais.

O pagamento dos credores é feito por classes, conforme é satisfeita integralmente a classe preferencial, observada, naturalmente, a referida limitação de 150 salários mínimos. Essa situação, por consequência, pode atingir a garantia real, caso o devedor não tenha outros bens suficientes para arcar com os encargos trabalhistas.

Situação semelhante ocorre no concurso especial de credores: havendo créditos de natureza trabalhista e o devedor não possuindo patrimônio, o bem hipotecado poderá ser penhorado pelos credores trabalhistas, que terão preferência na excussão da garantia.

Somos da opinião de que referida regra precisa ser revista, por ser comumente utilizada como forma de fraude contra a garantia hipotecária.

Por fim, como exceção à preferência do crédito hipotecário, destaque-se a recente edição da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, de nº 478, que previu que na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o

hipotecário, de forma a preservar a unidade condominial.

O dever de pagar as cotas condominiais decorre de uma obrigação real – *propter rem* – que acompanha o imóvel, de forma que é dever jurídico que emerge da circunstância de a pessoa ser titular de um crédito real. Em ocorrendo a transferência do domínio do imóvel, transfere-se ao seu novo titular a obrigação real.

Segundo a jurisprudência<sup>150</sup> *“ao adquirente do imóvel, ainda que a aquisição tenha se operado judicialmente, via adjudicação pelo credor hipotecário, que cabe o dever de satisfazer as cotas condominiais em atraso. A satisfação de tal obrigação será acometida ao credor hipotecário se, ao invés de adjudicar o imóvel garantidor em execução proposta por terceiro, ele próprio viesse a haver o seu domínio por execução de dívida hipotecária”*.

Ainda seguindo essa linha de raciocínio, o crédito condominial prefere ao crédito hipotecário, conforme tem entendido o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 711 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

O comando inserido no artigo 711 do Código de Processo Civil não constitui regra absoluta, na medida em que o crédito condominial prefere, inclusive, ao hipotecário, pois, em havendo o perecimento da unidade condominial, de nada adiantará a garantia. Recurso não provido”<sup>151</sup>

“CIVIL. CRÉDITO DO CONDOMÍNIO POR CONTA DE QUOTAS NÃO PAGAS.PREFERÊNCIA SOBRE O CRÉDITO HIPOTECÁRIO.

As quotas de condomínio dizem respeito à conservação do imóvel, sendo indispensáveis à integridade do próprio crédito hipotecário, inevitavelmente depreciado se a garantia perder parte do seu valor; pagamento preferencial, nesse contexto, das quotas de condomínio. Recurso especial não conhecido.<sup>152</sup>

<sup>150</sup> Apelação Cível 194134052 – 6ª Câmara Cível – Rel. Moacir Adiers – TARGS

<sup>151</sup> REsp 315963/RJ, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Sexta Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 333

<sup>152</sup> REsp 208896/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Terceira Turma, julgado em 07/11/2002, DJ 19/12/2002, p. 361

## **2.4. A hipoteca do imóvel adquirido pelo consumidor como garantia do financiamento do construtor – Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça**

No Brasil, a hipoteca vem sendo comumente utilizada como método de fomento aos projetos de incorporação imobiliária. Assim, a hipoteca era decorrente de um contrato de financiamento celebrado entre a incorporadora e instituição financeira, sendo dado em garantia o próprio terreno onde era erguido o empreendimento imobiliário, ou suas unidades<sup>153</sup>. Pagada a dívida da incorporadora com a instituição financeira, a garantia era liberada.

Portanto, era muito comum que o comprador de um imóvel nem mesmo tomasse conhecimento que seu imóvel estava hipotecado, a luz do atual artigo 1.474 do Código Civil, que tem redação e conteúdo igual ao antigo artigo 811 do Código Civil de 1916.

Art. 1.474. A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel.

Muitas vezes, o imóvel era adquirido antes mesmo de abertas as matrículas das unidades autônomas ou lotes, por meio de mero compromisso de compra e venda.

Quando a incorporadora não pagava o financiamento do imóvel, a instituição financeira fazia valer sua garantia hipotecária, mediante execução. Inadimplida a obrigação da incorporadora, era então realizada a penhora sobre as unidades autônomas devidamente quitadas, pela conversão da hipoteca.

Por conta do fato exposto, foram instaurados diversos litígios envolvendo confrontos de credores hipotecários e compromissários de venda e compra sobre um mesmo imóvel, no qual se debatia qual direito deveria preponderar e como ficaria a proteção do direito do compromissário comprador da unidade autônoma

---

<sup>153</sup> MARQUES, José de Samuel, MARQUES, Luiz Henrique de Oliveira e MARQUES, Beatriz Pereira de Samuel in *Os Rumos da Hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça*. Revista de Direito Imobiliário 63/11 p. 2 de 25.

quitada.

A jurisprudência é clara no sentido de conceder a eficácia do direito àquele que levou seu título ao registro, dando-lhe efeito *erga omnes*. Neste sentido, Arruda Alvim<sup>154</sup> cita o doutrinador espanhol José Maria Chico Y Ortiz, quem ensina que *“um direito pessoal não é a mesma coisa que um direito real, para finalizar conclusivamente que o princípio absoluto, nesta temática, é de que o direito não inscrito é inoponível ao inscrito e, por isso mesmo, impõe-se a preferência do direito inscrito ou registrado sobre o não registrado”*.

Por essa razão, por exemplo, não se deve extrair da Súmula 84<sup>155</sup> do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que direitos pessoais podem preponderar sobre direitos reais legitimamente constituídos, estando a tese em consonância com o teor do artigo 961 do Código Civil:

Art. 961. O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral.

Porém, a jurisprudência foi construindo e aplicando uma tese mais protecionista aos terceiros adquirentes, conforme se verá.

Para alguns estudiosos<sup>156</sup>, seria indispensável para a existência da garantia a precedência de matrícula da unidade autônoma, impondo-se a nova instituição individual de garantia sobre cada unidade, após o término da construção, o que protegeria o direito do compromissário comprador da unidade autônoma quitada.

Em 1999, o Superior Tribunal de Justiça<sup>157</sup> proferiu acórdão prevendo que

<sup>154</sup> ORTIZ, José Maria, apud Arruda Alvim, *Contratos, Direitos Reais, Pessoas Jurídicas de Direito Privado e Responsabilidades*, 2002, volume 1, Editora Revista dos Tribunais, p.178.

<sup>155</sup> *“É admissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação de posse, advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”*

<sup>156</sup> Conforme: MOELLER, Oscarlino. *Direito do compromissário comprador de unidade autônoma quitada em face de penhora decorrente de ação de execução de hipoteca incidente sobre a unidade, lavrada por incorporador ou construtor em confronto com sua posse definitiva (adaptado ao Novo Código Civil)*. Artigos de Doutrina de Autoria dos Juízes, da CEPES – Centro de Estudos e Pesquisas do Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Editora Juarez de Oliveira, 2003. p 83-97.

<sup>157</sup> RESp 187.940/SP, citado no julgamento do RESp 205.607/SP, 4ª Turma, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, D.J 01.07.1999.

as regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro de habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora.

Este acórdão é criticável, pois vai de encontro com o conceito de que a hipoteca registrada gera efeito *erga omnes*, embora, genericamente, atenda ao princípio da boa-fé e função social do contrato.

Ensina a família MARQUES<sup>158</sup> que *“Visando amenizar os males decorrentes da rigidez excessiva ocasionada pela então vigente indivisibilidade da hipoteca, a jurisprudência veio progredindo no sentido de proteger o adquirente pontual, de boa-fé, prejudicado pela impossibilidade de liberar sua unidade”*.

Na toada do acórdão acima, foi editada a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê que *“a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de venda e compra, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”*.

Somos da opinião que a Súmula 308 acaba por agredir os princípios inerentes à hipoteca e por trazer insegurança aos agentes financeiros, o que certamente acaba por refletir no custo da transação e, por consequência, na taxa de juros a ser cobrada nessa espécie de operação dos mesmos terceiros que a Súmula visa proteger, desequilibrando o mercado.

A legislação exige que do compromisso de compra e venda da unidade autônoma ou lote conste a existência da hipoteca, sendo lamentável que os promitentes compradores não leiam o contrato ou não busquem informações sobre gravames sobre o bem que está sendo adquirido.

---

<sup>158</sup> MARQUES, José de Samuel, MARQUES, Luiz Henrique de Oliveira e MARQUES, Beatriz Pereira de Samuel in *Os Rumos da Hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça*. Revista de Direito Imobiliário 63/11 p. 14 de 25.

Nesse mesmo sentido, como mais uma proteção que afastaria a necessidade da proteção da Súmula 308, o artigo 292 da Lei de Registros Públicos estabelece que é vedado aos Tabeliães e aos Oficiais de Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade, lavrar ou registrar escritura ou escritos particulares autorizados por lei, que tenham por objeto imóvel hipotecado a entidade do Sistema Financeiro da Habitação, ou direitos a eles relativos, sem que deles conste, expressamente, a menção ao ônus real e ao credor, bem como a comunicação ao credor, necessariamente feita pelo alienante, com antecedência de, no mínimo 30 (trinta) dias.

O Código Civil de 2002 trouxe então uma solução parcial e salomônica para a questão, com a redação do artigo 1.488:

Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.

Pela lei, agora se permite o fracionamento da hipoteca que recai sobre o empreendimento, passando ela a gravar cada lote ou unidade autônoma de modo independente, sendo que, feita a divisão e oneração de modo proporcional, fica obedecida a relação entre o seu valor e o crédito garantido por hipoteca.

Se o adquirente pagar integralmente a sua unidade autônoma, ele pode pleitear a liberação de sua unidade. Ainda assim, os princípios milenares da hipoteca são infringidos com essa liberação da garantia: essas decisões de caráter social pontual acabam gerando problemas sociais maiores, decorrentes da insegurança ao credor, e desaparecimento das ferramentas de financiamento, já tão escassas.

A edição da Súmula 308 traz alusão aos artigos 22 e 23 da Lei nº 4.864/65, que parecem ter sido a pedra de toque na sua aprovação, *verbis*:

Art. 22. Os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos

contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado.

§ 1º Nas aberturas de crédito garantidas pela caução referida neste artigo, vencido o contrato por inadimplemento da empresa financiada, o credor terá o direito de, independentemente de qualquer procedimento judicial e com preferência sobre todos os demais credores da empresa financiada, haver os créditos caucionados diretamente dos adquirentes das unidades habitacionais, até a final liquidação do crédito garantido.

§ 2º Na cessão parcial referida neste artigo, o credor é titular dos direitos cedidos na percentagem prevista no contrato, podendo, mediante comunicações ao adquirente da unidade habitacional, exigir, diretamente, o pagamento em cada prestação da sua percentagem nos direitos cedidos.

Art. 23. Na cessão fiduciária em garantia referida no art. 22, o credor é titular fiduciário dos direitos cedidos até a liquidação da dívida garantida, continuando o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades de depositário.

§ 1º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o credor fiduciário poderá, mediante comunicação aos adquirentes das unidades habitacionais, passar a exercer diretamente todos os direitos decorrentes dos créditos cedidos, aplicando as importâncias recebidas no pagamento do seu crédito e nas despesas decorrentes da cobrança, e entregando ao devedor o saldo porventura apurado.

§ 2º Se a importância recebida na realização dos direitos cedidos não bastar para pagar o crédito do credor fiduciário, bem como as despesas referidas no parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo remanescente.

§ 3º É nula a cláusula que autoriza o cessionário fiduciário a ficar com os direitos cedidos em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.

§ 4º A cessão fiduciária em garantia somente valerá contra terceiros depois que o seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, for arquivado por cópia no Registro de Títulos e Documentos.

Não parece razoável querer colocar na mesma moldura da legislação acima todos os casos, inclusive aqueles em que a hipoteca foi constituída e registrada antes da alienação ao terceiro adquirente, independentemente de haver a configuração, ou não, de relação de consumo ao negócio jurídico. Portanto, nesses casos, entendemos que a Súmula 308 não deveria se aplicar, em respeito ao teor do artigo 1.419 do Código Civil:

Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

A despeito de discordamos da tese, a jurisprudência tem se consolidado

no sentido de afastar as regras rígidas da hipoteca aos imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação e, portanto, declarando ineficaz a hipoteca em relação ao consumidor que adquira licitamente o imóvel da incorporadora, mormente quando quita o preço, de forma que a dívida da incorporadora não pode ser cobrada do consumidor pela instituição financeira, conforme jurisprudência:

CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. HIPOTECA INCIDENTE SOBRE UNIDADES AUTÔNOMAS. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO PELO PROMITENTE COMPRADOR. CONSTRUTORA QUE NÃO HONROU SEUS COMPROMISSOS PERANTE O BANCO FINANCIADOR DO EMPREENDIMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA.

I. O adquirente de unidade habitacional pelo S.F.H. somente é responsável pelo pagamento integral da dívida relativa ao imóvel que adquiriu, não podendo sofrer constrição patrimonial em razão do inadimplemento da empresa construtora perante o banco financiador do empreendimento, posto que, após celebrada a promessa de compra e venda, a garantia passa a incidir sobre os direitos decorrentes do respectivo contrato individualizado, nos termos do art. 22 da Lei n. 4.864/65.

II. Precedentes do STJ.

III. Recurso especial não conhecido.<sup>159</sup>

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. HIPOTECA QUE GARANTE DÍVIDA DO CONSTRUTOR E QUE, EM TESE, PODE SER EXIGIDA POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CONTRA O COMPROMITENTE ADQUIRENTE. SÚMULA, 308/STJ. AÇÃO DECLARATÓRIA. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DE HIPOTECA. POSSIBILIDADE DO PEDIDO. EXISTÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR.

- Não se reconhece violação ao art. 535 do CPC quando ausentes omissão, contradição ou obscuridade no acórdão.

- Nos termos da Súmula 308, STJ, a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Não há que se falar, portanto, em impossibilidade de vir a obter judicialmente provimento com tal conteúdo.

- O pedido formulado não se refere à desconstituição da hipoteca, mas apenas ao reconhecimento, através de provimento declaratório, de que a hipoteca não se apresenta exigível em relação aos autores, havendo claro interesse processual. Precedentes.

Recurso especial provido.<sup>160</sup>

<sup>159</sup> REsp 415667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2003, DJ 07/04/2003, p. 293.

<sup>160</sup> REsp 684.958/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJe 15/04/2008.

## 2.5. Hipoteca de imóveis rurais e o georeferenciamento

Segundo o artigo 167, I, item 2 da Lei de Registros Públicos, no registro de imóveis serão feitos o registro das hipotecas legais, convencionais e legais. O artigo 176 da mesma lei, por sua vez, prevê que o Livro 2 é destinado à matrícula dos imóveis e ao registro e averbação dos atos relacionados no artigo 167, dentro os quais estão o registro das hipotecas.

A alínea a, do item 3, do inciso II, do §1º do artigo 176, ao estabelecer as regras de escrituração do Livro 2, estabelece que são requisitos da matrícula a identificação do imóvel rural, com indicação do código do imóvel, os dados constantes do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural, a denominação, suas características, confrontações, localizações e área.

Pelo teor do §1º do artigo 22 da Lei nº 4.947/66, sem apresentação do Certificado de Cadastro, não poderão os proprietários, sob pena de nulidade, desmembrar, arrendar, hipotecar, vender ou prometer em venda imóveis rurais. Observe a redação do §§1º e 3º da referida Lei:

Artigo 22 (...)

§ 1º - Sem apresentação do Certificado de Cadastro, não poderão os proprietários, a partir da data a que se refere este artigo, sob pena de nulidade, desmembrar, arrendar, hipotecar, vender ou prometer em venda imóveis rurais. (...)

§ 3º A apresentação do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR, exigida no *caput* deste artigo e nos §§ 1º e 2º, far-se-á, sempre, acompanhada da prova de quitação do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, correspondente aos últimos cinco exercícios, ressalvados os casos de inexigibilidade e dispensa previstos no art. 20 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996.

Segundo explica Ceneviva<sup>161</sup>, ao comentar a identificação do imóvel rural:

Com as alterações introduzidas no §1º, II, 3 em 2001, a identificação desse imóvel passou a ser mais pormenorizada que a exigida no texto original, a contar das distinção entre o situado na área urbana e aquele que fica fora desse limite, sobretudo para ajustar-se ao Cadastro de Imóvel Rural, exigido pelo artigo 22 da Lei nº 4.947/66.

<sup>161</sup> CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*. 18ª edição. Editora Saraiva, 2008, p.398.

Segundo §3º do artigo 225 da Lei de Registros Públicos, diante da redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004, abaixo transcrito, a identificação do imóvel rural passou a depender da apresentação de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado, indicando as coordenadas dos vértices definidores dos limites do imóvel e toda a linha perimetral, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, *verbis*:

Art. 225 - Os tabeliães, escrivães e juizes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.

§ 3º Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais. (Incluído pela Lei nº 10.267, de 2001)

Fato é que, historicamente, a descrição de limites de terras rurais nos Cartórios de Imóveis sempre foi um problema no Brasil e, atualmente, grande parte dos imóveis rurais ainda não atende ao requisito legal e a sua regularização, mediante o georreferenciamento exigido pela lei, que tem se mostrado lento e custoso.

Pelo Decreto nº 5.570/2005, o maior prazo para regularizar o imóvel era em 31.10.2011, o foi prorrogado em 21.11.2011, pelo Decreto nº 7.620/11, de forma que o maior prazo passou a ser 20.11.2023 para os imóveis com área inferior a vinte e cinco hectares, sendo 20.11.2013 o prazo para os imóveis com área de duzentos e cinquenta a menos de quinhentos hectares, e já expirado o prazo de imóveis que superem quinhentos hectares.

Alexandre Laizo Clápis<sup>162</sup> faz importante ponderação:

---

<sup>162</sup> CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Georreferenciamento*, in Revista de Direito Imobiliário 60/223. p. 21 de

Não se pode afirmar que o objetivo principal da legislação do georreferenciamento seja adequar a descrição dos imóveis rurais ou aprimorar o princípio da especialidade objetiva; está será uma consequência reflexa. Já se disse que os governos sempre procuram especificar as dimensões de seus territórios com a finalidade de aprimorar a arrecadação de impostos. Com o georreferenciamento, ao que parece, não é diferente.

Nesse contexto, como decorrência do princípio da especialidade, o registro da escritura de hipoteca de imóvel rural passou a depender da regularização da matrícula e de seu cadastro no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, para que o imóvel atenda a identificação conforme acima mencionado, além da apresentação de Certificado de Cadastro de Imóvel Rural e prova do recolhimento do Imposto Territorial Rural.

Essa situação prática, embora necessária, pela segurança jurídica que a correta descrição dos imóveis rurais traz insegurança na outorga e o registro de hipoteca sobre imóveis rurais.

Alexandre Laizo Clápis<sup>163</sup>, mais uma vez comenta:

Ficou proibida, pela forma estabelecida no decreto, não somente as situações de transferência de domínio, mas também aquelas em que os imóveis rurais fossem objeto de direitos reais, como hipoteca ou alienação fiduciária, e de constrições, como penhoras. Isso, por certo, representaria enormes entraves para o setor ruralista, em virtude da dificuldade de obtenção de financiamentos e também para eventuais credores que não poderiam alcançar o imóvel para satisfação do respectivo crédito. (...).

Entretanto, o mesmo Decreto nº 5.570/2005 acabou por flexibilizar a questão do registro das garantias reais, com a seguinte redação:

§ 2º Após os prazos assinalados nos incisos I a IV do caput, fica defeso ao oficial do registro de imóveis a prática dos seguintes atos registrares envolvendo as áreas rurais de que tratam aqueles incisos, até que seja feita a identificação do imóvel na forma prevista neste Decreto:

- I - desmembramento, parcelamento ou remembramento;
- II - transferência de área total;

---

60

<sup>163</sup> CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Georreferenciamento*, in Revista de Direito Imobiliário 60/223. p. 21 de 60.

III - criação ou alteração da descrição do imóvel, resultante de qualquer procedimento judicial ou administrativo.

As situações relativas à outorga de garantias reais não estão excepcionadas neste artigo, mas, na hipótese de necessidade de execução da garantia hipotecária será necessário georreferenciar o imóvel para fins de satisfação do crédito do credor, observados os prazos mencionados no Decreto nº 4,449/2002, alterado pelo Decreto nº 7.620/11, causando insegurança ao credor hipotecário.

Lineu de Albuquerque Mello<sup>164</sup> comenta:

Minha experiência demonstra que a maioria dos fazendeiros brasileiros não tem um levantamento feito por GPS de suas terras. Em geral, várias negociações de terrenos ficam mais lentas ao atingir o ponto da obtenção desse levantamento. É comum negociar uma condição suspensiva ao pagamento que o vendedor deve obter o levantamento de GPS e registrá-lo junto ao INCRA para que esse emita o certificado de registro (CCIR) pertinente.

Somos da opinião que a solução dada pelo advogado funciona para as operações de compra e venda, mas não resolve a problemática para as operações de concessão de crédito, sob garantia hipotecária, nas quais o adiantamento do recurso financeiro é o objeto almejado. A prorrogação de prazo do Decreto nº 7.620/11, no entanto, acabou por proteger, o pequeno e médio produtor rural.

## 2.6. A hipoteca no Direito Processual

A hipoteca mostra-se um instituto de garantia direito material bastante importante para a economia moderna, como forma de redução do risco das operações de crédito, seja ele concedido pelas instituições financeiras, seja ele concedido em negócios jurídicos entre particulares, reduzindo os custos de transação.

Embora não nos filiemos à corrente, conforme mencionado por Bufulin<sup>165</sup>, Carnellutti defende a hipoteca como um instituto de direito processual. Ainda

---

<sup>164</sup> MELLO, Lineu de Albuquerque, *Aquisição de Propriedades Rurais no Brasil* in Direito do Agronegócio. Quartien Latín, 2011, p.187.

<sup>165</sup> BUFULIN, Augusto Passamani, apud MAMEDE, Gladston, Luiz, *Hipoteca, constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.27.

conforme referência de referido estudioso, outros doutrinadores, como Cândido Rangel Dinamarco, apenas seus efeitos seriam processuais, quais sejam, pagar-se com privilégio sobre a coisa e vendê-la em hasta pública.

De qualquer forma, fato é que a sua eficácia material necessariamente deve estar associada à eficácia de execução dos títulos (*enforcement*), em caso de inadimplemento, aumentando o fator confiança e, por consequência, diminuindo o fator risco.

Samy Garson<sup>166</sup>, mestrando da Universidade de Coimbra, em sua tese de mestrado, ao citar estudo realizado por Margarida Proença<sup>167</sup>, Catedrática de Economia da Universidade do Minho, salienta que:

O ambiente legal (compreendendo a eficácia da justiça) contribui de forma activa e significativa para a actividade económica agregada, ou seja, que é possível aumentar o nível de bem-estar numa economia melhorando e aumentando o nível de eficácia dos tribunais. Sistemas judiciais ineficientes permitem a distorção de decisões individuais e empresariais, e nessa medida são uma chave para assimetrias de crescimento e desenvolvimento económico.

Garson<sup>168</sup> vai além concluindo que:

Embora seja cediço que o processo declaratório tenha merecido maior atenção por parte da comunidade jurídica ao longo da evolução do processo civil, inexoravelmente é no processo de execução que se verifica a expropriação dos bens do devedor para a satisfação do crédito invocado pelo credor e, portanto, em caso de resistência do executado para o cumprimento espontâneo da sua obrigação, ensejará a intervenção estatal, para que finalmente se efetive a justiça material. Eis a razão para a função executiva operar no mundo dos fatos, notabilizando-se pela agressão à esfera jurídica do patrimônio do executado, a ponto de merecer a célebre metáfora de Carnelutti, segundo a qual o processo de conhecimento transforma o fato em direito, e o processo de execução traduz o direito em fatos.

O processo de execução deveria viabilizar a segurança dos negócios

---

<sup>166</sup> GARSON, Samy. Tese de mestrado: *A desjudicialização da execução hipotecária como meio alternativo de recuperação de créditos*. Universidade de Coimbra. 2006.

<sup>167</sup> PROENÇA, Margarida, apud Mário Tavares Mendes, Custos da justiça, in COLÓQUIO INTERNACIONAL OS CUSTOS DA JUSTIÇA, Coimbra, 2002, Os custos da justiça: actas do Colóquio Internacional, Coimbra, 25-27 de setembro de 2002, coordenação de João Álvaro Dias, Coimbra: Almedina, 2003, p. 33.

<sup>168</sup> GARSON, Samy. Tese de mestrado: *A desjudicialização da execução hipotecária como meio alternativo de recuperação de créditos*. Universidade de Coimbra. 2006.

jurídicos envolvendo o crédito, sobretudo na delicada área da habitação, que muito depende do retorno do capital financiado, para que esse mesmo capital possa ser reinvestido, fomentando-se o giro econômico e o crescimento do PIB.

Infelizmente, a despeito do avanço das técnicas processuais para execução que o Brasil experimentou nos últimos anos, e excussão da garantia hipotecária, que serão analisados neste capítulo, a morosidade e a falta de efetividade do Poder Judiciário ainda atacam a eficácia material da hipoteca. Esse aspecto não será desenvolvido à exaustão neste trabalho, mas merece destaque dentro do contexto em que se insere a hipoteca, como instituto de direito material.

Nelson Luiz Machado Lamego<sup>169</sup> comentando as garantias reais tradicionais, menciona que:

A necessária excussão judicial dessas garantias, contudo, impõe longo tempo até a alienação do bem para a satisfação do crédito e, embora o direito processual civil brasileiro tenha sofrido recentes alterações em prol da celeridade, notadamente no processo de execução, o excessivo número de processos que abarrotam nossos tribunais e a possibilidade de manejo de vários incidentes processuais, recursos, embargos etc., ainda fazem da excussão judicial a via-crucis do credor, retardando a recuperação do crédito.

E conclui: “*A celeridade, entretanto, é fator determinante na recuperação de crédito*”.

Somos da opinião que a melhora da eficácia na execução da garantia tornará a hipoteca inquestionavelmente a melhor das garantias, pois sua estrutura material, notadamente no direito brasileiro é, em nossa opinião, impecável.

Nesse contexto, criticamos algumas “soluções” que o legislador cria, que acabam sendo parcialmente eficientes, pois não atacam o problema na sua raiz. Nesse aspecto, louvável a criação do instituto da alienação fiduciária de bens imóveis, como método alternativo de garantia, mas que também traz as suas mazelas.

---

<sup>169</sup> LAMEGO, Nelson Luiz Machado. *Recuperação de crédito: evitando a excussão judicial de garantias*. Revista dos Tribunais 891/9.

Alienação fiduciária é a transferência da posse de um bem móvel ou imóvel do devedor ao credor para garantir o cumprimento de uma obrigação. No cotidiano, a alienação fiduciária acontece quando um comprador adquire um bem a crédito. O credor (ou seja, aquele que oferece o crédito) toma a propriedade do próprio bem em garantia, de forma que o comprador fica impedido de negociar o bem com terceiros (pacto comissório).

No entanto, o comprador pode usufruir do bem. No Brasil, essa modalidade de crédito é comum na compra de veículos ou de imóveis. No caso de veículo, a alienação fica registrada no documento de posse deste, e no caso de imóvel, é comum que a propriedade definitiva, atestada pela escritura, só seja transmitida após a liquidação da dívida.

Para fugir da morosidade do Poder Judiciário, a excussão da garantia fiduciária dispensa a intervenção judicial, que é realizada diretamente em leilão específico, nos termos da Lei nº 9.514/97. Uma vez realizado a alienação do imóvel e pago o credor, ocorre a quitação automática de eventual saldo da dívida, o que pode tornar essa espécie de garantia nada atraente, na hipótese de desvalorização do imóvel.

Jairo Saddi<sup>170</sup> comenta com propriedade que:

Recentemente, muitos estudos multidisciplinares têm procurado relacionar o Poder Judiciário ao desenvolvimento econômico, depois de longos anos de esquecimento. Há duas premissas que devem ser observadas nesse tocante antes mesmo de uma democracia de mercado é num Judiciário forte, que aplique bem o direito positivo. Qualquer país que tenha um direito positivo modelar, uma lei substantiva extraordinária, mas cuja aplicação seja débil, estará fadado ao atraso.” E vai além mencionando que “um bom julgamento é melhor que uma boa lei, ou que a lei substantiva e positiva sem um bom juiz vale pouco.

Portanto, insistimos que a problemática da garantia hipotecária está focada, primordialmente, na eficiência de sua excussão. Se as leis forem boas e o Judiciário as aplicar correta e equitativamente, há ambientes mais favoráveis para o maior investimento e o desenvolvimento econômico e social.

---

<sup>170</sup> SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.211.

### (i) A execução da hipoteca

Como explica Humberto Theodoro Júnior<sup>171</sup> *“a execução não é um processo dialético. Sua índole não se mostra voltada para o contraditório. Quando se cumpre o mandado executivo, a citação do devedor é para pagar a dívida representada no título do credor, e não para se defender”*.

O imóvel dado em hipoteca é executado por meio de ação de execução, iniciando-se pela penhora do bem gravado, objetivando-se a sua venda judicial. O produto da venda é destinado do a quitação do crédito, com preferência a qualquer outro credor, devendo-se pagar, prioritariamente, as custas, os tributos e as dívidas oriundas dos trabalhadores agrícolas (1.422 e 964 VIII do Código Civil).

Art. 1.422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.

Parágrafo único. Excetua-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos.

Art. 964. Têm privilégio especial:

VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários.

Se a execução do bem hipotecado for insuficiente para pagamento da dívida do exequente, ele poderá prosseguir com a execução, buscando outros bens do patrimônio do devedor para penhorar, o que, em nossa opinião, a torna um instituto mais interessante que a alienação fiduciária.

Se sobrevier a falência ou insolvência do devedor, a execução deve ser suspensa, seguindo-se o procedimento especial, explanado em capítulo próprio acima.

---

<sup>171</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito Processual Civil*, 39ª edição. Editora Forense, 2006, v.2, p. 376.

Pelo artigo 1.501 do Código Civil, não extinguirá a hipoteca devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução. Se o imóvel hipotecado for penhorado por qualquer outro credor, esse fato implicará: (i) no vencimento antecipado da hipoteca; e (ii) na obrigatoriedade de citação do credor hipotecário, antes do praxeamento. A desobediência desses requisitos enseja a nulidade de alienações judiciais, conforme a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO AJUIZADA CONTRA O DEVEDOR. PENHORA QUE RECAI SOBRE BEM DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO TERCEIRO GARANTIDOR. NULIDADE DA PENHORA.

1. É indispensável que o garantidor hipotecário figure como executado, na execução movida pelo credor, para que a penhora recaia sobre o bem dado em garantia, porquanto não é possível que a execução seja endereçada a uma pessoa, o devedor principal, e a constrição judicial atinja bens de terceiro, o garantidor hipotecário.

2. Recurso especial provido.<sup>172</sup>

A execução por título extrajudicial, onde estará prevista a garantia hipotecária, é sempre ajuizada como execução definitiva. Apresentados embargos do executado, pode o juiz excepcionalmente conceder efeito suspensivo à execução. Prolatada a sentença pelo prosseguimento da execução, o efeito suspensivo excepcionalmente concedido perde eficácia.

Na execução, a citação do devedor é apenas para pagar a dívida, em três dias, podendo o credor indicar bens a serem penhorados, observada na medida do possível a ordem de preferência do artigo 655 do Código de Processo Civil, notadamente o §1º, que dispõe:

Art. 655. (...)

§ 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora.

O mandado inicial é de citação, penhora e avaliação. Decorridos os três

---

<sup>172</sup> REsp 472.769/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 24/05/2010

dias, o oficial de justiça procede à penhora dos bens do devedor, suficientes ao pagamento da dívida e encargos, como, igualmente, de imediato, realiza a avaliação dos bens penhorados.

Se o imóvel o devedor e/ou o imóvel hipotecado a ser penhorado estão localizados em outra Comarca, a citação e a penhora/avaliação devem ser realizadas por carta precatória, o que tem se mostrado bastante lento na prática, pelo acúmulo de trabalho nos cartórios brasileiros. Na linha da Justiça Trabalhista, a Justiça Comum já está em fase de implantação da precatória eletrônica, que seria expedida por e-mail, o que certamente agilizaria muito o processo de execução.

Pelo novo sistema, introduzido pela reforma processual de 2006, a forma preferencial de alienação dos bens penhorados é por sua adjudicação pelo exequente, ou pelas pessoas indicadas na lei. Não realizada a adjudicação, o exequente pode requerer a alienação por iniciativa particular, quer pelo próprio credor, como por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária, mantida a opção pelo usufruto do bem.

Como comenta o Ministro aposentado Athos Gusmão Carneiro<sup>173</sup>:

A nova sistemática é também profundamente inovadora ao instituir a alienação por iniciativa particular, procurando formas mais práticas e eficientes, menos formalistas que a hasta pública, com a finalidade de converter em moeda corrente os bens penhorados (no que encontra muitos símiles em direito comparado). Nem sempre desejará o exequente efetuar a adjudicação, mesmo porque, em sendo o valor do bem superior ao montante de seu crédito, poderá não dispor de quantia suficiente para depositar a diferença (art. 685-A §1º), ou não lhe ser convincente tal prática.

A intimação pessoal do executado, para tomar ciência do dia, hora e local da alienação judicial – fonte de frequentes manobras procrastinatórias, também nas palavras do Ministro aposentado, foi substituída pela intimação preferencial na pessoa do procurador nomeado no processo (artigo 687 §5º do Código de Processo Civil).

Mas a grande novidade da execução, em nossa opinião, é aquela trazida

---

<sup>173</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *A “nova” execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito?* In Revista de Processo APE nº 11501. IV. Atualidades Nacionais, p.127.

pelo artigo 689-A do Código de Processo Civil, que autoriza a hasta pública, a requerimento do exequente, possa ser realizada pela Internet, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou mesmo por outras entidades públicas e privadas devidamente conveniadas.

O alcance nacional da Internet, a publicidade e a transparência nessa modalidade de leilão tem mostrado um avanço que, junto com a regulamentação e aplicação das cartas precatórias eletrônicas, certamente trarão mais eficiência ao processo de execução, muito embora um grave problema da execução esteja ligado às dificuldades das vendas judiciais, de êxito negativo dos leilões, como pontua Giuseppe Tarzia<sup>174</sup>.

Na hipótese de arrematação, que pode ser realizada em prestações, os pagamentos feitos pelo arrematante serão levantados pelo exequente até o limite de seu crédito, enquanto que o saldo residual, se houver, pertencerá ao executado, conforme redação do artigo 640, §4º do Código de Processo Civil.

O doutrinador italiano conclui dizendo que o aprimoramento das leis processuais sobre execução requer uma ulterior reflexão, tanto no país dele como nos demais, buscando-se o equilíbrio, sempre difícil, entre eficiência e justiça. Essa é uma reflexão que recomendamos seja feita, pois somos da opinião que devemos ansiar por ter a hipoteca como a melhor, mais forte e eficiente garantia.

---

<sup>174</sup> TARZIA, Giuseppe. Problemas Atuais da Execução Forçada. Revista de Processo 90/68. P. 11 de 17.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho foram analisadas as principais questões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da teoria geral e conteúdo da hipoteca e procurou trazer alguns temas atuais, em intersecção com outras matérias, como economia, o direito bancário, os títulos de crédito, o agronegócio e o processo civil. O tema é atual e certamente esse trabalho não o esgotou.

A hipoteca é um direito real de garantia que permite ao credor resguardar um determinado bem do devedor ou de terceiro interveniente na relação jurídica, imóvel ou equiparado a imóvel. Nesse contexto, a legislação equipara a imóvel alguns bens, valendo destacar os acessórios e pertenças do imóvel, recursos naturais, os prédios em construção, aeronaves e navios e estradas de ferro.

A hipoteca também pode contemplar dívidas futuras, sendo, portanto, bastante utilizada em operações de crédito rotativo.

A principal função da hipoteca é garantir ao credor o recebimento de sua dívida, vinculando o bem ao pagamento. A hipoteca é marcada por quatro principais características: a sequela, a preferência, a acessoriedade e a especialidade.

A primeira delas permite ao credor perseguir o bem e excuti-lo, para fins de pagamento de sua dívida, independentemente de quem seja o titular do bem no momento da excussão.

Uma vez registrada na matrícula do imóvel perante o Cartório de Registro de Imóveis, respeitado, pois, o princípio da publicidade, a hipoteca gera o direito de preferência ao credor hipotecário. Na hipótese de outrem penhorar o bem hipotecado, o credor preferencial tem o direito de reservar seu crédito.

Quanto à terceira característica, a hipoteca pressupõe sempre a existência de um direito obrigacional principal e, por fim, deve atender todos os requisitos de conteúdo e forma, sob pena de ineficácia.

Nosso ordenamento pátrio contempla três modalidades de hipoteca, a convencional, a legal e a judiciária. A convencional é aquela constituída por manifestação de vontade das partes. A legal é aquela decorrente da lei, que defere esse tipo de hipoteca com o intuito maior de proteger os credores, devido à posição especial que ocupam.

O artigo 466 do Código de Processo Civil disciplina o instituto da hipoteca judiciária, pela qual se permite que, mesmo antes do transito em julgado da decisão condenatória, os imóveis dos réus sejam onerados para garantir o crédito do credor autor.

Na hipoteca legal, o título constitutivo é a sentença e na hipoteca judicial, a carta de sentença ou o mandado judicial, contendo a indicação das coisas gravadas e a dívida objeto da garantia.

Por ser uma garantia sujeita ao princípio da especialidade e publicidade, é importante conhecer a fundo todo o processo de sua formalização perante o Cartório de Registro de Imóveis, o que foi detalhado neste trabalho. Neste contexto, a hipoteca, portanto, está fundamentalmente regrada pelo Código Civil e a Lei de Registros Públicos, que definem como se dá a posição dos gravames, o procedimento de prenotação, suscitação de dívida e o registro. A preferência se dá pelo número do protocolo no Cartório de Registro de Imóveis e não da data da escritura pública.

A lei não exige para a constituição de sub-hipotecas que o valor do imóvel supere o da dívida originariamente garantida, cabendo o risco ao credor sub-hipotecário. A sub-hipoteca deve ser formalizada por novo título.

Após o decurso de 30 anos, a hipoteca só subsistirá, por meio de reconstituição por novo título e novo registro.

O crédito garantido pela hipoteca pode ser cedido em dado o princípio da acessoriedade, a garantia acompanhará a cessão operada. Na hipótese de novação

do referido crédito, é possível a ressalva da garantia, mantendo-se a preferência originária.

A extinção da hipoteca é regida conforme o art. 1.499 do Código Civil, de modo que ela pode ocorrer, nos termos de seus incisos: (i) pelo desaparecimento da obrigação principal; (ii) pelo perecimento total da coisa; (iii) pela resolução do domínio; (iv) pela renúncia do credor; (v) pela remição; (vi) pela arrematação ou adjudicação.

Tal artigo, contudo, não é taxativo, podendo ocorrer a extinção também, entre outras hipóteses: pela prolação de sentença anulatória ou de declaração de nulidade da garantia, como, por exemplo, quando se detecta um vício de consentimento ou defeito social na sua constituição; pela prescrição aquisitiva (usucapião do bem) de terceiro; pela consolidação, que é reunião, na mesma pessoa, das qualidades de credor hipotecário e proprietário do mesmo imóvel; pela perempção legal e pela sua condição de acessoriedade, quando se perde o principal.

Não basta a incidência de uma das hipóteses acima para que a hipoteca deixe de produzir seus efeitos, sendo imprescindível o cancelamento formal no Cartório de Registro de Imóveis, que pode ocorrer de forma total ou parcial.

A hipoteca é um importante instituto de garantia no direito bancário, especialmente nas operações envolvendo o Sistema Financeiro de Habitação e nas operações com títulos de crédito que permitem a instituição da garantia na própria cártula, merecendo destaque a Cédula Hipotecária Habitacional, a Cédula de Crédito Industrial, a Cédula Rural Hipotecária e a Cédula de Produto Rural. Esta última, também podendo ser emitida em favor de empresas enquanto as demais são restritas das instituições financeiras.

A operação de crédito deve estar lastreada na confiança individual do devedor. É preciso que o devedor seja acionado e então compulsoriamente executado em seus bens. Ao mitigar o risco, o sistema de garantias encurta essa distância e reduz o custo das transações e o preço do crédito, materializado em

juros e encargos contratuais. Daí a importância da segurança jurídica que a hipoteca deve conceder.

Dentro do Sistema Financeiro de Habitação, fazemos uma crítica ao conteúdo da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça que prevê que *“a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de venda e compra, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”*.

Somos da opinião que ela acaba por agredir os princípios inerentes à hipoteca e por trazer insegurança aos agentes financeiros, o que certamente acaba por refletir no custo da transação e, por consequência, na taxa de juros a ser cobrada nessa espécie de operação dos mesmos terceiros que a referida súmula visa proteger, desequilibrando o mercado. Pela liberação da garantia advinda da referida súmula, os princípios milenares da hipoteca são infringidos.

Como decorrência do princípio da especialidade, o registro da escritura de hipoteca de imóvel rural passou a depender da regularização da matrícula, com a devida descrição geodésica, e de seu cadastro no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, para que o imóvel atenda a identificação conforme legislação que instituiu as regras do georreferenciamento, além da apresentação de Certificado de Cadastro de Imóvel Rural e prova do recolhimento do Imposto Territorial Rural.

Essa situação prática, embora necessária, pela segurança jurídica que a correta descrição dos imóveis rurais traz insegurança na outorga e o registro de hipoteca sobre imóveis rurais, na medida em que a grande parte ainda não está georreferenciada e esse procedimento tem demorado substancial tempo, conforme nossa experiência.

Por fim, embora seja um instituto de natureza civil, os efeitos da hipoteca acabam por alcançar o processo civil, na hipótese de inadimplemento da obrigação principal.

Somos da opinião que a melhora da eficácia na execução da garantia

tornará a hipoteca inquestionavelmente a melhor das garantias, pois sua estrutura material, notadamente no direito brasileiro é, em nossa opinião, impecável.

O aprimoramento das leis processuais sobre execução deve ser constante, na busca do melhor equilíbrio entre eficiência e justiça. As reformas ocorridas em 2006 refletem essa busca, muito embora novos aprimoramentos práticos devam ser realizados, de estrutura, gestão e informatização do Poder Judiciário, em prol da eficiência na aplicação do direito material.



## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda, *Direito Privado Contratos, Direitos Reais, Pessoas Jurídicas de Direito Privado e Responsabilidades*, 2002, volume 1, Editora Revista dos Tribunais.
- ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Princípios gerais do direito das coisas: tentativa de sistematização*. Atualidades de direito civil. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; Cambler, Everaldo Augusto (Coord.). Curitiba: Juruá, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BELLINI JUNIOR, Luis Carlos. *Direito do Agronegócio, mercado, regulação, tributação e meio ambiente. Cédula de Crédito Bancário (CCB) e Instrumentos típicos do financiamento agrícola*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, volume 2.
- BEVILAQUA, Clóvis. *L'Evolution du Droit au Brésil de 1869 a 1919. Les Transformations Du Droit dal Le Principaux Pays depuis Cinquante Ans*. apud GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BUFULIN, Augusto Passami. *Hipoteca: constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BURANELLO, Renato M. *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio – Regime Jurídico*. Revista e atualizada e ampliada. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *A “nova” execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito?* in Revista de Processo nº 11501. IV. Atualidades Nacionais.
- CARVALHO SANTOS, José Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*, 12ª

edição, vol. 10, 1982.

- CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*, 18ª edição: Editora Saraiva, 2008.

- CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Georreferenciamento*, in Revista de Direito Imobiliário 60/223.

- COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito privado na visão de Clovis do Couto e Silva. A Hipoteca no Direito Comparado*. Organizadora Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6ª edição. Editora Saraiva, volume 5, 2006.

- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 10ª edição. Revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

- DOS SANTOS, Francisco Jozé Resende dos. *Princípio da Prioridade*, in Revista de Direito Imobiliário 58/13.

- FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Os atos de expropriação forçada no processo de execução e a lei 11.382/2006*, Revista de Processo 146/151.

- FIORANELI, Ademar e SILVA, Jersé Rodrigues da. *A Hipoteca: Doutrina – jurisprudência legislação – Aspectos Práticos no Registro Imobiliário*, Revista de Direito Imobiliário 33/7.

- FONTANA, Rodrigo Ghisleni. *A hipoteca romana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1288, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9376>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

- GATTI, Edmundo. *Teoría General de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.

- GARCIA GARCIA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*, V. 2. Madrid: Civitas S.A., 1993.
- GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. *Títulos de crédito eletrônicos: noções gerais e aspectos processuais. In Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil (análise dos artigos 887 a 903)*. São Paulo: Walmar, 2004.
- GARSON, Samy. Tese de mestrado: *A desjudicialização da execução hipotecária como meio alternativo de recuperação de créditos*. Universidade de Coimbra, 2006.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal e outros. *Sobre a hipoteca judiciária*, Revista de Informação Legislativa, nº 133, jan/mar 1997.
- LACERDA FILHO, Fausto Pereira de. *Hipoteca*. Curitiba: Juruá Editora, 1977.
- LAFAYETTE, *Direito das Cousas*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Basto, 1940.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Garantia das Obrigações*, 2ª edição, Almedina, 2008.
- LUZ, Aramy Dornelles da. *Negócios Jurídicos Bancários. O banco múltiplo e seus contratos*, 3ª edição, Editora Juarez de Oliveira, 2005.
- MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- MAZEAUD, Henri, Leon e Jean. *Lecciones de derecho civil*. Traducción de Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ejea, 1978, Parte Tercera, v. I.
- MELLO, Lineu de Albuquerque, *Aquisição de Propriedades Rurais no Brasil in Direito do Agronegócio*. Quartien Latin, 2011.
- MELO FILHO, Álvaro. Apud SASTRE ROCA, *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., t. 1/205,

Barcelona, 1968, *Princípios do Direito Registral Imobiliário*. Disponível em: <<http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/008-melo-principios.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2012.

- MENÉRES CAMPOS, Maria Isabel Helbling. *Da Hipoteca – Caracterização, Constituição e Efeitos*. Coimbra: Almedina, 2003.

- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XX, Editora Borsoi, 1958.

- MOELLER, Oscarlino. *Direito do compromissário comprador de unidade autônoma quitada em face de penhora decorrente de ação de execução de hipoteca incidente sobre a unidade, lavrada por incorporador ou construtor em confronto com sua posse definitiva (adaptado ao Novo Código Civil)*. Artigos de Doutrina de Autoria dos Juízes, da CEPES – Centro de Estudos e Pesquisas do Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Editora Juarez de Oliveira, 2003.

- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 31ª e 38ª edições, volume 3, São Paulo: Saraiva, 1994 e 2007.

- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, Editora Forense/ Rio de Janeiro, 1999.

- NALINI, José Renato e DIP, Ricardo Henry Marques. *Hipoteca: natureza e registro*, Revista de Direito Imobiliário 35/17.

- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Hipoteca*, 2 ed., Rio de Janeiro: Aide, 2006.

- NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 41ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

- NETO, José Guida. *A instalação dos bárbaros e a compilação do Direito Romano no Império decadente*. Scientia FAER, Olímpia - SP, Ano 2, Volume 2, 1º Semestre, 2010.

- OLIVEIRA, José Celso Ribeiro Vilela de. *A hipoteca à luz do direito registral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1535, 14 set. 2007.
- ORTIZ, José Maria, apud Arruda Alvim, *Direito Privado Contratos, Direitos Reais, Pessoas Jurídicas de Direito Privado e Responsabilidades*, 2002, volume 1. Editora Revista dos Tribunais.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, volume IV, 1994.
- PIRES, Paulo Henrique Gonçalves. *Transferência de posição contratual e a garantia hipotecária*. Revista de Direito Imobiliário 69/151.
- PROENÇA, Margarida, apud Mário Tavares Mendes, *Custos da justiça*, in Colóquio Internacional os Custos da Justiça, Coimbra, 2002, Os custos da justiça: actas do Colóquio Internacional, Coimbra, 25-27 de setembro de 2002, coordenação de João Álvaro Dias, Coimbra: Almedina, 2003.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 2<sup>o</sup> volume, Editora Saraiva, 23<sup>a</sup> edição, 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. Editora Revista dos Tribunais, 4<sup>a</sup> edição, 1999.
- ROCA SASTRE, apud GARCIA GARCIA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*, V. 2. Madrid: Civitas S.A., 1993.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – direito das coisas*, 21<sup>a</sup> edição. Saraiva, volume 6, 1994.
- ROMITTI, Mário Müller e DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao código civil brasileiro*, volume XIII: do direito das coisas; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. 1<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- TARZIA, Giuseppe. *Problemas Atuais da Execução Forçada*. Revista de Processo 90/68.
- SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil. Uma análise de Direito & Economia*, Editora Quartier Latin, 2007.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19ª edição. São Paulo, Saraiva, volume 3, 1997.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos Registros Públicos*, 2ª ed., v.2. Rio de Janeiro: a noite, 1942.
- SILVA, Cláudio Teixeira, *Hipoteca Judiciária* in *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol.1 nº 2, junho de 1999.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Livraria do Advogado Editora, 1997.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Direitos das obrigações*. Coimbra. Editora Coimbra, 1997.
- THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, 39ª edição, editora Forense, v.2, 2006.
- VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, v. XVI: dos direitos reais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.