

347
853c
7
ed.
998

CONSELHO EDITORIAL

Dr. Jorge de Miranda Magalhães
Dr. Marcos Halfim
Dr. Semy Glanz
Dr. Simão Isaac Benjó

000359

ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA BERGIO BERNUDES
BIBLIOTECA
- 682 -

JOSÉ SERPA SANTA MARIA

*Professor de Direito Civil do Centro Universitário de Brasília e da
Associação Unificada de Ensino do DF*

**CURSO
DE
DIREITO CIVIL**

DIREITOS REAIS LIMITADOS

Continuação da obra de
MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES

VOLUME VII

1ª edição



Freitas Bastos Editora
80 ANOS DE TRADIÇÃO

culposamente causados, bem como dos rendimentos que injustificadamente deixou de auferir; c) o direito de alienar e gravar o imóvel, nos termos do art. 805, § 2º e art. 808 do Código Civil; d) o direito de exigir a devolução do imóvel anticrético, quando paga a dívida, dentro do prazo contratual; e) o direito de reclamar a prestação de contas de credor; f) o direito ao seguro na hipótese de indenização por sinistro, bem como ao valor de seu direito na desapropriação por utilidade, ou necessidade pública.

c) Obrigações do devedor anticrético

As obrigações do devedor anticrético podem ser resumidas na seguinte ordem: a) pagar a dívida, através da concessão da posse ao credor; b) assegurar o pacífico exercício da percepção de rendimentos pelo devedor para alcançar o escopo da solução da dívida; c) defender o seu direito à posse indireta, pelos remédios possessórios, se não utilizados pelo credor anticrético.

VI — EXTINÇÃO

A principal e mais específica causa, ou modo de extinção é notoriamente a solução da dívida garantida pela anticrese, que como relação jurídica acessória, segue a sorte da obrigação dominante. Além desta causa mais específica, outras existem de ordem mais geral, como o término do prazo de duração do gravame, o perecimento da coisa, a desapropriação e a própria excussão. No perecimento deixaria de existir o próprio objeto da garantia. Se, ocorrendo destruição, o prédio estiver segurado, o credor não se sub-roga na indenização, ainda que em parte. Torna-se um crédito quirográfico desprovido portanto de qualquer preferência. O mesmo acontece ao imóvel quando desapropriado. Registra-se a anticrese, conforme o art. 241 da Lei Reg. Públicos.

Dispõe o art. 241 da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) que: "o registro anticrético declarará no livro 2, também o prazo, a época do pagamento e a forma da administração".

CAPÍTULO XIII

DA HIPOTECA

SUMÁRIO: Generalidades: noções gerais, breve história. Conceituação. Natureza jurídica e caracteres. Modos de constituição. Elementos ou pressupostos. Dos efeitos. Das hipotecas comuns. Das hipotecas especiais. Da remissão. Da extinção.

I — GENERALIDADES

Noções gerais. De uma maneira geral, podemos considerar a hipoteca como direito real alusivo a um imóvel alheio não consistente em uso ou fruição, mas com o objetivo único de assegurar o cumprimento de certa obrigação preexistente. Pressupõe ela, sempre, a existência de um crédito a que se vincula e está condicionada para deflagar compulsoriamente a sua extinção ou morte, ante seu inadimplemento e em se verificando a incapacidade do devedor de solvê-lo, na forma ajustada.

Destinando-se, portanto, a servir de garantia, a hipoteca não opera a transladação do domínio e nem o desdobramento possessório, ou ainda o deslocamento da posse direta do devedor da obrigação (o proprietário) para o credor beneficiário.

É um direito real não consistente, portanto, no uso ou qualquer fruição da coisa, contentando-se com o valor do imóvel onerado, a que pode ser convertido eventualmente pela sua alienação a terceiros, em ocorrendo a inadimplência da obrigação preconstituída, por parte do devedor. Somente nesta contingência é que seria atingida a substância, ante a perda do domínio pelo chamado devedor hipotecário.

Como bem acentua o Prof. SÍLVIO RODRIGUES, "o que garante a dívida é a substância de um imóvel, na sua totalidade, o qual continua na posse do proprietário, para que este bem responda preferentemente ao credor pelo resgate de dívida. Na lição de TITO FULGÊNCIO a hipoteca é um direito real colocado como lastro de um direito pessoal" (*Dir. Real da Hipoteca*).

Breve história. A hipoteca bastante conhecida na Grécia e no Egito alcança sua maior evolução no Direito Romano, assumindo a fisionomia que, em linhas gerais, foi transmitida à época moderna. O vocábulo, todavia, procede do étimo grego, como proclama a maioria dos pesquisadores, sendo for-

mado pelos vocábulos, *Hypo*, significado por baixo, e *Thitemy*, posição, cuja tradução em Roma seria, inicialmente, *supositio*.¹

Assevera LAFAYETTE PEREIRA que a palavra Hipoteca é grega e a sua tradução literal latina corresponde à palavra *supositio*. Segundo o Prof. ARNOLDO WALD, esta palavra apareceu em Roma, por volta do século VI, posto que até então, somente eram conhecidas a *conventio pignus* e a *datio pignoris* (*Dir. das Coisas*).

Há, com efeito, certas analogias entre a hipoteca helênica, com a que prevaleceu na fase de maior evolução atingida em Roma com a *pignus hypotheca*.²

Pela semelhança dos traços, é que certos pesquisadores como BEAUCHET³ e DERNBURG reconheceram a procedência grega do instituto.

Por isto mesmo é admissível que tenha ocorrido certa influência do direito ático, mas o certo, como sustenta a maioria dos escritores, é que o instituto teve em Roma o seu próprio desenvolvimento, ainda que lento e gradual, como assinala LAFAYETTE PEREIRA (obra citada).

Pesquisadores notáveis, como F. GIRARD, MAYNS, CUQ, ARANGIO RUIZ E JOURDAN, sustentam a evolução em separado, dentro do próprio Direito Romano, como bem ressalta o mestre CLÓVIS BEVILACQUA, "que há semelhanças é inegável. Disto, porém, não se segue, que não tenham razão os que vêem na hipoteca do direito romano o produto de uma evolução orgânica das garantias anteriormente existentes, a *fiducia* e o *pignus*, especialmente uma adaptação do penhor a certas contingências da vida econômica" (*Direito das Coisas*, vol. VII).

Passou tal instituto pelas formas precursoras da *mancipatio, cum fiducia* (*fiducia cum creditore*) e posteriormente o *pignus romanus*.

É a hipoteca romana, como bem salienta o Prof. JEFFERSON DAIBERT, o resultado de uma evolução jurídica que lhe deu a independência como a que chegou a nossos dias, depois de passar pela *fiducia* e pelo *pignus*.⁴

O primitivo direito romano não conhece o direito real de garantia, senão apenas aquelas formas de garantias na convenção de empréstimo.

Tal procedimento foi durante muito tempo, por demais inconveniente para o devedor, pelo ônus e desvantagens notórias que lhe acarretava. A rigor como observa o erudito Prof. SAN THIAGO DANTAS: "o devedor se deixa executar previamente e a única esperança que tem é a de conseguir, com o cumprimento da dívida, desfazer os males da execução. O credor tem *ab initio* a coisa, com todo o seu poder frutífero com todas as suas comodidades, todas

¹ LAFAYETTE PEREIRA, p. 47, nota 18.

² TITO FULGÊNCIO, *Direito Real da Hipoteca*.

³ BEAUCHET, *Histoire du Droit Preve de 1^{re} Republique Atheniense*, vol. III.

⁴ JEFFERSON DAIBERT, *Direito das Coisas*. Hipoteca, vol. I.

as suas vantagens econômicas, que vão, desde logo, incrementar o seu patrimônio. O credor, via de regra, a partir deste momento só tem um desejo, o de que o devedor se torne inadimplente. Um tal sistema não pode deixar de atingir extraordinariamente a vida econômica, as possibilidades de crédito. Só é mesmo concebível que tenha existido numa época, em que só raramente se lançava mão de crédito, porque os empreendimentos econômicos eram movidos pela economia dos próprios empresários".⁵

A cláusula lateral de fidúcia foi introduzida através do *mancipatio* e da *iure cessio*, pela qual o adquirente se obrigava a restituir o domínio adquirido em garantia, uma vez solvido o crédito garantido, como verdadeira venda e retro.

Conforme tal envolver, o Prof. SAN THIAGO DANTAS elucida que da *fiducia* passou-se ao *pignus* ou à *datio pignoris*, correspondente ao nosso penhor.

Escreve o emérito civilista, "já garantia muito mais perfeita do que a *fiducia*, pois nela não há aquela excussão prévia. O devedor pignoratício apenas perde a posse, a detenção da coisa, a bem dizer, por isso que a entrega ao credor, a fim de que este, retendo-a, possa ter a certeza de que no momento próprio poderá excutir a garantia (ob. cit., p. 424).

O outro esboço que surge, como um passo evolutivo, foi notoriamente o *pignus* (*datio pignoris*) que no direito primitivo recaía sobre móveis e imóveis.

Não se destacava ainda uma nítida diferenciação com respeito à hipoteca especificamente, por isso que inexistia ainda um *ius distrahendi*. Este significa exatamente o direito de livre disposição pelo credor ao receber a posse, para alienando o bem garantido a terceiros, obter o valor necessário que é o preço da transcrição, com o qual poderia satisfazer o seu crédito, não atendido pelo devedor então inadimplente.

Estes esboços, como bem ressalta LAFAYETTE PEREIRA, eram defeituosos e vexatórios,⁶ conquanto desapossavam o devedor da coisa e não davam ainda a hipoteca, que iria surgir, como uma etapa mais avançada.

Um e outro desapossavam o devedor da coisa. O primeiro colocava o devedor na dependência do credor para readquirir o domínio. O segundo não conferindo direito real algum, deixava o credor exposto a perder a garantia, se porventura a coisa lhe fosse usurpada e viesse a cair em mão de terceiro, que não o espoliador. Este último, explica ainda o Prof. SAN THIAGO DANTAS, importava na destruição do próprio meio, graças ao qual seria mais fácil ao devedor promover o pagamento de seus débitos. Se se dispõe de cer-

⁵ SAN THIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, vol. IV.

⁶ LAFAYETTE, obra citada. A proteção pois do interdito era, como conclui LAFAYETTE, insuficiente para garantir a coisa ao credor.

tos instrumentos de trabalho e se os oferece em penhor, eis que pelo fato de ficar temporariamente privado deles, diminuem seus meios de produção. Dir-se-á que, algumas vezes, isto não sucede, quando os bens empenhados são bens de uso e não os meios de produção. Mas acontece que os objetivos mais valiosos e que mais podem interessar são, via de regra, coisas que pelo seu alto poder produtivo acrescentam o potencial econômico dos devedores, desde que possam ficar em suas mãos e ser postas a trabalhar (ob. cit., p. 424).

O passo mais decisivo aparece bem adiante, com o *pignus* sob investimentos agrícolas, quando certo pretor (SERVIUS) confere a ação (*ius rem actio*) real. Esta ação, como ensina LAFAYETTE, arma o dono da faculdade de reivindicar os seus bens móveis, introduzidos no prédio, do poder de quem quer que os detivesse. A ação real pressupunha necessariamente a existência de um direito real sobre móveis (*ILLATA et INVICTA*) nos prédios.

Como explica ainda LAFAYETTE, escudado em MAYNS e JOURDAN, “o avanço feito importava nisto: o locador tinha um direito real sobre móveis e a competente ação: este direito ele o adquiria pela convenção nua, sem necessidade de tradição. Aqui está em essência a hipoteca” (ob. cit., § 172).

A ação serviana se estendeu no sentido de que “a convenção simples, nua, é suficiente para gerar um direito real (*jus in Re*), em segurança da dívida e por força do qual o credor pode perseguir a coisa onde quer que seja achada, e fazê-la vender para se pagar com o seu preço.

Quando o credor, após o advento da ação real, foi armado do *ius possidendi*, ou seja, o direito de recolher a posse, após o não pagamento da dívida vencida e do *ius distrahendi*, para exercer o eventual direito de disposição do imóvel de modo e convertê-lo em certo valor, capaz de solver o débito — tínhamos então o *pignus hypotheca*, que corresponde à atual *hypotheca*.

Foi assim, arremata LAFAYETTE, que se formou essa admirável instituição, resultado de uma sucessão de fatos jurídicos, do que a realização de um pensamento preconcebido (ob. cit., § 172).

Inobstante o sistema romano revelar uma certa lógica, dentro de uma construção de certo modo científico, carecia dos requisitos integrativos de especialização e da publicidade. Admitiam-se as hipotecas gerais dos bens presentes e futuros, quase sempre ocultos, sendo como bem salienta LAFAYETTE, bastante complicada ainda a matéria das preferências com o que expunha o credor “as maquinações da fraude e a entrega a todos às contingências e incertezas” (obra citada, parágrafo 173).

Predominou no Reino Português, ao tempo das Ordenações, o mesmo sistema, com algumas alterações acidentais que somente contribuíram segundo COELHO DA ROCHA para “tornar mais embaraçado e confuso.”

⁷ COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, vol. II, § 633.

No direito pátrio, ao tempo do Império, foram expurgados gradualmente várias falhas e inconvenientes do sistema luso-romanista, introduzindo-se em sua estrutura o controle de registro imobiliário, que foi aos poucos se apri-morando para propiciar a maior segurança possível nas relações jurídicas defluentes do crédito a garantir.

Este aperfeiçoamento produziu, como assinala o Prof. CAIO MÁRIO PEREIRA, “frutos valiosos, na organização da propriedade”.⁸ Anota com acerto a elaboração legislativa anterior ao Código, mencionando a Lei 317, de 21 de outubro de 1843, que foi seguida pelo regulamento baixado com o Decreto 842, de 14.11.1846, iniciando-se assim a reforma do nosso sistema hipotecário. Imperfeito, todavia, como reputava LAFAYETTE, substituiu-se pela Lei nº 1.237, de 24.9.1864, depois substituída pelo Dec. 3.471, de 3.7.1864, que vigorou até a República, em cujos primórdios procedeu-se a uma reestruturação dos registros públicos, com o Dec. 165-A, de 19.1.1890, seguido pelo Regulamento baixado pelo Decreto 370, de 2.5.1890.

O Código Civil estabeleceu finalmente os contornos definitivos e adequados da instituição, regendo-a nos artigos 809 a 855.

A elaboração de nossa Doutrina, contudo, não foi sempre intranquilha, havendo até aceso debate sobre as vantagens ou inconvenientes da hipoteca. Destacaram-se na oposição, com veemente hostilidade, escritores da lavra de JOSÉ ALENCAR, JARDIEL POUCELA e AFONSO FRAGA, apontando o instituto como uma limitação, ou mesmo, o sacrifício da liberdade humana, derivado do desnorreamento da Lei Civil.⁹

Na defesa do instituto o Prof. W. DE BARROS MONTEIRO sustenta: “realmente, tem ela seus inconvenientes que a lei procura paulatinamente corrigir. Mas nem por isso se justifica a sua condenação. Trata-se de instituto sumamente útil, porque favorece o crédito e estimula o seu desenvolvimento. É assim instituto de interesse coletivo. Suprimi-lo será fugir à realidade, privando a sociedade de inexorável manancial de crédito, fonte de inúmeras riquezas e chave de tantas transações” (obra citada, *A Hipoteca*).

Atualmente, ninguém mais descrê das excelências do direito hipotecário, de sua comprovada utilidade, estimulando o crédito, multiplicando os negócios para a expansão das riquezas de um povo.

II — CONCEITUAÇÃO

Diversas são as definições dos autores, de um modo geral, de excelente lavra, como o clássico conceito proferido por LAFAYETTE PEREIRA, para

⁸ CAIO MÁRIO PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. IV, p. 247.

⁹ AFONSO FRAGA, *Direitos Reais de Garantia*, p. 403.

quem hipoteca é o direito real sobre a coisa imóvel de devedor, ou de terceiro, tendo por fim sujeitá-la exclusivamente ao pagamento da dívida, sem todavia tirá-la da posse do dono (ob. cit.).

Para o mestre BEVILACQUA, a hipoteca é o direito real sobre um imóvel, navio ou avião alheio, em virtude do qual este, continuando na posse do devedor, assegura ao credor, o pagamento da dívida, pela preferência sobre o preço alcançado na execução.¹⁰ Excelente definição nos apresenta o Prof. LIMONGI FRANÇA na vinculação de um bem, de ordinário imóvel, com o fito de prestar garantia ao pagamento de uma obrigação assumida pelo proprietário, ou terceiro, sem todavia despojar aquele da respectiva posse.¹¹

Entendemos por hipoteca o direito real incidente sobre o valor venal de certo bem alheio, ordinariamente imóvel, conferindo pelo seu proprietário, com o escopo exclusivo de assegurar preferencialmente a solvência de uma determinada obrigação por ele preestabelecida a benefício do seu credor, em ocorrendo a inadimplência, na época e nos termos ajustados, sem a transferência da respectiva posse que remanesce com o devedor.

Desta conceituação decorrem certos requisitos essenciais na configuração do instituto: a) relação preexistente de crédito vinculando o devedor proprietário, a certo credor; b) a concessão de certo imóvel pertencente ao devedor para servir de garantia contra um possível descumprimento da obrigação garantida; c) o evento da inadimplência, determinando a execução compulsória pela alienação do imóvel hipotecado, para que o preço obtido possa solver o débito então vencido.

III — NATUREZA JURÍDICA

Ainda bastante controvertida é a questão da natureza jurídica do instituto hipotecário. A concepção germânica chega a negar a índole real, ou seja, o *ius in re aliena*.

Por outro lado, CARNELUTTI proclama uma natureza processual, constituindo-se como um modo de ser da ação executiva. Sustenta CARNELUTTI, o eminente processualista italiano, a natureza processual, como procedimento para assegurar a garantia de um crédito. A sua tese encontra-se exposta em artigo na *Revista de Direito Processual Civil*.¹²

No direito pátrio, contudo, a matéria pode ser considerada pacífica, visto que se reconhece na hipoteca uma natureza de direito real na coisa alheia. É,

¹⁰ CLÓVIS BEVILACQUA, *Direito das Coisas*.

¹¹ LIMONGI FRANÇA, *Manual de Direito Civil* (Direito das Coisas), vol. III.

¹² CARNELUTTI, *Rev. de Direito Processual Civil*, 1936.

entretanto, um direito real de garantia, um instituto de Direito Civil. Não se configura como um direito principal e autônomo, conquanto pressupõe a existência de um crédito a ser garantido.

A hipoteca, como nos ensina LAFAYETTE PEREIRA, se cinge a certa obrigação, vive por ela e com ela sucumbe.

Conserva, todavia, acrescenta LAFAYETTE, a essência de direito real. Inspirado em MOURLON-MARCADÉ e DEMOLOMBE acentua que a hipoteca é sempre um desdobramento do domínio (obra citada, § 175).

Desta natureza, procedem, notadamente certas características do instituto: a) a aderência à coisa gravada; b) a acessoriedade à posse do devedor; c) a indivisibilidade; d) a especialização e a publicidade da hipoteca.

IV — CARACTERES

a) *A aderência ao bem gravado.* A aderência da coisa gravada, a primeira característica, é o estado de dependência ao contrato principal, que é o de constituição do crédito para o qual vai servir, como garantidor, visando a sua solução. Esta aderência, uma vez registrada no Registro Imobiliário, vai atribuir à hipoteca, aquela eficácia, *erga omnes*, que caracteriza os direitos reais. O imóvel pode ser oferecido pelo próprio devedor da obrigação, ou uma terceira pessoa a benefício do credor.

b) *Acessoriedade da garantia.* Desta sujeição oferecida em garantia do crédito, deriva a segunda característica, a de acessoriedade da garantia. Constituído o crédito, temos então a obrigação principal de natureza pessoal, mas geradora de um direito real, a garantia. Esta é, portanto, acessório trilhando sempre a sorte do principal, que é o crédito. A garantia jamais poderá sobreviver ao crédito. Nascedo com este, morre com ele, condicionado que está sempre, ao destino da obrigação principal preconstituída.

Como bem explica o Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, a hipoteca como relação da garantia não pode nascer nem subsistir sem um crédito, se falta este ou se invalida, inexistente aquela; se se extingue, anula ou resolve o crédito, desaparece a garantia hipotecária (ob. cit., vol. IV, § 356). A hipoteca não existe por si mesma, arremata SÍLVIO RODRIGUES, mas em função de um crédito com seu juros e multas, em contínua fluência.¹³

c) *A posse.* A terceira característica é a da posse que se não transfere para o credor hipotecário, mas subsiste submetida ao devedor para que este possa perceber os frutos. Muitas vezes esta fruição dos rendimentos, ajuda o devedor a alcançar a plena satisfação do seu débito, sem necessidade da execução forçada que então retira a sua posse. Pelo art. 765 do Código, nula será

¹³ SÍLVIO RODRIGUES, *Direito Civil, Coisas*, 256, vol. VI.