

GUSTAVO PALMQUIST MONLLOR

A HIPOTECA

**CURITIBA
2002**

GUSTAVO PALMQUIST MONLLOR

A HIPOTECA

Monografia de conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná, como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof Eroulths Cortiano
Co-orientador: Prof Sérgio Seleme

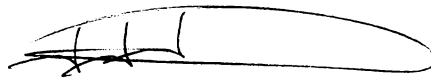
CURITIBA
2002

TERMO DE APROVÇÃO

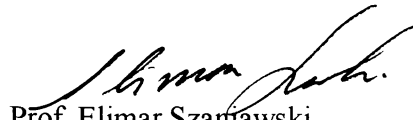
GUSTAVO PALMQUIST MONLLOR

A HIPOTECA E OS REQUISITOS PARA A EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA DOS
CRÉDITOS VINCULADOS AO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO PELA LEI
5.741/71

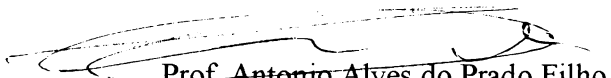
Texto aprovado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca
examinadora:



Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Junior
Departamento de Direito Privado



Prof. Elimar Szaniawski
Departamento de Direito Privado



Prof. Antonio Alves do Prado Filho
Departamento de Direito Privado

Curitiba, 29 de novembro de 2002.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. NOTÍCIA HISTÓRICA	3
1.1 DIREITOS REAIS SOBRE COISA ALHEIA NO DIREITO ROMANO	3
1.2 A HIPOTECA NO DIREITO ROMANO	5
1.3 EVOLUÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS E NO DIREITO BRASILEIRO	9
2. DIREITO REAL DE GARANTIA.....	10
2.1 NECESSIDADE DE DETERMINAÇÃO DA COISA	12
2.2 GARANTIA.....	12
2.3 DIREITO DE GARANTIA E PRIVILÉGIO.....	13
2.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA.....	13
2.4.1 Direito de Seqüela	14
2.4.2 Direito de Preferência	15
2.5 A HIPOTECA COMO DIREITO REAL DE GARANTIA	16
3. CONCEITO CARACTERES JURÍDICOS DA HIPOTECA.....	17
3.1 CONCEITO.....	17
3.2 CARACTERES JURÍDICOS DA HIPOTECA.....	18
3.2.1 Natureza Civil	18
3.2.2 Direito real	18
3.2.3 Coisa do devedor ou de terceiro	18
3.2.4 Posse da coisa.....	19
3.2.5 Indivisibilidade.....	19
3.2.6 Acessoriedade.....	21
4. ESPÉCIES DE HIPOTECA.....	23
4.1 HIPOTECA CONVENCIONAL	23
4.2 HIPOTECA LEGAL	23
4.3 HIPOTECA JUDICIAL.....	24
4.4 HIPOTECA CEDULAR.....	26
5. REQUISITOS	28
5.1 REQUISITOS SUBJETIVOS.....	28
5.2 REQUISITOS OBJETIVOS	29
5.3 REQUISITOS FORMAIS.....	31
5.3.1 Título.....	31
5.3.2 Especialização	32
5.3.3 Inscrição.....	33
6. EFEITOS	35
6.1 EFEITOS EM RELAÇÃO AO DEVEDOR	35
6.2 EFEITOS EM RELAÇÃO AO CREDOR.....	36
6.3 EFEITOS QUANTO À RELAÇÃO JURÍDICA EM SI MESMA	38
6.4 EFEITOS EM RELAÇÃO A TERCEIROS	38
6.5 EFEITOS EM RELAÇÃO AOS BENS GRAVADOS	39
6.6 EFEITOS QUANTO AOS ACESSÓRIOS DO CRÉDITO	39
7. REMIÇÃO HIPOTECÁRIA.....	41
7.1 REMIÇÃO PELO CREDOR DA SUB-HIPOTECÁRIO	41
7.2 REMIÇÃO PELO ADQUIRENTE DO IMÓVEL HIPOTECADO	43
7.3 REMIÇÃO PELO DEVEDOR, CÔNJUGE, ASCENDENTES OU DESCENDENTES.....	45

8. EXTINÇÃO DA HIPOTECA	48
8.1 PELO DESAPARECIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL	48
8.2 PELA DESTRUIÇÃO DA COISA OU RESOLUÇÃO DO DOMÍNIO	49
8.3 PELA RENÚNCIA DO CREDOR	49
8.4 PELA REMIÇÃO	50
8.6 PELA PRESCRIÇÃO	51
8.7 PELA ARREMATACÃO OU ADJUDICAÇÃO	51
9. OS REQUISITOS PARA A EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA DOS CRÉDITOS	
VINCULADOS AO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO	
PELA LEI 5.741/71	53
9.1 NOÇÃO	53
9.2 PROCEDIMENTO DA LEI 5.741/71	53
9.3 REQUISITOS	56
9.4 REQUISITOS ESPECÍFICOS	57
9.4.1 O título da dívida devidamente inscrita	58
9.4.2 Apresentação de demonstrativos de cálculo referentes à dívida	58
9.4.3 Constituição em mora do devedor	59
9.4.4 Valor da causa	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
BIBLIOGRAFIA	64

RESUMO

O presente trabalho busca trazer, sob uma estrutura didática, uma visão geral do instituto da hipoteca como direito real de garantia. Outrossim, visa possibilitar a compreensão de como o mesmo se desenvolve na aplicação prática e cotidiana, através da análise dos requisitos específicos para a execução na Lei n.º 5.741/71, que é a lei que regula a proteção dos financiamentos de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

Elegeu-se esse tema para finalizar-se o estudo do instituto por uma simples razão, o Sistema Financeiro de Habitação é, hoje, responsável pela ampla utilização da hipoteca em termos gerais. Pela própria natureza do trabalho não se pôde analisar de maneira mais profunda as distinções que separam a hipoteca convencional da hipoteca do SFH, contudo é possível visualizar como, na prática, o ônus real traz a efetiva garantia que se propõe.

Para tal, estuda-se, a princípio um breve histórico dos direitos reais de garantia no direito romano; em seguida, uma rápida visão do direito real de garantia como é concebido hoje. Passa-se, então ao estudo da hipoteca em si, com a análise dos seus caracteres jurídicos, denominação elegida por Caio Mário. Após, concentra-se o estudo na estrutura da hipoteca, como: quais os requisitos para sua regular formação, os efeitos que ela gera, como se opera a remição da hipoteca, e sua extinção. Por fim, passa-se à análise da execução dos créditos vinculados ao SFH.

Além da hipoteca convencional, que foi objeto do estudo aqui desenvolvido, existem outras espécies, tais como a legal, a judicial ou judiciária e as denominadas hipotecas especiais (naval, aeronáutica e de vias férreas). Não é do interesse e nem seria possível trazer neste estudo maiores detalhes sobre estas distintas espécies de hipoteca, embora lhes tenha sido dedicado um espaço para dar simples notícia do seu objeto.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de trazer uma visão geral sobre o instituto da hipoteca como direito real de garantia. Tem-se presente que o estudo do instituto não pretende, de nenhuma maneira, trazer ponto de vista inovador sobre o tema, eis que já é conhecido de longa data.

Por outro lado, busca trazer uma visão do caráter pratico do instituto, que na atualidade é amplamente utilizado nas operações de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação. Desta maneira, igualmente procura-se destacar o caráter social do instituto, que vem facilitar imensamente a aquisição da tão desejada casa própria.

O trabalho inicia-se pelo estudo das origens dos direitos reais de garantia. A fim de que se tenha um visão histórica da necessidade social e econômica da utilização das garantias desde o direito romano. Assim, possibilita-se visualizar como foram evoluindo os negócios envolvendo garantias e como esta evolução resultou no instituto que hoje conhecemos.

Num segundo momento, busca-se dar uma visão geral dos direitos reais de garantia, e identificando a hipoteca como sendo um direito real de garantia mais aperfeiçoado e ressaltando o ônus real como característica própria deste instituto.

No terceiro capítulo, traz-se o conceito de hipoteca, propriamente dito. A fim de complementar o conceito, estudam-se os caracteres jurídicos da hipoteca, como: a sua natureza civil; a manutenção da posse do imóvel hipotecado com o devedor; a constituição da hipoteca sobre bem do devedor ou de terceiro; seu caráter indivisível e, finalmente, seu caráter acessório.

Quanto às espécies de hipoteca, optou-se por apenas dar noticia da existência da hipoteca legal, da hipoteca judicial e da hipoteca censual. Isto porque a própria natureza do trabalho não comporta um estudo mais amplo sobre as espécies citadas, uma vez que pretende-se concentrar o foco na hipoteca convencional, que é a constituída através de contrato.

Prossegue-se discutindo o instituto no que se refere aos requisitos que devem ser observados para a regular constituição e validade da hipoteca. Quais sejam: os

requisitos de ordem subjetiva, de ordem objetiva e, por fim, os requisitos exigidos quanto à forma.

No sexto capítulo estudam-se os efeitos gerados pela hipoteca em relação a: terceiros; ao credor; aos acessórios do crédito; ao próprio devedor; ao bem gravado e em relação à relação jurídica em si mesma.

No sétimo capítulo analisa-se a remição hipotecária e por quem este direito pode ser exercido. Para concluir o estudo da hipoteca, não poderia ser diferente, vê-se a maneira de sua extinção.

Concluído a análise da hipoteca como direito real, buscou-se trazer uma visão de como o instituto se aplica mais freqüentemente, que, sem dúvida, é através dos financiamentos regulados pelo Sistema Financeiro da Habitação.

Neste sentido, elegeu-se o tema da execução. Contudo seria impossível, pelo próprio espaço, analisar-se o complexo Sistema Financeiro da Habitação e a execução em toda sua extensão. De modo que, analisar-se-ão os requisitos para a execução baseado na Lei 5.741/71, que são: o título da dívida devidamente inscrita; a correta constituição em mora do devedor; a regular apresentação de demonstrativos de cálculo referentes à dívida; valor da causa na execução.

Por fim, quanto à estrutura dada ao trabalho, optou-se por adotar a estrutura “manualística”, que apesar de passível de críticas, visa facilitar a compreensão do leitor; do mesmo modo, assim foi estruturado por ser a maneira mais didática de expor a seqüência de idéias que se pretendia desenvolver.

1. NOTÍCIA HISTÓRICA

1.1 DIREITOS REAIS SOBRE COISA ALHEIA NO DIREITO ROMANO

Os intérpretes do Direito Romano distinguiram dois tipos de garantia: as garantias reais, as quais garantem uma obrigação mediante a constituição de um direito real sobre a coisa do devedor em favor do credor; e as garantias pessoais, as quais surgem com a constituição de outra relação jurídica obrigacional, a fim de assegurar o cumprimento de uma obrigação.

O sistema de garantias reais dos romanos apresentavam certas falhas, como a falta de publicidade e a sua constituição por simples convenção, Moreira Alves retrata bem essa situação:

“ao contrário do que ocorre modernamente, as garantias pessoais, no direito romano, eram muito mais utilizadas do que as reais. Daí, certas falhas no sistema que hoje se nos afiguram graves – assim, por exemplo, a constituição de hipoteca mediante simples convenção, a falta de segurança na publicidade da hipoteca; a admissibilidade da hipoteca sobre todos os bens, presentes ou futuros de uma pessoa –, não terem acarretado maiores problemas em Roma”.¹

Pontes de Miranda identifica a falta de publicidade como sendo o erro mais grave do sistema de garantia reais dos romanos:

“O ponto fraco, mais grave, do direito romano, a propósito de direitos reais (limitados) de garantia era a falta de publicidade (...) só a partir do ano 469, com a L. 11, C., *qui potiores in pignore habeantur*, 8, 17, se exigiu o instrumento público, ou o instrumento particular com três testemunhas, ao penhor (*pignus publicum*), para se lhe dar preferência.”²

Há sensível diferença entre o sistema moderno de garantias reais e o romano. A hipoteca, em geral, tem por objeto coisa imóvel e não acarreta desapossamento. Em Roma, vamos encontrar como garantias reais a *fiducia cum creditore*, o penhor (*pignus dactum*) e a hipoteca (*pignus obligatum*, posteriormente *hypotheca*).

¹ ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Rio de Janeiro: Forense. 1991. Pg. 438.

² MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Tomo XX, Direito das coisas: Direitos reais de garantia. Hipoteca. Penhor. Anticrese. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1958. p. 13.

A primeira - *fiducia cum creditore*- era a mais antiga delas e a forma mais primitiva da garantia real, ademais, como veremos adiante, não era direito real sobre coisa alheia.³ As duas últimas, penhor e hipoteca, apresentavam no direito romano, quase como diferença única, a de que, no penhor (*pignus dactum*), havia o desapossamento da coisa em favor do credor, enquanto na hipoteca (*pignus obligatum*) isto não ocorria.

Ambos, penhor e hipoteca, se aplicavam indistintamente, às coisas móveis e imóveis. Aliás, a semelhança destes dois institutos está retratada na própria designação que as fontes dão a eles: ao penhor (*pignus dactum*) e à hipoteca (*pignus obligatum*). Em ambas as expressões o substantivo é o mesmo – *pignus* – o adjetivo é que muda: *dactum* ou *obligatum*. Só no direito Justinianeu é que se trona corrente, para o *pignus obligatum* a denominação *hypotheca*.

A *fiducia cum creditore*, por ser mais antiga existente no direito romano, consistia num negócio jurídico, pelo qual o devedor, através da *mancipatio* ou da *iure cessio*, ao transferir a propriedade de uma coisa infungível ao credor, visando garantir-lhe o cumprimento de uma obrigação, convencionava com este, por meio de um pacto (o *pactum fiduciae* – de acordo com os romanos), que previa a restituição da coisa quando extinta a relação obrigacional.

Percebe-se, assim, que a *fiducia cum creditore* não era um direito real sobre coisa alheia. A propriedade da coisa alheia passava para o credor e extinta a relação obrigacional, convencionava-se por um pacto a restituição da coisa.

Tal garantia gerava desvantagens, tanto ao devedor quanto ao credor: ao devedor, pois, este deveria transferir a propriedade da coisa ao credor, enquanto não fosse extinto o crédito; além disto, muitas vezes, o devedor era obrigado a transferir a propriedade de coisa com valor bem superior ao do débito, o que era o grande inconveniente do instituto, e não podendo utilizar-se disto para a obtenção de créditos, ou seja, o devedor para reaver a coisa, ficava na dependência, única e exclusiva da vontade do credor, uma vez que não dispunha contra o credor de uma *actio* para compeli-lo à restituição da coisa, uma vez que a restituição era apenas pactuada.

³ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada. p. 439.

Somente mais tarde surgiu a *actio fiduciae*, que era uma ação pessoal, permitia ao devedor obter apenas uma indenização pelo não cumprimento do pacto de não restituição da coisa, porém não tinha o efeito de anular uma eventual venda feita a terceiro.

Gerava desvantagens ao credor, pois, embora tenha este a propriedade garantida da coisa, caso a coisa voltasse à posse do devedor, uma vez que poderia este, ao final de um ano (mesmo se se tratasse de imóvel), recuperar a propriedade da coisa, através de uma modalidade especial de usucapião⁴ (*usereceptio*). No entanto, tais problemas poderiam ser evitados se houvesse uma convenção entre devedor e credor com o intuito de manter o devedor na posse, mesmo que a título precário. Entretanto, tal acordo nem sempre era possível.

Os direitos reais de garantia para os romanos quase não apresentavam variação para os bens móveis e imóveis.⁵ Utilizava-se como garantia a transmissão da propriedade.

O “*pignus*” surgiu como o primeiro direito real limitado, surge no século II a.C., quando o pretor dá proteção, mediante interditos à posse do credor, como também concede a *actio pigneraticia*, ao devedor, para obter a restituição da coisa quando o credor não a devolvesse após a extinção da dívida.

O “*pignus*” era direito com posse, pois o credor ficava com o poder fático sobre a coisa, de direito, até que se extinguisse a dívida.⁶ Caso o credor desejasse ficar com a coisa, na hipótese de não pagamento da dívida, era necessária a constituição do pacto comissório (*lex commissoria*), “era o comisso, efeito de pacto assaz empregado no direito grego, e certamente antigo, anterior à concepção dos direitos reais de garantia.”⁷

1.2 A HIPOTECA NO DIREITO ROMANO

Examinar-se-ão, a seguir, os pontos importantes referentes a hipoteca dos romanos: a sua constituição, a sua função, como se originou, os bens objeto de

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada. p. 440.

⁵ MIRANDA, Pontes de. Obra citada. p. 5.

⁶ MIRANDA, Pontes de. Obra citada. p. 5.

⁷ MIRANDA, Pontes de. Obra citada. p. 5.

hipoteca, em que consistia seu conteúdo, a proteção do credor e do devedor e, por fim, sua extinção.

A hipoteca constitui-se na garantia real mais recente que se conheceu no direito romano, a *pignus obligatum*. Sua origem é controvertida, alguns autores acreditam que ela tenha surgido no direito grego, depois tenha migrado ao direito romano.

Outros, porém, vislumbram sua origem nos *praedia subdita uel subsignata*, ou seja, imóveis que eram dados em garantia a créditos do Estado ou do município, e que se a dívida não fosse paga, seriam vendidos em favor do *aerarium*. Era assim denominado, pois os devedores, declaravam, por escrito, no pé do instrumento do contrato que o imóvel era dado em garantia. Com o intuito de demonstrarem uma boa gestão, os magistrados das cidades prestavam garantia dessa natureza, o que demonstrava a preocupação dos romanos com a boa administração pública.

Parece que ambas as teorias não apresentam fundamento⁸, uma vez que na primeira, o termo *hypotheca* só aparece nas fontes romanas muito tempo depois de existir em Roma a hipoteca; e na Segunda, pois entre a hipoteca e os *praedia subdita uel subsignata* há diferenças marcantes, sem que haja qualquer texto que se refira à hipoteca como *praedium subsignatum*.⁹ Segue-se mais uma terceira teoria, a qual encontra a origem da hipoteca no arrendamento de imóveis rurais.

No direito romano a hipoteca podia constituir-se mediante: a) simples convenção, a hipoteca era um instituto de *ius onorarium* (direito honorário ou pretoriano), celebrado entre o credor e o devedor, segue-se a tradição da coisa, surge do *pactum hypothecae*, é necessário que o devedor seja proprietário da coisa, ou a tenha *in bonis*; b) ato *mortis* (legado ou fideicomisso); c) disposição de lei; os casos que já se encontravam no direito clássico mas que se tornaram mais numerosos no direito pós-clássico e justiniano; d) por ordem de uma autoridade; no processo extraordinário, uma das modalidades da execução forçada.

Em regra, tinha por função garantir o cumprimento de uma obrigação, portanto, em consequência, a hipoteca é acessória da obrigação e disso decorre que: só há hipoteca se houver uma obrigação cujo cumprimento ela garanta. Extinta a obrigação extinguiu-se também a hipoteca, salvo, em raros casos, em que isso

⁸ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada. p. 441.

não ocorria; as exceções que podiam paralisar o direito de crédito paralisavam também a hipoteca, ainda que o direito aumentasse ou diminuísse, a hipoteca o seguia, só se extinguindo com a extinção total daquele, uma vez que ela é indivisível.

Na hipoteca do direito romano, especificamente no direito justinianeu, podiam ser objeto de hipoteca (como também de penhor) as coisas corpóreas (objeto de posse) e as incorpóreas, desde que alienáveis, como se mantém até a atualidade.

Para Moreira Alves o conteúdo constitui-se nas faculdades que a hipoteca confere a seus titulares, como a *ius possidendi* – direito à posse - direito concedido a partir do momento em que o débito não é pago. Foi possível, apenas no direito pós-clássico, igualmente pactuar conteúdo distinto, que era o de entrar na posse da coisa para perceber-lhe os frutos:

“entrando o credor na posse da coisa, o direito de perceber os frutos produzidos por ela, compensando com seu valor, em primeiro lugar, os juros do débito, e, depois, o próprio capital; e isso a menos que tenha sido celebrado entre credor e devedor um pacto - denominado *antichrese*¹⁰ -, pelo qual o credor percebe os frutos da coisa, a título apenas de pagamento de juros; por outro lado, note-se que o penhor ou a hipoteca, sendo direitos que visam garantir o pagamento de um crédito, não atribuem ao seu titular na posse da coisa do devedor a faculdade de usar dela, e, se o credor o fizer, incorrerá no delito de furto do uso”.¹¹

Se a dívida não fosse paga, o credor hipotecário, a princípio, não tinha o direito de ficar com a coisa dada em garantia, nem de vendê-la a fim de pagar-se. Para isso era preciso que, quando da constituição da hipoteca, houvesse um pacto entre credor e devedor que desse àquele essas duas faculdades: (*pactum de distrahendo pignore*, para poder vender a coisa, sem qualquer formalidade; e a *lex commissoria*, para poder ficar, a título de pagamento, com coisa dada em garantia).

Por outro lado, no direito clássico, admitia-se a faculdade de vender a coisa – *ius distrahendí*. Pontes de Miranda corrobora que, a hipoteca assegurava ao credor o direito de readquirir a posse no vencimento da obrigação, ao mesmo tempo tinha a

⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada. p. 442.

¹⁰ Palavra de origem grega. Em grego, significa “uso de uma coisa por outra”.

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada p. 446

faculdade de alienar livremente o bem hipotecado.¹² Já a *lex commissoria* jamais foi considerada elemento natural da hipoteca.

A partir da Constituição de Gordiano, o credor, mesmo depois de pago o débito em cuja garantia foi dada a coisa em hipoteca, tem a faculdade de retê-la em seu poder (*ius retentionis*), até que o devedor pague todos os outros débitos em favor do credor, mesmo que não garantidos.

Com o Código de Justiniano, Livro III, Tít. 34, Leis 1 e 3, o poder de alienar livremente o bem hipotecado foi suprimido totalmente, já que o uso de tal faculdade acabou por acarretar em abusos, estimulando contratos opressivos e asfixiantes.

O credor hipotecário para entrar na posse da coisa, somente se a dívida não tivesse sido paga, dispunha do interdito Salviano, que era efetivo apenas contra o devedor. Posteriormente, lhe foi concedida a ação Serviana, para haver coisa do devedor ou de terceiro, porém, ambas as ações só se aplicavam em caso de arrendamento de imóvel rural. Daí, ter surgido, como extensão *utilitatis causa* da ação Serviana, para abranger todas as espécies de crédito, uma nova ação denominada *actio Serviana utilis*, ou *actio hypothecaria*. Tais meios de proteção eram utilizados quando se perdia a posse, com violência ou clandestinidade, para devedor ou terceiro. O devedor, quando o credor lhe negava a restituição da coisa após paga a dívida, podia recuperá-la através da *rei vindicatio*, ação que protegia a propriedade.

Sendo a hipoteca, em regra, um direito acessório, dependente do direito de crédito, podia extinguir-se por via principal ou por via acessória. Extingue-se por via principal nos seguintes termos: quando a coisa dada em hipoteca destruía-se ou tornava-se inalienável; quando houvesse a renúncia do direito de hipoteca por seu titular; quando ocorresse a confusão; ou por usucapião em favor de terceiro. Igualmente extinguiam-se a hipoteca por via acessória, quando a obrigação garantida se extinguisse. Com a Constituição de Gordiano, que criou o *pignus gordianum*, a extinção só ocorria quando todos os débitos do devedor para com o credor, mesmo os não garantidos, estivessem extintos.

Por fim, o Imperador Leão criou a hipoteca privilegiada, que estabelecia que a hipoteca constituída mediante instrumento público, ou a realizada por instrumento

¹² MIRANDA. Pontes de. p. 56

particular perante três testemunhas. Esta hipoteca teria prioridade sobre as demais hipotecas, mesmo que fossem constituídas anteriormente e não preenchessem tais requisitos. Pode-se afirmar que é o que originou (no ano de 472) o que atualmente reconhecemos como o princípio da publicidade.

1.3 EVOLUÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS E NO DIREITO BRASILEIRO

Por sua vez, o Direito Português, no tempo das Ordenações adotou, com ligeiras modificações, o direito hipotecário dos romanos, em que pese suas falhas e defeitos, já que os estes não lograram cercar, com sua lógica, as garantias reais, perdendo toda a característica de sistema.

Já o Direito brasileiro, conseguiu, com o passar do tempo, dar certa ordem e disciplinar a hipoteca, assentando o instituto sobre os pilares da publicidade e da especialidade.

A Lei n.º 317, de 21 de outubro de 1843, seguida de seu regulamento baixado com o Decreto n.º 842, de 14 de novembro de 1846, iniciou a reforma de nosso sistema hipotecário.

Imperfeito, todavia, como o reputava LAFAYETE, substitui-se pela Lei n.º 1.237, de 24 de setembro de 1864, regulamentada pelo Decreto n.º 3.423, de 26 de abril de 1865, depois substituído pelo Decreto n.º 3.471, de 3 de julho de 1865, que vigorou até a República, em cujos primórdios procedeu-se a uma reestruturação dos Registros Públicos com o Decreto n.º 169-A, de 19 de janeiro de 1890, seguido do regulamento baixado com o Decreto n.º 370, de 2 de maio de 1890.

Procurando dar atenção à aplicação prática do instituto, o Código Civil de 1916, com poucas mudanças, finalmente sistematizou o instituto.¹³

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V.4. 12.ª edição, 5.ª tiragem. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 251

2. DIREITO REAL DE GARANTIA

Os direitos patrimoniais se dividem em duas grandes classes; direitos pessoais e reais. Os direitos pessoais recaem imediatamente sobre uma ou mais pessoas individualmente obrigadas, enquanto os direitos reais afetam imediatamente a coisa, sem a interferência de pessoa que seja por ela individualmente obrigada.

Dionysio Gama traz a distinção dos direitos reais dos direitos pessoais: “Os primeiros tem por objecto a propriedade, bem como os direitos della decorrentes, ou que della podem ser separados e destacados; ao passo que os segundos compreendem e abrangem exclusivamente os actos e os factos do devedor obrigado.”¹⁴

Affonso Fraga, traz uma das mais antigas noções de direito real criada por Grocio e adotada por Huberus e Heineccio: “o direito real é a faculdade que compete ao homem sobre uma coisa, sem relação a determinada pessoa, ou, na língua que fora formulada - *facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam*”. Em seguida, ressalva que a definição vista tem o grave senão de não lograr envolver a totalidade do objeto a definir, eis que define o direito real por excelência, ou seja, o domínio na sua integridade ou na soma total dos seus elementos constitutivos, mas não o direito real sobre a coisa alheia.¹⁵

Assevera, ainda, o autor, que Heineccio acrescentou, ao conceito de Grocio, o poder de o direito ser exercido contra qualquer possuidor, *ex quo agi potest quemcumque personarem*¹⁶, ou seja o conceito atualmente conhecido como direito de seqüela.

Ressalta-se que os adeptos da teoria *clássica* ou *realista* caracterizam o direito real como o poder imediato da pessoa sobre a coisa, que se exerce *erga omnes*. Enquanto o direito pessoal opõe-se unicamente a uma pessoa, de quem se exige um comportamento determinado. Para esta teoria, a *seqüela* e a *preferencia*

¹⁴ GAMA, Affonso Dionysio. Dos Direitos Reaes de Garantia (penhor, antichrese e hypotheca). 2.^a Edição. São Paulo: Saraiva & CIA. 1930. p. 7.

¹⁵ FRAGA, Affonso. Direitos Reas de Garantia: Penhor, Antichrese e Hypotheca. São Paulo: Saraiva & Comp. 1933. p. 7.

¹⁶ FRAGA, Affonso. Obra citada, p.7.

são manifestações típicas da oponibilidade absoluta dos direitos reais, e seu caráter absoluto advém de ser um poder direto e imediato sobre a coisa.¹⁷

Contrapõe-se a tal posição a chamada teoria *personalista*, que, em primeiro lugar, afirma não poder haver relação jurídica entre pessoa e coisa e, sim, entre pessoas; como segunda crítica, de não ser a oponibilidade contra terceiros uma característica particular dos direitos reais, mas sim, de todos os direitos absolutos.

A grande distinção entre as duas teorias está no sujeito passivo da relação estabelecida, uma vez que nos direitos reais o sujeito passivo é indeterminado, pois estabelece-se uma obrigação passiva universal, a de respeitar o direito. Nos direitos pessoais, por outro lado, o sujeito passivo é pessoa certa e determinada – o devedor.

Os autores modernos voltam-se para a estrutura interna do direito real, que é o ponto que o caracteriza, salientando, finalmente, o poder de utilização da coisa, sem intermediário.

Dentre as diversas classificações dos direitos reais, sobressai uma divisão primária, em função da finalidade, que os divide em direitos reais de gozo e direitos reais de garantia. Diferença básica entre os direitos de uso e gozo e os direitos reais de garantia é que os primeiros têm existência autônoma, ao passo que os últimos são sempre acessórios do direito que visam assegurar. Enquanto direitos reais de garantia, classificação atribuída pela doutrina em função da extensão dos poderes que o direito real confere ao seu detentor, encontramos o penhor, a anticrese e a hipoteca. Nosso estudo versará sobre o terceiro deles. A hipoteca, assegura a preferência e o direito de o credor executar a coisa para satisfação de seu crédito, o que será mais profundamente examinado posteriormente.

Para Sílvio Rodrigues: "a garantia real se apresenta quando o devedor separa de seu patrimônio um bem e o destina, primordialmente, ao resgate de uma obrigação".¹⁸

Por outro lado Pontes de Miranda traz a idéia de como nasceram os direitos reais de garantia: "A garantia real sem transmissão, pela gravação de bem ou de bens, é que faz nascer o direito real de garantia, espécie de direito real limitado. O credor fica assegurado, ou por ser-lhe atribuído, em caso de inadimplemento, o

¹⁷ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 1990. p. 2.

poder de dispor da coisa, ou por si, ou através do Estado, ou por ser-lhe facultado perceber os produtos, até a satisfação do crédito.”¹⁹

2.1 NECESSIDADE DE DETERMINAÇÃO DA COISA

O espírito humano não pode conceber um direito real versando sobre bens incertos, vagos e imprecisos. A determinação da coisa afetada é inerente à finalidade do direito real, de maneira que, ao ser o direito lesado, tenha efeito a *actio in rem*. A condenação poderá ser frustrada, ocorrendo a improcedência da ação, no caso de surgirem dúvidas em relação à coisa, caso esta não esteja exatamente designada – é a denominada especialização, que examinaremos adiante.²⁰

2.2 GARANTIA

A garantia é o ajuste que visa dar ao credor uma segurança de pagamento, que poderá efetivar-se mediante a entrega de um bem móvel ou imóvel, pertencente ao próprio patrimônio do obrigado (penhor, hipoteca ou anticrese), para responder preferencialmente pelo resgate da dívida, caso em que terá garantia real, ou, então, mediante promessa de terceiro, estranho à relação jurídica, de solver *pro debitore*, hipótese em que se configurará a garantia pessoal, ou fidejussória, ou melhor, a fiança, que além de garantir a boa vontade do devedor, completará sua insuficiência patrimonial com o patrimônio do fiador

Para Darcy Bessone, nos direitos reais de garantia opera-se a vinculação de uma coisa a determinada obrigação, a fim de garantir seu pagamento. A coisa dada em garantia é vinculada a uma obrigação e garante uma relação creditória.

Tem-se em matéria de solução de dívida que, em regra, todo o patrimônio do devedor responde por suas dívidas, considerando que não haja nenhum bem particularmente afetado à garantia de determinada dívida. Todos os bens do devedor são objeto de penhora, com exceção, obviamente, dos legalmente impenhoráveis.

¹⁸ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Direito das Coisas. Vol. 5. São Paulo: Saraiva. 1981. p. 318.

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. Obra citada, p. 3.

²⁰ Ver item 5.3.2

O direito real de garantia abre exceção à regra do concurso de credores, já que vincula determinada coisa a certa razão creditória. Na chamada lei do concurso, todos os credores do devedor comum concorrem em situação de igualdade, nota-se daí a nítida vantagem para o credor em estabelecer-se a garantia. Tal vantagem decorre de lei, como se verifica no art. 1.560 do Código Civil.²¹

2.3 DIREITO DE GARANTIA E PRIVILÉGIO

Não é prudente confundir direito de garantia com privilégio.²² O privilégio, em geral, está ligado à *qualidade* do crédito, já o direito real de garantia não preocupa-se com esta *qualidade*. A garantia pode ser dada a qualquer crédito e a créditos de qualquer natureza. Pode ser dada a garantia através de bem que afete o especialmente o mútuo, como também, com o que garanta qualquer outra relação creditória.

Enquanto a garantia real decorre de convenção entre as partes, ou seja, ato voluntário, o privilégio é instituído por lei. Há casos, como o penhor legal e a hipoteca legal, em que a garantia é instituída pela lei, mas, em regra, decorre de ato voluntário. Já o privilégio constitui direito de natureza especial, não se estabelece poder jurídico sobre a coisa.²³

2.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA

Os direitos de garantia tem como característica a seqüela e a preferência, conforme classificação de Orlando Gomes. Embora Caio Mário as inclua como “*efeitos*” dos direitos reais de garantia em geral, conjuntamente com a excussão e a indivisibilidade. Esta será analisada dentro dos caracteres jurídicos da hipoteca, como assim o considera o próprio autor e Maria Helena Diniz; já a excussão será analisada como efeito latente da hipoteca.²⁴

²¹ Código Civil, art. 1.560 – O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie, salvo a exceção estabelecida no parágrafo único do art. 759; o crédito pessoal privilegiado, ao simples, e ao privilégio especial, ao geral.

²² Código Civil arts. 1.554 a 1.571

²³ BESSONE, Darcy. Direitos Reais. 2.ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 311.

²⁴ Ver item 5.2

2.4.1 Direito de Seqüela

Seqüela é característica inerente aos direitos reais de garantia. O direito de seqüela autoriza ao credor hipotecário a perseguição da coisa para garantir-se a dívida a que ela se vincula realmente, com quem quer que esteja, onde quer que se encontre a coisa.

Sobre a seqüela, Tito Fulgêncio diz: “Chamar à execução a coisa hipotecada, esteja onde estiver, em mão do devedor ou de outrém. É o direito de seqüela, o próprio direito real em atividade”.²⁵

Caio Mário assim define o direito de seqüela, quando se refere à hipoteca, porém ressalva que se aplica aos direitos reais em geral:

”A seqüela, como o próprio vocábulo indica, é a particularidade de seguir a coisa onde quer que se encontre, própria dos direitos reais em geral. Se o imóvel é transferido *inter vivos ou causa mortis*, pode o credor persegui-lo em poder do adquirente, e sem dependência de ressalva especial. Incumbe ao credor promover a execução do imóvel onerado e sua venda, mesmo que não seja mais propriedade do devedor hipotecário. Por isto mesmo se poderá dizer que a venda do bem gravado, não extinguindo a hipoteca, é um ato indiferente para o credor, no sentido de que sempre lhe será lícito exercer seu direito contra o adquirente.”²⁶

Por outro lado, Orlando Gomes afirma: “O direito de seqüela é o que tem o titular de direito real de seguir a coisa em poder de todo e qualquer detentor ou possuidor. Para significá-lo, em toda sua intensidade, diz-se que o direito real adere à coisa como a lepra ao corpo (*uti lepra cuti*). Não importam as usurpações; acompanhará sempre a coisa”.²⁷

Mesmo que o bem seja alienado ou transmitido por *causa mortis*, o bem afetado pela garantia permanece como garantia ao credor, neste sentido Caio Mário afirma: “transmitido o bem gravado (*inter vivos ou causa mortis*) continua afetado ao cumprimento da obrigação garantida. Vale dizer: incorporada a coisa ao patrimônio

²⁵ FULGÊNCIO, Tito. Direito Real de Hipoteca. Volumes I e II. 2.ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.56.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 270.

²⁷ GOMES, Orlando. Obra citada, p. 9.

do adquirente, permanece objeto de garantia do débito do alienante, até a sua *solutio*".²⁸

2.4.2 Direito de Preferência

Onde mais nitidamente se desenha o perfil da garantia real é na insolvência ou no inadimplemento do devedor que, neste caso, terá seus bens alienados em hasta pública. A preferência é o direito que tem o credor de pagar-se, no caso de inadimplemento do devedor, mediante a venda do bem. Se houver excesso, restitui-se ao devedor ou pagam-se os demais credores, por outro lado, se for insuficiente o produto da venda judicial, tem direito o credor de buscar no patrimônio do devedor recursos para se pagar, mas sem privilégio quanto ao remanescente do crédito. Afinal, como dispõe o art. 767 do Código Civil, o credor continua obrigado pessoalmente até a extinção do crédito.²⁹

Prudentemente observa Tito Fulgêncio: "A preferência não é da essência da hipoteca, como o é a seqüela, senão um predicado que a lei artificialmente lhe confere, tanto que há hipotecas sem preferência (art. 824)".³⁰

Sobre o direito de preferência, Orlando Gomes, diz: "Consiste no privilégio de obter o pagamento de uma dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação (...) para o caso de inadimplemento tem o credor o direito de se satisfazer sobre o valor deste bem, afastando os outros credores que tenham apenas direito pessoal contra o devedor, ou mesmo direito real de inscrição posterior".³¹

No mesmo toar, assim Caio Mário define o direito de preferência: "é o direito reconhecido ao credor de se pagar prioritariamente, sem se sujeitar a concursos ou rateio."³²

²⁸ PEREIRA, Caio Mário de Silva. Obra citada. p. 226.

²⁹ Código Civil, art. 767 – Quando, executado o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para o pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante.

³⁰ FULGÊNCIO, Tito. Obra citada. p. 57.

³¹ GOMES, Orlando. Obra citada. p. 9.

³² PEREIRA, Caio Mário de Silva. Obra citada. p. 269.

2.5 A HIPOTECA COMO DIREITO REAL DE GARANTIA

Maria Helena Diniz utiliza-se do termo *caracteres jurídicos da hipoteca*, dentre os quais destaca o de ser a hipoteca direito real de garantia: “É direito real de garantia, pois vincula imediatamente o bem gravado, que fica sujeito à solução do débito, sendo, ainda, oponível *erga omnes*, gerando para o credor hipotecário o direito de seqüela e a excussão da coisa onerada, para se pagar, preferencialmente, com sua venda judicial.”³³

O credor fica assegurado, ou por ser-lhe atribuído o poder de dispor da coisa, no caso de inadimplemento, por si, ou através do Estado, ou por ser-lhe facultado perceber os produtos até a satisfação do crédito.³⁴

³³ DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. 3.^a Edição, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 189.

³⁴ MIRANDA, Pontes de. Obra citada. p. 3.

3. CONCEITO CARACTERES JURÍDICOS DA HIPOTECA

3.1 CONCEITO

A hipoteca é uma garantia real, em regra, imobiliária, que se realiza sem o desapossamento do vendedor. Da afetação do imóvel resultam, em favor do credor, o direito de preferência, oponível a todos os credores do devedor comum, e o direito de seqüela, que se opõe a qualquer outro direito, como veremos a seguir.

Pontes de Miranda define a hipoteca como sendo: “o direito real de garantia, que grava imóvel ou bem a que a lei aponta (CC, art. 810) como hipotecável, sem passar ao titular do direito a posse do bem ou dos bens”.³⁵

A hipoteca recai sobre o bem por tornar seu valor sujeito ao gravame, ao invés do uso, do fruto, ou da renda. O dono do bem gravado de hipoteca pode dispor do domínio, cujo valor, em decorrência da hipoteca, diminui do total por ser esta um direito real limitado.

Maria Helena Diniz, apesar de tratar mais especificamente da hipoteca convencional, assim conceitua a hipoteca em geral: “A hipoteca é um direito real de garantia de natureza civil, que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou terceiro, sem transmissão da posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se, preferentemente, se inadimplente o devedor. É, portanto, um direito sobre o valor da coisa onerada e não sobre sua substância.”³⁶

Affonso Fraga define a hipoteca como sendo “o direito real que o credor tem na coisa alheia deixada na posse e disposição do seu dono para na falta do pagamento no vencimento do crédito, promover a sua venda em juízo e sobre o preço se pagar com prelação do que lhe fôr devido”³⁷, tal conceito, segundo o autor vem salientar os elementos substanciais da relação, próprios ao objeto que procura definir, ou seja, a ênfase no direito de prelação.

³⁵ MIRANDA, Pontes de. Obra citada. p. 62.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. Obra citada. p.3.

³⁷ FRAGA, Affonso. Obra citada. p. 400.

Sucintamente, Orlando Gomes define: “A hipoteca é o direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor, precipuamente, o pagamento de uma dívida”.³⁸

Já para Caio Mário a hipoteca é “o direito real de garantia de natureza civil, incidente em coisa imóvel do devedor ou de terceiro, sem transmissão da posse ao credor”³⁹ a acrescenta, com propriedade que, da análise do conceito, conclui-se que o mesmo é imperfeito, e passa à análise do que denomina de *caracteres jurídicos* da hipoteca, denominação esta também adotada por Maria Helena Diniz.

3.2 CARACTERES JURÍDICOS DA HIPOTECA

3.2.1 Natureza Civil

O Código Civil aclara que não importa quem são as pessoas envolvidas no contrato hipotecário e acaba, definitivamente, com qualquer diferença que se pretendesse estabelecer entre os negócios hipotecários dos comerciantes e os negócios hipotecários de todas as outras pessoas.⁴⁰ Caio Mário afirma: “Não importa, pois, a qualificação das pessoas do devedor ou do credor, nem a natureza (civil ou mercantil) do débito garantido”.⁴¹

3.2.2 Direito real

Tratando-se de um direito real de garantia, logo se percebe que é pressuposto da hipoteca um crédito, vale dizer, um direito de natureza pessoal a garantir.⁴²

3.2.3 Coisa do devedor ou de terceiro

³⁸ GOMES, Orlando. Obra citada. p. 353.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada. p. 252

⁴⁰ Código Civil, art. 809 – A lei da hipoteca é a civil, e civil a sua jurisdição, ainda que a dívida seja comercial, e comerciantes as partes.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada. p. 253

⁴² ver item 2.5 – A hipoteca como direito real de garantia. p. 15

O objeto gravado deve ser da propriedade do devedor ou de terceiro, que dá imóvel para garantir a obrigação contraída pelo devedor.

3.2.4 Posse da coisa

A hipoteca exige que o *devedor hipotecante* continue na posse do imóvel onerado, que exerce sobre ele todos os seus direitos, podendo, inclusive, perceber-lhe os frutos.⁴³ O devedor só perderá a posse no caso de execução hipotecária. Sobre esta característica da hipoteca Orlando Gomes acertadamente comenta: “Distingue-se a hipoteca dos outros direitos reais de garantia porque não desapossa o devedor do bem dado em garantia. Daí sua superioridade econômica e técnica”.⁴⁴

Como dispõe o Código Civil em seu art. 765⁴⁵ será nula a cláusula que confira ao credor a posse da coisa dada em garantia, é a chamada cláusula comissória que consiste, claramente, em uma técnica que oprime o tecnicamente mais fraco, o devedor. Não importando se pactuada no momento do contrato ou posteriormente.⁴⁶ Vale ressaltar que a repulsa a tal prática já se verificou no Direito Romano, na época do Imperador Constantino, no século IV, já que, em pelo menos em quatro passagens se notou tal repulsa: Código, Livro VIII, Tít. 28, Leis 4, 7 e 14; Livro VIII, Tít. 35, Lei 3.⁴⁷

3.2.5 Indivisibilidade

A hipoteca é considerada indivisível, no sentido que a hipoteca subsiste por inteiro sobre a totalidade dos bens gravados, ainda que ocorra o pagamento parcial: *hypoteca est tota in toto et tota in qualibet parte* (Código de Justiniano, Livro 8, Tít.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. Obra citada. p. 190

⁴⁴ GOMES, Orlando. Obra citada. p. 354

⁴⁵ Código Civil, art. 765 – É nula a cláusula que autoriza a o credor pignoratício, anticrético, ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

⁴⁶ FULGÊNCIO, Tito. Obra citada. p. 111

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada. p. 228.

27, § 6º). A indivisibilidade da hipoteca significa que os pagamentos parciais da dívida não autorizam a sua redução, ainda que ela compreenda vários bens.⁴⁸

Orlando Gomes assim define a indivisibilidade: “Significa a indivisibilidade que o ônus real grava a coisa na sua totalidade e em todas as suas partes, pouco importando que seja dividida ou que a dívida seja amortizada. Assim, o devedor que tenha pago parte da dívida não obtém redução proporcional da garantia hipotecária; o bem hipotecado continua a garantir o pagamento do saldo sem qualquer diminuição, tal como gravado ao se constituir a relação”.⁴⁹

Maria Helena Diniz esclarece: “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”.⁵⁰

Tito Fulgêncio diz: “A hipoteca é indivisível, a dizer, cada porção do crédito é garantida pela hipoteca inteira e cada porção da coisa hipotecada garante o crédito inteiro”.⁵¹

A regra da indivisibilidade não é da essência da hipoteca⁵², mas criação de lei, ou liberalidade dispositiva, já que as partes podem tornar o gravame divisível, conforme disposição final do art. 758 do Código Civil. Da análise dos conceitos trazidos, facilmente conclui-se que, a principal função da indivisibilidade é assegurar eficazmente o pagamento da dívida na sua totalidade.

O axioma da indivisibilidade da hipoteca tem sido posto em rude prova em face das novas necessidades. Como por exemplo em financiamentos concedidos por agentes financeiros a construtoras para a construção de prédios de apartamentos, verifica-se a necessidade de poder a construtora liberar a hipoteca relativa às unidades já vendidas, desonerando, por sua vez, o adquirente da mesma. Nenhum prejuízo adviria ao credor se, realizado o loteamento ou a edificação, fosse possível aos adquirentes, na proporção do valor de sua unidade ou de seu terreno, restringir a hipoteca à fração por eles adquirida, inclusive para poder remi-la.

⁴⁸ Código Civil, art. 758 – 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.

⁴⁹ GOMES, Orlando. Obra citada. p. 354

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. Obra citada. p. 190.

⁵¹ FULGÊNCIO, Tito. Obra citada. p. 54.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada. p. 254.

Clóvis do Couto e Silva traz pertinente crítica à indivisibilidade, senão vejamos: “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”.⁵³

O mesmo autor comenta que a solução existe e é adotada em outros países, a divisão dar-se-á pelo aparecimento de várias hipotecas, cada uma delas vinculada a um imóvel determinado: “No § 1.172 do BGB conferiu-se a cada um dos proprietários o direito formativo modificativo, de fracionar a hipoteca que grava a totalidade, de modo a que seu prédio fique gravado apenas com uma parcela ao todo”.⁵⁴ Em nosso direito, essa possibilidade fica na dependência do aceite do credor.

3.2.6 Acessoriedade

A acessoriedade da hipoteca significa que a relação creditícia comanda e determina o regime jurídico de garantia de direito real, mais do que isso, tem o sentido de que a garantia se refere sempre a um crédito.

Sobre a acessoriedade Caio Mário diz: “A hipoteca, como relação de garantia, não pode nascer nem subsistir sem um crédito; se falta este ou se se invalida, inexistente aquela; se se extingue, anula ou resolve o crédito, desaparece a garantia hipotecária”.⁵⁵ É acessório, já que é um direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal.⁵⁶

Por sua vez, Orlando Gomes, corrobora: “Destinado a garantir o pagamento de uma dívida, o direito real de hipoteca, em nosso sistema jurídico, tem sua existência condicionada e sua sorte ligada a um direito de crédito”.⁵⁷

⁵³ SILVA, Clóvis do Couto e. *A Hipoteca no Direito Comparado*. Porto Alegre: CORAG, 1974. Pg. 39.

⁵⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. *Obra citada*, p. 39.

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário de Silva. *Obra citada*, p. 254.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Obra citada*, p. 191.

⁵⁷ GOMES, Orlando. *Obra citada*, p. 353.

Completando o tema da acessoriedade da hipoteca, Afonso Fraga, afirma que deste princípio resulta:

“a) que sendo da essência da hypotheca assegurar o cumprimento de uma obrigação, se esta se extinguir por qualquer causa jurídica, ella também se extingue; b) que a obrigação principal independe da acessoria; e assim ella póde permanecer com vida jurídica, não obstante a extinção da hypotheca; c) que todas as excepções oponíveis á obrigação principal, são também oponíveis á hypotheca, mas a reciproca não é verdadeira.”⁵⁸

Como exemplo a essa última observação, se a hipoteca for constituída pelo marido sem a outorga da mulher, nula ella será, porém o crédito subsistirá podendo ser efetivado pelos meios competentes, isso é consequência da autonomia do direito principal, por óbvio, da acessoriedade da hipoteca.

⁵⁸ FRAGA. Afonso. Obra citada. p. 415.

4. ESPÉCIES DE HIPOTECA

Como já dantes fora esclarecido, não pretende esse trabalho trazer minúcias sobre as distintas espécies de hipoteca, senão busca focalizar seu objeto na hipoteca convencional, dando sobre as outras, tão somente, notícia do conceito. Para as hipotecas denominadas especiais: a naval, a aeronáutica e a de vias férreas, igualmente se dará tratamento superficial, porém serão analisadas no capítulo destinado aos requisitos (objetivos)⁵⁹ da hipoteca.

4.1 HIPOTECA CONVENCIONAL

A hipoteca convencional é aquela constituída pelo acordo de vontades do credor e do devedor. É a que deve atender os requisitos e deve gerar os efeitos⁶⁰ que serão objeto de análise deste trabalho.

4.2 HIPOTECA LEGAL

A hipoteca legal está regida pela seção II do capítulo destinado à hipoteca no Código Civil, sejam os artigos 827⁶¹ a 830.

Igualmente à hipoteca convencional, fica um imóvel sujeito à solução da obrigação, porém com a distinção que o proprietário não o destacou de seu patrimônio por ato de vontade, mas sim por imposição de lei.

Dionysio Gama assim define a hipoteca legal:

“Chama-se – hypotheca legal – a que é insituida pela lei, independentemente de qualquer convenção das partes, como um favor outorgado a certos créditos, ou porque a natureza especial d’elles o mereça, ou porque, com o valor dos mesmos, se attente também à condição das pessoas, em cujo

⁵⁹ Ver item 5.2.

⁶⁰ Ver capítulos 5 e 6.

⁶¹ Código Civil, art. 827 - A lei confere hipoteca: I - À mulher casada, sobre os imóveis do marido para garantia do dote e dos outros bens particulares dela, sujeitos à administração marital. II - Aos descendentes, sobre os imóveis do ascendente, que lhes administra os bens. III - Aos filhos, sobre os imóveis do pai, ou da mãe, que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior (artigo 183, nº XIII). IV - Às pessoas que não tenham a administração de seus bens, sobre os imóveis de seus tutores ou curadores. (Redação dada ao inciso pelo Decreto Legislativo nº 3.725, de 15.01.1919) V - À Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, sobre os imóveis dos tesoureiros, coletores, administradores, exatores, prepostos, rendeiros e contratadores de rendas e fiadores. VI e VII, ver nota ao item 4.3; VIII - Ao co-herdeiro para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente.

benefício é estabelecido. Do direito romano, passou a hypotheca legal para o velho direito português, onde foi também conhecida pela denominação de hypotheca tacita.”⁶²

A hipoteca legal é constituída em favor das pessoas taxativamente enumeradas nos incisos do art. 827 do Código Civil.

A especialização da hipoteca convencional decorre do próprio título, mencionando a dívida e qual o imóvel destacado do patrimônio. Na hipoteca legal a especialização se dá em juízo, observando-se a preceituação específica⁶³ e a discriminação dos bens gravados.

Pode-se observar a aplicação prática do instituto através do pequeno trecho da jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgamento de mandado de segurança:

“O certo é que, a priori, o administrador público responde com seus próprios bens pelos erros que eventualmente cometer, culposa ou dolosamente, pois deveria, rigorosamente, proceder hipoteca legal de seus bens no momento em que iniciasse uma administração” - 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Mandado de Segurança nº 594014094, julgado em 04 de outubro de 1994, observação feita pelo Desembargador Tupinambá Miguel Castro Do Nascimento, em que se manteve afastamento liminar do Prefeito Municipal de Imbé - RS de seu cargo, por incidente a Lei nº 8.429/92. (grifo nosso)

4.3 HIPOTECA JUDICIAL

A hipoteca judicial encontra assento nos incisos VI e VII do art. 827⁶⁴; e constitui-se no direito de seqüela conferido, na execução de uma sentença, ao vencedor sobre os bens da parte vencida. É considerada uma espécie de hipoteca

⁶² GAMA, Affonso Dionysio. Obra citada, p.317.

⁶³ Código de Processo Civil, art. 1.205 - O pedido para especialização de hipoteca legal declarará a estimativa da responsabilidade e será instruído com a prova do domínio dos bens, livres de ônus, dados em garantia.

⁶⁴ Código Civil, art. 827 - VI - Ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas (artigo 842, nº I); VII - À Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, sobre os imóveis do delinqüente, para o cumprimento das penas pecuniárias e o pagamento das custas (artigo 842, nº II).

legal, vez que é oriunda de disposição legal e não de acordo de vontades. Porém Pontes de Miranda distingue a hipoteca judicial da legal:

“O que distingue a hipoteca judicial das hipotecas legais é a interposição da decisão constitutiva do juiz. O juiz não constitui hipotecas legais: pode declará-las, pode ter função no tocante à inscrição e cancelamento. Se as tem como objeto de julgamento é para declará-las existentes ou não, eficazes ou não eficazes. Quanto às hipotecas judiciais, o juiz, executando, as constitui.”⁶⁵

O pagamento dos ofendidos preferirá ao pagamento das custas e penas pecuniárias, caso os bens do criminoso não forem suficientes para a satisfação do débito total, conforme dispõe o art. 829⁶⁶ do Código Civil.

Como nas outras espécies de hipoteca, a inscrição é requisito fundamental para que gere efeitos *erga omnes*, porém a hipoteca judicial permite que haja a inscrição antes mesmo da sentença passar em julgado. Para bem ilustrar, examine-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – PEDIDO DE INSCRIÇÃO DE HIPOTECA JUDICIAL – DEFERIMENTO – REQUISITOS ATENDIDOS – PENDÊNCIA DE RECURSO – IRRELEVÂNCIA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO – Sendo consequência imediata da sentença condenatória a hipoteca judicial, irrelevante que não haja, ainda, trânsito em julgado ou que o devedor seja solvente, ou, ainda, que o valor do bem hipotecado seja superior à suposta dívida. Decisória a quo que atende os ditames do artigo 466 do Código de Processo Civil.” (TJPR – AI 0102693-5 – (6953) – 6ª C.Cív. – Rel. Des. Jair Ramos Braga – DJPR 11.06.2001)

Orlando Gomes desaconselha o uso desta espécie de hipoteca: “Diversas razões aconselham sua supressão. A principal é que se não justifica a concessão de preferência ao credor que obteve a condenação, pois se encontra em situação

⁶⁵ MIRANDA, Pontes de. Obra citada, p. 147.

⁶⁶ Código Civil, art. 829 - Quando os bens do criminoso não bastarem para a solução integral das obrigações enumeradas no artigo 827, n.ºs. VI e VII, a satisfação do ofendido e seus herdeiros preferirá às penas pecuniárias e custas judiciais.

semelhante à de outros credores, contrariando-se a regra de que o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores.⁶⁷

4.4 HIPOTECA CEDULAR

A hipoteca cedular, como do próprio nome se deduz, é constituída por uma cédula, que consiste num título representativo do crédito com a gravação do ônus real. A emissão da cédula hipotecária só é permitida nas operações do Sistema Financeiro de Habitação; ou se emitida por instituição financeira ou seguradora.

Caracteriza-se por ser título de crédito que pode ser endossada, sendo que o beneficiado fica sub-rogado nos direitos do endossante. Para sua circulação, torna-se imprescindível a sua averbação no registro de imóveis, sob pena de nulidade. Se houver outro ônus real já inscrito não é possível a inscrição da cédula hipotecária.

Na hipoteca cedular são aplicados os mesmos princípios da hipoteca convencional, desde que não colidam, como determina o art. 26⁶⁸ do Decreto Lei n.º 413/69. Uma das principais distinções da hipoteca cedular em relação à convencional é a impossibilidade de se penhorar imóvel gravado com aquela. Pois, a jurisprudência firmada no Tribunal de Alçada de Minas Gerais assim decidiu:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – PENHORA – BEM HIPOTECADO – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – É vedada a penhora de imóvel gravado com hipoteca cedular rural, de acordo com o art. 69⁶⁹ do Decreto-Lei nº 167/67. (TAMG – AI 0339461-4 – (42023) – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Alvimar de Ávila – J. 05.09.2001)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PENHORA DE IMÓVEL HIPOTECADO – HIPOTECA CEDULAR EM FAVOR DE OUTRO CREDOR – IMPENHORABILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO – 1. A hipoteca, em regra, não induz inalienabilidade e impenhorabilidade pois o direito de seqüela permite ao credor hipotecário executar o bem independentemente de quem seja titular de domínio sobre o bem. 2. A

⁶⁷ GOMES, Orlando. Obra citada, p. 360.

⁶⁸ Decreto Lei n.º 413/69, art. 26 - Aplicam-se à hipoteca cedular os princípios da legislação ordinária sobre hipoteca, no que não colidirem com o presente Decreto-Lei. Vide artigos 809 e segs. do Código Civil, sobre hipoteca.

⁶⁹ Decreto-lei n.º 167/67, art. 69 - Os bens objeto de penhor ou de hipoteca constituídos pela cédula de crédito rural não serão penhorados arrestados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro empenhador ou hipotecante, cumprindo ao emitente ou ao terceiro empenhador ou hipotecante denunciar a existência da cédula às autoridades incumbidas da diligência ou a quem a determinou, sob pena de responderem pelos prejuízos resultantes de sua omissão.

legislação especial, entretanto, excepciona a regra, dispondo que, na hipoteca cedular, o bem torna-se impenhorável até mesmo em execução promovida por credor de hipoteca simples (art. 69 do Decreto-lei n.º 167 de 1967 e art. 57⁷⁰ do Decreto-lei n.º 413, de 1969). 3. Havendo penhora cedular em grau anterior, não pode o credor de hipoteca simples em grau posterior excutir o bem dado em garantia. Tendo a decisão agravada adotado este entendimento, revela-se correta. 4. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (TAMG – AI 0296877-6 – 2ª C.Cív. – Rel. Juiz Caetano Levi Lopes – J. 15.02.2000)

⁷⁰ Decreto-lei nº 413/69, art. 57 - Os bens vinculados à cédula de crédito industrial não serão penhorados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro prestante da garantia real, cumprindo a qualquer deles denunciar a existência da cédula às autoridades incumbidas da diligência, ou a quem a determinou, sob pena de responderem pelos prejuízos resultantes de sua omissão.

5. REQUISITOS

Para que se verifique a validade da hipoteca é necessária a presença de requisitos de natureza objetiva, subjetiva e formal.

5.1 REQUISITOS SUBJETIVOS

Sobre os requisitos de ordem subjetiva o Código Civil é bastante claro nos dispositivos (arts. 755 a 757)⁷¹ que regulam o tema, não necessitando de exageradas considerações a respeito, embora alguns detalhes mereçam ser observados.

Em primeiro lugar, o devedor que contrata a hipoteca deverá ter a capacidade de alienar, já que o imóvel será vendido judicialmente no caso de inadimplemento da dívida. Sobre os requisitos subjetivos, Orlando Gomes menciona que: “O direito real de hipoteca constituído mediante contrato requer, no devedor, a capacidade de alienar, visto que, se não paga a dívida, o imóvel será judicialmente vendido”.⁷²

Da leitura do artigo 756⁷³, parágrafo único, visualiza-se que domínio superveniente convalida a hipoteca desde a transcrição. Neste sentido, Maria Helena Diniz comenta: “Se, porventura, a hipoteca for constituída por quem não é proprietário, nula ela será, salvo se o devedor estiver de boa-fé, revalidando-se o ônus real se ele adquirir posteriormente a propriedade (CC, art. 756 parágrafo único), desde a inscrição”.⁷⁴

Dos dispositivos acima analisados pode-se deduzir que: a) a outorga uxória ou marital se faz necessária para os casados que pretendem hipotecar, em caso de recusa injustificada o juiz pode suprir a falta desta anuência; b) os condôminos podem hipotecar a sua unidade e respectiva fração ideal, independentemente da anuência dos demais; c) mediante autorização judicial e provada a necessidade, os

⁷¹ Código Civil, art. 755 – Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

⁷² GOMES, Orlando. Obra citada, p. 355.

⁷³ Código Civil, art. 756 – Só aquele que pode alienar poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar. Só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese ou hipoteca. Parágrafo único – O domínio superveniente revalida, desde a inscrição, as garantias reais estabelecidas por quem possuía a coisa a título de proprietário.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 192.

menores sob pátrio poder poderão hipotecar, desde que representados pelos seus pais; d) igualmente os curatelados poderão hipotecar, se o ato lhes trazer vantagem e devidamente representados e autorizados por magistrado; e) os falidos não podem hipotecar por falta de administração e disposição dos bens; f) os concordatários só poderão hipotecar mediante autorização judicial, até o cumprimento da concordata; g) por criação jurisprudencial é permitido ao ascendente hipotecar bem a descendente, independentemente do consentimento dos outros⁷⁵; h) igualmente por criação jurisprudencial, é possível hipotecar através de procurador, desde que com poderes especiais; e finalmente o disposto no art. 757 do Código Civil.⁷⁶

5.2 REQUISITOS OBJETIVOS

Conforme expressa determinação legal a hipoteca pode ter como objeto o rol de bens apresentado no art. 810⁷⁷ do Código Civil. Em regra, a hipoteca incide sobre bens imóveis, embora recaia sobre coisas móveis, que, por lei, são passíveis de serem hipotecadas sem perder sua mobilidade.⁷⁸

Entre os bens que podem ser hipotecados incluem-se os acessórios dos imóveis, juntamente com eles; o domínio direto; o domínio útil, no caso da enfiteuse; as estradas de ferro; as minas e pedreiras; os navios e as aeronaves.

Vale lembrar que, em sua origem histórica, a hipoteca teve por objeto tanto bens imóveis quanto bens móveis.

Os imóveis abrangendo por sua vez o solo e as construções de qualquer espécie. Vale ressaltar que afim de facilitar o financiamento para aquisição de casa própria admite-se a hipoteca de construções começadas caso em que o ônus real recairá na fração ideal do solo.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 261.

⁷⁶ Código Civil, art. 757 – A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver, se for divisível a coisa, e só a respeito dessa parte vigorará a indivisibilidade da garantia.

⁷⁷ Código Civil, art. 810 – Podem ser objeto de hipoteca: I- os imóveis; II- os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; III- o domínio direto; IV- domínio útil; V- as estradas de ferro; VI- as minas e pedreiras, independentemente do solo onde se acham; VII- os navios.

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Obra citada, p. 255

Os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles também serão objeto de hipoteca. São eles discriminados no art. 43, I, II e III, e 811 do CC. Ainda serão abrangidas pela hipoteca todas as acessões, melhoramentos e construções do imóvel.

Permite-se que o direito do senhorio direito, na enfiteuse, seja objeto de hipoteca, independente do consentimento do enfiteuta, já que o domínio do senhorio consiste na substância da coisa sem suas utilidades.

Igualmente o domínio útil pode ser hipotecado, vez que o mesmo pode ser alienado pelo foreiro ou enfiteuta. O domínio útil é o poder que este tem de usufruir do bem ou de transmiti-lo por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.

As estradas de ferro também são objeto de hipoteca, abrangendo-se todos os acessórios, tais como: os trilhos acertados, as oficinas, as estações e as linhas telegráficas, inclusive o material rodante; locomotivas e carros. A hipoteca de vias férreas está regulada nos arts. 852 a 855 do Código Civil.

A lei requer que se respeite a sua administração e suas deliberações porque são de funcionamento contínuo. A abrangência da hipoteca poderá recair sobre toda a estrada ou somente sobre uma determinada linha. Desta maneira, o credor hipotecário poderá impedir operações que rompam com a unidade da exploração comercial, tais como: a venda da estrada ou de suas linhas, bem como a fusão com qualquer outra empresa, sempre que a garantia ameace ser enfraquecida.

Ressalta-se, entretanto, que tanto a hipoteca ferroviária⁷⁹ como a de minas e pedreiras, são regidas por legislação especial.

As jazidas minerais são propriedade distinta do solo e pertence a União, que tem direito preferencial para sua exploração. Como bem observa Caio Mário: “ As pedreiras, que pela sua natureza não dependem de concessão, podem ser hipotecadas. As minas, convertido seu direito de exploração a uma concessão do Governo, podem ser dadas em garantia, hipotecando-se as instalações fixas. Mas a autorização governamental não poder ser objeto de gravame sem a averbação no Livro de registro de Concessão da Lavra.”⁸⁰

⁷⁹ ver Decreto Lei n.º 3.190/45; Decreto Lei n.º 4.857/39; art. 180 da Lei n.º 6.015/73.

⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p.258.

São hipotecados os navios porque vinculados a um porto; em virtude de registro, tem dominação própria, nacionalidade e caracteres próprios que lhe dão individualidade. A hipoteca efetua-se através de escritura pública com a apresentação de propriedade naval, que deve ser inscrita no Tribunal Marítimo conforme determina a Lei nº 9.432/97, regulamentada pelo Decreto nº 2.256/97.

Apesar de serem bens móveis, a legislação expressamente admite a hipoteca dos mesmo, vista a necessidade e conveniência econômica.

Conquanto não sejam bens imóveis, as aeronaves constituem, também, objeto de hipoteca, devido ao fato de são individualizáveis pela marca, prefixo, matrícula e são subordinados a critérios preestabelecidos. A Lei n. 7565/86 dispõe à respeito. Já o Código Brasileiro de Aeronáutica permite que sejam hipotecadas partes distintas da aeronave ou sua totalidade.

5.3 REQUISITOS FORMAIS

São requisitos formais da hipoteca o título, a especialização e a inscrição, embora Orlando Gomes afirmar serem princípios da hipoteca, a especialização e a inscrição, enquanto Pontes de Miranda ao invés de chamá-los de requisitos, os trata como características dos direitos reais de garantia.

5.3.1 Título

O título consiste no documento que materializa a garantia sobre determinado bem. Tanto na hipoteca convencional, que se constitui por contrato, quanto na hipoteca legal, que decorre de disposição legal, ou na hipoteca judicial, oriunda de sentença, é necessário, em todas as hipóteses, o título.

Na hipoteca legal o título constitutivo é a sentença de especialização, e na judicial, a carta de sentença ou mandado judicial, que deve conter a indicação das coisas gravadas e qual a dívida garantida.

Segundo Caio Mário: “é bem dever que o direito real surge com o registro e a este o Oficial competente somente pode proceder à vista de um instrumento inscrito. Conforme se trate de hipoteca convencional ou legal o título variará. Mas há de existir forçosamente.”⁸¹

5.3.2 Especialização

A especialização é requisito de validade da hipoteca contra terceiros expresso em lei. Pois, assim o dispõe o Código Civil em seu inciso IV, do art. 761.⁸² A especialidade estabelecida no contrato visa o interesse do devedor e atende a seu crédito. A especialidade na inscrição (art. 846) é estabelecida no interesse de terceiro, é o elemento de publicidade.⁸³

A especialização consiste em indicar qual o bem separado do patrimônio, o débito que se destina a garantir, e em favor de quem.

Ressalta-se ademais, que na falta desses requisitos, a hipoteca poderá ser considerada ineficaz, não garantido, dessa maneira, terceiros interessados.

Distintos, porém são os critérios da especialização na inscrição, na qual é necessária a descrição de todos os elementos necessários para que se possa fazer uma individualização do bem; a data e a natureza do título; o valor do crédito e o da coisa; além da completa qualificação das partes envolvidas.⁸⁴ Em benefício do credor especializa-se a hipoteca no contrato. Entretanto, na inscrição especializa-se no interesse de terceiros, como fator de publicização.

Destaca-se que, conforme Caio Mário⁸⁵, em relação à impossibilidade de hipotecar bens futuros, o mesmo não está a referir-se quanto a prédios em construção, haja vista que a referência ao memorial descritivo, plantas e projetos, constituem os dados especializadores, pois permitem que durante as diversas fases

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p.261.

⁸² Código Civil, art. 761 – Os contratos de penhor, anticrese e hipoteca declararão, sob pena de não valerem contra terceiros: I- o total da dívida ou sua estimação; II- o prazo fixado para o pagamento; III- a taxa dos juros, se houver; IV- a coisa dada em garantia, com as suas especificações.

⁸³ FULGÊNCIO, Tito. Comenta o art. 761 do CC.

⁸⁴ Código Civil, art. 846 – A inscrição da hipoteca, legal, ou convencional, declarará: I- o nome, o domicílio e a profissão do credor e do devedor; II- a data, a natureza do título, o valor do crédito e o da coisa ou sua estimação, fixada por acordo entre as partes, o prazo e os juros estipulados; III- a situação, a denominação e os característicos da coisa hipotecada.

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 263.

de construção objetiva-se o gravame gradativamente, sem a necessidade de qualquer outra providência no registro.

Igualmente importante a especialização para individualizar e separar qual a parcela do patrimônio do devedor que se vê afetada. Orlando Gomes, assim esclarece, sobre o que chama de *princípio da especialização*: “O direito do credor hipotecário há de recair, necessariamente, em determinados imóveis, ou num só, não podendo incidir indiscriminadamente em todos os bens do devedor.”

5.3.3 Inscrição

A inscrição da hipoteca deve seguir o disposto nos arts.831 a 848 do CC. Dessa forma, para que a hipoteca tenha validade, deve ser inscrita no registro do local do imóvel. Referidas inscrições e averbações deverão seguir a ordem em que forem requeridas, com o protocolo correspondente, no caso de serem inscritas mais de uma hipoteca sobre o mesmo imóvel.

Ressalta-se que não poderão ser registrada duas hipotecas, sobre o mesmo bem, no mesmo dia, e nem a hipoteca juntamente com outro direito real a favor de pessoas diversas, a menos que seja devidamente determinada, de forma precisa, a hora em que foram lavradas cada uma delas.

Quando for levada ao registro o título de hipoteca que mencione a constituição de uma anterior, ainda não registrada, o oficial do registro deverá aguardar trinta dias para que o interessado na primeira o realize, caso não o faça, a segunda será registrada e preferirá à primeira. O oficial do registro deverá fazer a prenotação do pedido de registro de título de hipoteca, mesmo que paire dúvida sobre a legalidade do mesmo.

A inscrição é o momento em que se cria o direito real de hipoteca, sem ela trata-se de, apenas, um acordo entre as partes contratantes. Os doutrinadores são bastante enfáticos em relação à importância da inscrição, denominada como “registro” pelo Novo Código Civil.

Orlando Gomes bem explicita a finalidade da inscrição da hipoteca: “A inscrição da hipoteca destina-se a completar a constituição do direito real. Nada acrescenta à sua substância. Assim, não empresta validade ao contrato constitutivo

nulo, ou anulável.”⁸⁶ No mesmo sentido, afirma Tito Fulgêncio: “É que a inscrição é formalidade conservadora de direito existente, não constitutiva ou criadora de direito.”⁸⁷

Brilhantemente ensina Caio Mário:

“O registro é o momento culminante da hipoteca. O título e a especialização, os elementos preparatórios ou causais. A inscrição é a operação geradora do direito real. O elemento constitutivo do direito de hipoteca, propriamente dito. Enquanto não inscrita, a hipoteca não passa de crédito pessoal, porque subsiste apenas *inter partes*. Depois de inscrita, vale *erga omnes*: direito real.”⁸⁸

Para que não parem dúvidas, confirma Lacerda de Almeida, enfaticamente: “hipoteca não registrada é hipoteca não existente”.⁸⁹

⁸⁶ GOMES, Orlando. Obra citada, p. 355.

⁸⁷ FULGÊNCIO, Tito. Obra citada, p. 381.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 264.

⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Apud* - Obra citada, p. 264.

6. EFEITOS

O principal efeito da hipoteca é imediato e se confunde com sua própria finalidade, que consiste em vincular um bem imóvel ao cumprimento de uma obrigação originária.

Por óbvio, não se pretende esgotar o tema dos efeitos gerados pela hipoteca. Será objeto de análise os efeitos gerados para o devedor; para o credor; para terceiros; para a relação jurídica em si mesma; quanto aos bens gravados e quanto aos acessórios dos créditos.

6.1 EFEITOS EM RELAÇÃO AO DEVEDOR

Como já visto, o devedor não perde a posse do bem, por ser isto da própria natureza da hipoteca. Em razão disto, poderá defendê-la contra credores e terceiros que a molestem.

Da mesma maneira, pode o devedor fazer uso do *ius disponendi*, que é a faculdade de alienar o imóvel. Porém, o ônus é transferido ao adquirente – *transit cum onere suo* – que não poderá alegar ignorância. Caio Mário assevera: “nem lhe socorrendo para libertá-lo qualquer cláusula de escritura, ou compromisso assumido pelo devedor hipotecário.”⁹⁰

Fica proibido, contudo, o devedor, de constituir outro direito real sobre o imóvel em despeito ao vínculo hipotecário, como por exemplo, constituir anticrese por prazo mais longo que o da hipoteca.

Poderá hipotecar o imóvel mais de uma vez, a terceiros ou ao mesmo credor hipotecário, desde que o valor de todas as hipotecas gravadas não excedam o valor do imóvel.

Com a obrigação devidamente cumprida, assiste ao devedor o direito à libertação do bem gravado. Caso o credor se recuse, injustamente, a receber o débito, assiste ao devedor o direito de compeli-lo a receber pela ação de consignação, claro que se presentes os requisitos para tal.

⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada. p. 267

Se desejar, poderá o devedor antecipar o pagamento de sua dívida, mesmo que parceladamente, contudo a amortização não poderá ser inferior a 25% (vinte e cinco por cento) do débito, conforme determina o Decreto n.º 22.626/33, em seu art. 7.º e parágrafos.

6.2 EFEITOS EM RELAÇÃO AO CREDOR

A hipoteca supõe que o valor do bem gravado continue o mesmo, ou aproximadamente o mesmo.

Em primeiro lugar, o credor tem direito à conservação do bem dado em garantia, eis que se diminuído seu valor por qualquer razão, a garantia igualmente é diminuída, caso em que poderá pedir reforço, sob pena do vencimento antecipado da dívida. Nesse diapasão Pontes de Miranda confirma: “Todo ato que possa diminuir o valor do bem ou o valor produtivo (anticrese) é vedado. Existe, portanto, direito à integridade do bem. A esse direito correspondem pretensões e ações que evitem as ofensas à integridade do bem e tendam à reparação ou reforço de garantia.” e o autor segue considerando sobre as pretensões do titular do direito hipotecário: “O que lhe interessa é que, no momento da eventual execução forçada, o valor do bem gravado não seja menor do que aquele que tinha ao ser constituída a hipoteca.”⁹¹

Outro direito que assiste ao credor é o potencial direito à execução. Potencial porque, enquanto a obrigação é cumprida regularmente, o direito fica no plano ideal. Deixando o devedor de cumprir a obrigação ou vencendo a dívida, sem pagamento, o direito potencial do credor transforma-se em direito de ação, mediante procedimento executório.

Pontes de Miranda confirma: “O titular do direito de hipoteca pode executá-la logo que nasça a ação executiva real.”⁹² Tito Fulgêncio compartilha do raciocínio a respeito da execução: “...cujo fundamento jurídico está na própria vontade do devedor hipotecário; com a outorga da hipoteca, prometeu ao seu credor sujeitar-se à execução pronta. Reconhecendo à vontade particular a faculdade de se impor esta

⁹¹ MIRANDA, Pontes de. Obra citada. p. 231.

⁹² MIRANDA, Pontes de. Obra citada. p. 238.

disciplina de ferro, o legislador prestigia o título a bem do crédito real, fomentando e segurando o emprego de capitais na indústria, no comércio e na lavoura.”⁹³

No caso de o bem hipotecado ser penhorado por outro credor a hipoteca considerar-se-á vencida antecipadamente e imediatamente se torna executável a hipoteca.⁹⁴ Ademais, a citação do credor hipotecário é obrigatória para que tenha validade a praça, conforme determina o art. 826⁹⁵ do Código Civil.

Neste sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 5.^a Região:

“EMBARGOS DE TERCEIRO – IMÓVEL HIPOTECADO – ALIENAÇÃO SEM ANUÊNCIA DO CREDOR HIPOTECÁRIO – EXECUÇÃO JUDICIAL – PENHORA DO IMÓVEL – 1. A hipoteca é direito real oponível erga omnes. Garante ao credor hipotecário o direito de seqüela, ou seja, de reaver o bem, onde quer que se encontre. 2. A alienação do bem gravado por hipoteca é ineficaz em relação ao credor hipotecário que não houver sido intimado, consoante dicção dos arts. 619 do CPC e 826 do CC. 3. Apelação improvida.” (TRF 5^a R. – AC 111.612 – AL – 2^a T. – Rel. Juiz Araken Mariz – DJU 06.11.1998 – p. 793) (grifo nosso)

Outro direito que assiste ao credor é o de adjudicar o imóvel objeto da hipoteca no caso de insolvência ou falência do devedor, desde que dê quitação pelo total da dívida. O art. 822⁹⁶ do Código Civil o prevê expressamente. Porém não é necessária que a avaliação seja por valor inferior à dívida, pode ser superior como o assevera Tito Fulgêncio sobre a relação de avaliação e dívida: “...ou superior, se o credor repuser à massa ou aos credores em concurso a diferença entre o montante da dívida e o valor dos bens dado em avaliação ou no contrato.”⁹⁷

Por fim, tem o credor hipotecário, que seja instituição financeira, o privilégio de execução especial sumária do bem gravado, como disposto pelo Decreto Lei n.º 70, de 21 de novembro de 1966.

⁹³ FLUGÊNCIO, Tito, Obra citada, p. 227.

⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. Obra citada, p. 239.

⁹⁵ Código Civil, art. 826 - A execução do imóvel hipotecado far-se-á por ação executiva. Não será válida a venda judicial de imóveis gravados por hipotecas, devidamente inscritas, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários que não forem de qualquer modo partes na execução.

⁹⁶ Código Civil, art. 822 - Pode o credor hipotecário, no caso de insolvência ou falência do devedor, para pagamento de sua dívida, requerer a adjudicação do imóvel avaliado em quantia inferior a esta, desde que dê quitação pela sua totalidade. (Redação dada ao artigo pelo Decreto Legislativo n.º 3.725, de 15.01.1919)

⁹⁷ FLUGÊNCIO, Tito, Obra citada, p. 201.

6.3 EFEITOS QUANTO À RELAÇÃO JURÍDICA EM SI MESMA

O prazo de duração da hipoteca pode ser livremente estabelecido entre as partes, porém convém observar o que ensina Caio Mário: "Mas, não convindo à estabilidade dos negócios e ao interesse social se estabeleça garantia real perpétua, ou demasiado prolongada, o legislador limita a sua duração a trinta anos."⁹⁸

Os principais efeitos da hipoteca quanto à relação jurídica em si mesma são: a preferência e a seqüela, que são intrínsecas aos direitos reais, e foram objeto de análise anteriormente.⁹⁹

6.4 EFEITOS EM RELAÇÃO A TERCEIROS

A hipoteca, uma vez inscrita é oponível *erga omnes*, portanto desde então produz efeitos em relação a terceiros. O terceiro que adquirir imóvel hipotecado, o recebe juntamente com o ônus gravado.

Do exposto, decorre que, o terceiro, outro credor que desejar promover venda judicial de bem já hipotecado deverá citar o credor hipotecário - conforme dispõe o art. 826¹⁰⁰ do Código Civil -, por ser este portador de direito real, sob pena de não o fazendo, ser decretada a invalidade da venda. Pois, como credor quirografário, concorrerá apenas depois de pago o titular do direito real, respeitando-se assim o direito de preferência.

O crédito hipotecário pode ser cedido sem consentimento do devedor, e, mesmo assim, o cessionário fica investido das mesmas garantias e preferências, independente dos credores anteriores à cessão, o que demonstra o caráter permissivo à circulação do crédito. Igualmente é possível substituí-se o credor por sub-rogação. Oportunamente Caio Mário distingue a sub-rogação da cessão de crédito:

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 269.

⁹⁹ Ver item 2.4

¹⁰⁰ Código Civil, art. 826 – A execução de imóvel hipotecado far-se-á por ação executiva. Não será válida a venda judicial de imóveis gravados por hipotecas, devidamente inscritas, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários que não forem de qualquer modo partes na execução.

“A cessão do crédito hipotecário distingue-se da sub-rogação, que ocorre pela substituição do credor satisfeito por aquele que paga a dívida ou fornece o numerário para a solutio. Em um ou outro caso, pode o interessado, sem a isso ser obrigado, como ensina DIONÍSIO GAMA, fazer inscrever a cessão ou sub-rogação à margem da inscrição hipotecária. Mas os dois fenômenos distinguem-se: a sub-rogação é modalidade de pagamento, e tem efeito extintivo da obrigação; ao passo que a mutação subjetiva com integridade do vínculo é essencial à cessão.”¹⁰¹

6.5 EFEITOS EM RELAÇÃO AOS BENS GRAVADOS

Por ser de natureza real, a hipoteca adere ao imóvel, acompanhando-o em todas as mutações subjetivas até a extinção. Com o perecimento do bem o ônus real desaparece, porém o credor hipotecário exerce preferêcia sobre o valor sub-rogado, sem concorrência com os quirografários, no caso de haver indenização pelo causador do dano ou seguradora. Outro efeito da hipoteca em relação ao bem gravado é o de estender-se às suas benfeitorias, acréscimos ou acessões trazidas ao bem, como dispõe o art. 810, II do Código Civil.

6.6 EFEITOS QUANTO AOS ACESSÓRIOS DO CRÉDITO

Destinando-se a garantir o pagamento da dívida, até sua liquidação, a hipoteca assegura o cumprimento das obrigações acessórias, tais como: juros, multa, custas judiciais, despesas de fiscalização.¹⁰² De modo diverso não teria sentido, vez que nos dias de hoje, tais acessórios são parte integrante dos negócios hipotecários e igualmente forma de garantia e remuneração do credor, ainda que de valores bastante inferiores ao principal.

A jurisprudência se manifestou favoravelmente à inclusão dos acessórios na execução da hipoteca, assim entendeu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

“EMBARGOS DO DEVEDOR – PENHORA – HIPOTECA – MULTA – JUROS – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – CUMULAÇÃO – ART. 192, PARÁGRAFO 1, DA CF – A luz do art. 591 do CPC, todos os bens do devedor respondem por suas obrigações, e, assim, a penhora não se restringe apenas aos bens dados em garantia, podendo alcançar outros até o

¹⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada. p. 271.

¹⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada. p. 273.

limite da obrigação, exigindo-se, porém, o atendimento das disposições do art. 655, parágrafo 2, do aludido código. E possível a cumulação de multa, comissão de permanência e juros, em face da natureza e finalidade distintas desses encargos contratuais, além de serem exigíveis, também, devido ao princípio da força obrigatória dos contratos. O limite a pactuação de juros instituído no art. 192, parágrafo 3, da CF não pode ser invocado pela parte, por não ser auto-aplicável e necessitar de regulamentação, como já pronunciou o pretório excelso. Viável e a cobrança de acessórios da dívida se a existência dos mesmos encontra expressa previsão legal. (TAMG – Ap 0244303-8 – 2ª C.Cív. – Rel. Juiz Lucas Sávio – J. 11.11.1997) (grifo nosso)

7. REMIÇÃO HIPOTECÁRIA

Antes de mais nada vale trazer as sábias palavras de Pontes de Miranda que esclarece a imprecisão terminológica e lingüística vastamente observada em diversos autores: “remir é recomprar, readquirir, afastar, pagando, livrar-se, solvendo. De remir vem remição, que os inexpertos confundem com remissão. Se alguém r(ed)ime a hipoteca, prestando o que corresponder à garantia, dela fica livre o prédio. Remitir é que vem *remittire* e a *remissio* é que corresponde remissão”¹⁰³

A remição hipotecária é a faculdade de liberar o bem gravado mediante o pagamento da soma da dívida com seus acessórios. Tem por finalidade conciliar a segurança o credor e a livre circulação dos bens.

Esse direito é concedido, precipuamente, ao devedor, contudo podem remir a hipoteca o adquirente do imóvel e o credor sub-hipotecário, que é o que constitui a hipoteca depois de já haver uma hipoteca constituída.

Orlando Gomes assim conceitua a remição: “Remir a hipoteca é liberar o bem por pagamento da dívida que garante.”¹⁰⁴

Por sua vez, Cáo Mário assim assevera sobre a remição: “Na dogmática jurídica da hipoteca, a remissão (que em outros sistemas se denomina “purga da hipoteca”) é uma faculdade reconhecida a certas pessoas, de liberar o bem gravado, mediante pagamento da dívida e acessórios.”¹⁰⁵ E em seguida o autor esclarece: “Havendo composição ou entendimento, recebe o credor o que lhe cabe e dá quitação. É pagamento. Não é remissão.”

7.1 REMIÇÃO PELO CREDOR DA SUB-HIPOTECÁRIO

O credor da Segunda hipoteca, ou das gravadas posteriormente, tem a faculdade de remir a primeira, para tal é necessário que a primeira esteja vencida e que o devedor não se ofereça à remição, pois deve promover sua citação para tal, conforme disposto no art. 814¹⁰⁶ do Código Civil. Deverá aquele, então, depositar o

¹⁰³ MIRANDA, Pontes de. Obra citada, p. 249.

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. Obra citada, p. 366.

¹⁰⁵ PEREIRA, Cáo Mário da Silva. Obra citada, p. 273

¹⁰⁶ Código Civil, art. 814 - A hipoteca anterior pode ser remida, em se vencendo, pelo credor da segunda, se o devedor não se oferecer a remi-la. § 1º. Para a remissão, neste caso, consignará o segundo credor a importância

total do débito e despesas judiciais, se estiver promovendo a execução judicial. A Lei Nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, conhecida como Lei de Registros Públicos (LRP) também dispõe sobre a matéria da remição pelo credor sub-hipotecário, em seus artigos 270 e 271.¹⁰⁷ Tem o devedor, se regularmente citado, o prazo de cinco dias para exercer o direito de remição, se não o fizer, os autos irão conclusos para o juiz julgar remição proposta pelo segundo credor.

O valor a ser depositado deve ser integral, incluindo o principal e acessórios, não poderá ser parcelado, como assim decidiu o Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro:

“REMIÇÃO – VALOR – Deve ser feita pelo valor equivalente ao preço da alienação ou adjudicação. Inadmissível o depósito de apenas metade do valor, sob argumento de estar a remitente amparada pela Lei nº 4.121/1963, pois a pratica implicaria em prejuízo do adquirente ou do credor.” (TACRJ – AI 980/93 – (Reg. 374-2 – Cód. 93.002.00980 – 5ª C. – Rel. Juiz Bernardino Machado Leituga – J. 22.09.1993) (Ementário TACRJ 34/94 – Ementa 36657)

REMIÇÃO – EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA – LEI Nº 5.741/1971 – REMIÇÃO – PAGAMENTO PARCELADO – FALTA DE PREVISÃO LEGAL – Para se utilizar da faculdade de remição. Prevista no art. 8º da Lei nº 5.741/1971, deve o solvens depositar em juízo a importância, que baste ao pagamento da dívida reclamada, além das custas e da honorária, não prevendo a lei, nem para esse caso, nem para as remições em geral, o pagamento parcelado. (TACRJ – AI 1386/93 – (Reg. 635-3 – Cód. 93.002.01386 – 6ª C. – Rel. Juiz Luiz Odilon Gomes Bandeira – J. 23.11.1993) (Ementa 37219) (grifo nosso)

Quanto à terminologia empregada pela legislação Pontes de Miranda discorda do termo “remição” empregado *in casu*, e afirma que não se trata de remição e sim de sub-rogação. O autor discorre sobre o tema, analisando o parágrafo segundo do art. 814 do Código Civil:

do débito e das despesas judiciais, caso se esteja promovendo a execução, intimando o credor anterior para levantá-la e o devedor para remi-la, se quiser. § 2º. O segundo credor, que remir a hipoteca anterior, ficará ipso facto sub-rogado nos direitos desta, sem prejuízo dos que lhe competirem contra o devedor comum.

107 Lei 6.015/73, art. 270. Se o credor de segunda hipoteca, embora não vencida a dívida, requerer remição, juntará o título e certidão da inscrição da anterior e depositará a importância devida ao primeiro credor, pedindo a citação deste para levantar o depósito e a do devedor para dentro do prazo de cinco dias remir a hipoteca, sob pena de ficar o requerente sub-rogado nos direitos creditórios, sem prejuízo dos que lhe couberem em virtude da segunda hipoteca. Art. 271. Se o devedor não comparecer ou não remir a hipoteca, os autos serão conclusos ao juiz para julgar por sentença a remição pedida pelo segundo credor.

“Se não houvesse a regra jurídica do art. 814, o titular da posterior hipoteca não poderia executar a sua hipoteca e teria de assistir à execução da hipoteca anterior ou das anteriores hipotecas. Ainda que se vencesse a sua, estaria privado de ir contra o bem na ação executiva, enquanto não se vencesse a anterior, ou não se vencessem as anteriores. Vencida a anterior ou vencidas as anteriores, teria de estar sujeito à execução pelo titular ou pelos titulares das hipotecas anteriores. A lei permite-lhe que chame a si, com remição (aí, sub-rogação pessoal), a hipoteca vencida ou as hipotecas vencidas, e aguarde o vencimento da sua para a execução, ou como titular por sub-rogação pessoal execute o bem, pois que vencida – ex hypothesi – está a hipoteca. Posto que, se já vencida a execução pelo titular das hipotecas anteriores, passa o titular da hipoteca posterior remir a hipoteca, o fito da regra jurídica do art. 814 é evitar a execução por outrem.”¹⁰⁸

7.2 REMIÇÃO PELO ADQUIRENTE DO IMÓVEL HIPOTECADO

Da inteligência do art. 815¹⁰⁹ do Código Civil tem-se que para obter a remição, o adquirente do imóvel hipotecado deverá notificar judicialmente a aquisição ao credor hipotecário. Tem o prazo de trinta dias para que notifique e proponha preço não inferior ao da aquisição, assim também o dispõe o art. 266¹¹⁰ da Lei. Caso o credor não concorde, pode dentro do prazo assinado requerer a licitação.

A licitação consiste na convocação dos interessados, procedendo-se como se fora arrematação em hasta pública. Sobre a imóvel posto em licitação Tito Fulgêncio diz: “Posto à venda entre os interessados, procedendo-se como se fora arrematação em hasta pública, para prevenir perigos a que fica exposto. Antes deste requerimento, estando ainda em curso o prazo, é lícito ao adquirente retratar total ou parcialmente a proposta.”¹¹¹

108 MIRANDA, Pontes de. Obra citada, p. 250.

¹⁰⁹ Código Civil, art. 815. Ao adquirente do imóvel hipotecado cabe igualmente o direito de remi-lo. § 1º. Se o adquirente quiser forrar-se aos efeitos da execução da hipoteca, notificará judicialmente, dentro em trinta dias, o seu contrato, aos credores hipotecários, propondo, para a remissão, no mínimo, o preço por que adquiriu o imóvel. A notificação executar-se-á no domicílio inscrito (artigo 846, parágrafo único), ou por editais, se ali não estiver o credor. § 2º. O credor notificado pode, no prazo assinado para a oposição, requerer que o imóvel seja licitado.

¹¹⁰ Lei 6.015/73, art. 266. Para remir o imóvel hipotecado, o adquirente requererá, no prazo legal, a citação dos credores hipotecários propondo, para a remição, no mínimo, o preço por que adquiriu o imóvel.

¹¹¹ FULGÊNCIO, Tito. Obra citada, p. 176.

Se o credor hipotecário não requerer a licitação dentro do prazo assinado¹¹², operar-se-á a remição mediante o depósito do preço, extinguindo-se, assim, o ônus hipotecário.

Ressalta-se que a remição não produz o efeito extintivo do débito, porque o devedor não é quitado e continua sujeito a pagar, não mais ao antigo credor hipotecário, mas ao adquirente do imóvel que se sub-roga nos direitos dele. Porém a garantia real não mais subsiste¹¹³, uma vez que a remição é causa de extinção da hipoteca¹¹⁴, como veremos adiante.¹¹⁵

Outrossim, conforme o determina o art. 816¹¹⁶ do Código Civil, o adquirente responderá por eventuais perdas e danos; pelas custas judiciais e pela diferença entre a avaliação e a adjudicação, caso não notifique os credores hipotecários no prazo assinalado no parágrafo 1.º do art. 815 do Código Civil. Tito Fulgêncio esclarece sobre o que incidirão as perdas e danos, no caso de não notificação do credor hipotecário:

“Oriundas de deterioração ou desvalorização que sofra o imóvel por culpa do adquirente, não os provenientes de caso fortuito ou força maior. Devem ser pedidos por ação, em que se prove a culpa do adquirente, que, em relação aos credores hipotecários, dada a publicidade da hipoteca, se considera um detentor, a que foi considerada a guarda do imóvel do devedor. Possuidor de boa-fé, tem direito puramente pessoal a indenização de benfeitorias necessárias e úteis, que verteram em utilidade dos credores.”¹¹⁷

¹¹² FULGÊNCIO, Tito. Obra citada, p. 176. “Assinado em audiência, cinco dias, que em geral, marcam as leis nos processos sumários.”

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 274.

¹¹⁴ Código Civil, art. 849. A hipoteca extingue-se: IV - Pela remissão.

¹¹⁵ Ver item 8.4

¹¹⁶ Código Civil, art. 816. São admitidos a licitar: I - Os credores hipotecários. II - Os fiadores. III - O mesmo adquirente. § 1º. Não sendo requerida a licitação, o preço da aquisição, ou aquele que o adquirente propuser, haver-se-á por definitivamente fixado para a remissão do imóvel, que, pago ou depositado o dito preço, ficará livre de hipotecas. § 2º. Não notificando o adquirente, nos trinta dias do artigo 815, § 1º, aos credores hipotecários, fica obrigado: I - Às perdas e danos para com os credores hipotecários. II - Às custas e despesas judiciais. III - À diferença entre a avaliação e a adjudicação, caso esta se efetue. (Redação dada pelo Dec. Leg. nº 3.725, de 15.01.1919) § 3º. O imóvel será penhorado e vendido por conta do adquirente, ainda que ele queira pagar, ou depositar o preço da venda, ou da avaliação, exceto se o credor consentir, se o preço da venda ou da avaliação bastar para solução da hipoteca, ou se o adquirente a resgatar. A avaliação não será nunca em preço inferior ao da venda. § 4º. Disporá de ação regressiva contra o vendedor o adquirente, que sofrer expropriação do imóvel mediante licitação, ou penhora, o que pagar a hipoteca, o que por causa da adjudicação, ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra e o que suportar custas e despesas judiciais. § 5º. A hipoteca legal é remível na forma por que o são as hipotecas especiais, figurando pelas pessoas, a que pertencer, as competentes segundo a legislação em vigor.

¹¹⁷ FULGÊNCIO, Tito. Obra citada, p. 181.

Por outro lado, se o adquirente não proceder à remição conforme prevê a lei ficará sujeito à excussão do bem, caso em que o credor exercerá o seu direito de seqüela. Assim decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo:

“EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA – Penhora de imóvel pertencente a **terceiro adquirente. Remição** ou pagamento da dívida hipotecária por ele não efetuada. Sujeição à excussão do bem. Direito de seqüela exercitável adversus quemcumque possessorem. Improcedência dos embargos de terceiro decretada. Inteligência dos arts. 815, § § 1º e 2º, 930, 972 e 985, II, do CC e 266 a 269 da L. 6.015/73”. (1º TACSP – Ap. 446.097-7 – 4ª C. – Rel. Juiz José Roberto Bedran – J. 13.11.1990) (RT 674/138) (grifo nosso)

7.3 REMIÇÃO PELO DEVEDOR, CÔNJUGE, ASCENDENTES OU DESCENDENTES.

A remição pelo devedor ou familiares¹¹⁸ é mais instituto processual do que propriamente de direito civil, vez que cabe em qualquer processo de arrematação, e não apenas na execução hipotecária.

Será permitido, no processo de execução, ao devedor e aos seu familiares remir o imóvel após a realização da primeira praça e antes da assinatura do auto de arrematação, conforme determinam os arts.651¹¹⁹ e 787¹²⁰ a 790 do Código de Processo Civil.

O imóvel se libertará do ônus pela remição, desde que o preço oferecido pelo devedor ou familiares seja igual ao da arrematação ou ao da avaliação, se não houverem interessados na licitação.

A remição pelo devedor ou familiares não pode ser considerada prejudicial ao credor, eis que o valor alcança o que efetivamente rendeu a venda judicial. Ressalta-se que, não assiste ao credor, após essa modalidade de remição, o direito de prosseguir executando o devedor pela diferença do valor da remição no próprio bem,

¹¹⁸ Leia-se: cônjuge, ascendentes ou descendentes.

¹¹⁹ Código de Processo Civil, art. 651 - Antes de arrematados ou adjudicados os bens, pode o devedor, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.

¹²⁰ Código de Processo Civil, art. 787 - É lícito ao cônjuge, ao descendente, ou ao ascendente do devedor remir todos ou quaisquer bens penhorados, ou arrecadados no processo de insolvência, depositando o preço por que foram alienados ou adjudicados.

mas, como afirma Caio Mário: “continua titular de direito contra o executado, pelo saldo, mas não lhe assiste o de penhorar o bem remido.”¹²¹

Também os sucessores têm o direito de remir o bem gravado de hipoteca, desde que o façam pelo valor total, não podendo remir pela porção equivalente aos seus quinhões, conforme determinação expressa do art. 766¹²² do Código Civil.

Os sucessores, para exercerem seu direito a remição devem ser citados no processo de execução, sob pena de decretação de nulidade. Assim decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo.

“EXECUÇÃO – Arrematação. Praceamento realizado sem a intimação dos herdeiros da mulher do executado. Inadmissibilidade. Possibilidade de remição do bem pelos sucessores. Nulidade decretada. Inteligência dos arts. 43 e 265, I, c.c. o art. 791, II, do CPC e 1.572 do CC.” (1º TACSP – AI 529.128-5 – 3ª C – Rel. Juiz Ferraz Nogueira – J. 09.02.1993) (RT 693/160) (grifo nosso)

Outrossim, essencial o depósito do preço no prazo estipulado pelo art. 788¹²³ do Código de Processo Civil, caso contrário não há como exercer o direito da remição, assim decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

“EXECUÇÃO – **REMIÇÃO** – DEPÓSITO DO PREÇO INEXISTENTE – AUSÊNCIA DE REQUISITO ESSENCIAL – O direito de remição, nos termos do CPC 788, deve ser exercido no prazo de 24 horas que mediar entre a arrematação dos bens em praça ou leilão e a assinatura do auto. É lícito ao cônjuge, ao descendente, ou ao ascendente do devedor remir todos ou quaisquer bens penhorados ou arrecadados no processo de insolvência, mas sempre depositando o preço por que foram alienados ou adjudicados” (CPC

¹²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 278.

¹²² Código Civil, art. 766. Os sucessores do devedor não podem remir parcialmente o penhor ou a hipoteca na proporção dos seus quinhões: qualquer deles, porém, pode fazê-lo no todo. Parágrafo único. O herdeiro ou sucessor que fizer a remissão fica sub-rogado nos direitos do credor pelas quotas que houver satisfeito.

¹²³ Código de Processo Civil, art. 788 - O direito a remir será exercido no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, que mediar: I - entre a arrematação dos bens em praça ou leilão e a assinatura do auto (artigo 693); II - entre o pedido de adjudicação e a assinatura do auto, havendo um só pretendente (artigo 715, § 1º); ou entre o pedido de adjudicação e a publicação da sentença, havendo vários pretendentes (artigo 715, § 2º).

787). (TAMG – AI 0342709-4 – (40988) – 3ª C.Cív. – Rel. Juiz Wander Marotta – J. 29.08.2001)

8. EXTINÇÃO DA HIPOTECA

A extinção da hipoteca está regulada pelo Código Civil nos arts. 849 a 851¹²⁴. Pelo que, passa-se a analisar individualmente as causas extintivas como enumeradas no art. 849.

8.1 PELO DESAPARECIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

A hipoteca é um direito acessório, criado para garantir uma obrigação. Se esta se extingue perde a hipoteca a sua razão de ser. Não há que indagar da causa extintiva da obrigação; qualquer que ela seja, operando seu efeito em relação à obrigação principal, acarreta extinção do vínculo hipotecário, contanto que seja total.

Se a extinção da obrigação for parcial, mantém-se a hipoteca em relação à parte restante, como se deduz da inteligência dos artigos 758 e 762¹²⁵ do Código Civil.

O ônus se levanta quando há o pagamento da importância devida, caso em que a hipoteca se extingue pelo desaparecimento da obrigação principal, como se observa na jurisprudência assentada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“HIPOTECA: BAIXA E CANCELAMENTO – CITAÇÃO DO CREDOR HIPOTECÁRIO – CITAÇÃO POR EDITAL – REVELIA – DESCABIMENTO – ART. 302 – § ÚNICO – CPC – Ação ordinária objetivando cancelamento de hipoteca, cumulada com perdas e danos. Dívida hipotecária estabelecida por escritura de confissão. Extinção do ônus pelo pagamento. Credor que não é encontrado. Citação por edital. Defesa realizada pela Curadoria. Sentença

¹²⁴ Código Civil, art. 849. A hipoteca extingue-se: I - Pelo desaparecimento da obrigação principal. II - Pela destruição da coisa ou resolução do domínio. III - Pela renúncia do credor. IV - Pela remissão. V - Pela sentença passada em julgado. VI - Pela prescrição. VII - Pela arrematação ou adjudicação.

¹²⁵ Código Civil, art. 762 - A dívida considera-se vencida: I - Se, deteriorando-se, ou depreciando-se a coisa dada em segurança, desfalcar a garantia, e o devedor, intimado, a não reforçar. (Redação dada ao inciso pelo Dec. Leg. nº 3.725, de 15.01.1919); II - Se o devedor cair em insolvência, ou falir. III - Se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata. IV - Se perecer o objeto dado em garantia. V - Se se desapropriar a coisa dada em garantia, depositando-se a parte do preço, que for necessária para o pagamento integral do credor. § 1º. Nos casos de perecimento ou deterioração do objeto dado em garantia, a indenização, estando ele seguro ou havendo alguém responsável pelo dano, se sub-rogará na coisa destruída ou deteriorada, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até ao seu completo reembolso. (Parágrafo acrescentado pelo Dec. Leg. nº 3.725, de 15.01.1919) § 2º. Nos casos dos nºs IV e V, só se vencerá a hipoteca antes do prazo estipulado, se o sinistro, ou a desapropriação recair sobre o objeto dado em garantia, e esta não abranger outros, subsistindo, no caso contrário, a dívida reduzida, com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados, danificados, ou destruídos. (Antigo parágrafo único reenumerado pelo Dec. Leg. nº 3.725, de 15.01.1919)

que acolhe o pedido aplicando os efeitos da revelia. Descabimento. A presunção de veracidade só se aplica quando a citação do réu é real. Inteligência do § único do art. 302, do Código de Processo Civil. Prova dos autos demonstrando, no entanto, o pagamento da dívida. Não comprovação de perdas e danos. Provimento parcial do recurso.” (TJRJ – AC 8000/96 – (Reg. 060397) – Cód. 96.001.08000 – RJ – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Marcus Faver – J. 17.12.1996)(grifo nosso)

8.2 PELA DESTRUIÇÃO DA COISA OU RESOLUÇÃO DO DOMÍNIO

A destruição da coisa tira da hipoteca o seu objeto. Se, porém, há quem indenize a destruição, seja o segurador, ou o responsável pelo dano, sobre o preço se transporta o direito preferencial do credor, conforme prevê o art. 762, IV e V do Código Civil.

A desapropriação, extinguindo o domínio, produz situação semelhante à resultante da destruição. Resolvido o domínio, resolvem-se os direitos que do mesmo se derivam, feita a distinção que se segue.

Com a resolução do domínio por implemento da condição, ou advento do termo, resolvem-se os direitos reais instituídos na sua pendência. Da mesma forma, quando o domínio se resolve por causa superveniente, como no caso de doação revogada por ingratidão, a hipoteca subsiste, como se pode concluir dos art. 647¹²⁶ e 648¹²⁷ do Código Civil.

8.3 PELA RENÚNCIA DO CREDOR

A renúncia tácita dificilmente se harmoniza com o direito hipotecário. Deve ser ordinariamente expressa. Contudo, se o credor juntamente com o devedor requerer o cancelamento da hipoteca, sem estar pago, é claro que renunciou à hipoteca, dando causa à extinção da mesma.

¹²⁶ Código Civil, art. 647 - Resolvido o domínio 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 detenha.

¹²⁷ Código Civil, art. 648 - Se, porém, o domínio se resolve por outra causa superveniente, o possuidor, que o tiver adquirido por título anterior à resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa em cujo benefício houve a resolução, a ação contra aquele cujo domínio se resolveu haver para a própria coisa, ou seu valor.

Para que seja válida, requer capacidade de dispor do renunciante, eis que o seu efeito é converter o credor hipotecário em quirografário. Entenda-se que a renúncia se dá em relação ao ônus real, subsistindo, portanto, a obrigação.

A hipoteca estará extinta se o credor, apesar de notificado em processo de execução, não comparece para manifestar seu interesse naquela, implicando em renúncia. Neste sentido, pode-se observar jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça:

“EXECUÇÃO MOVIDA POR TERCEIRO – INÉRCIA DO CREDOR HIPOTECÁRIO – EXTINÇÃO DA HIPOTECA – Se o credor hipotecário foi notificado dos termos da execução e deixou o processo correr, sem manifestar o seu interesse, opera-se a extinção da hipoteca.” (TJMG – AG 162.297/6.00 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. José Antonino Baía Borges – J. 09.03.2000)

“PROCESSO CIVIL – AÇÃO DECLARATÓRIA – EXTINÇÃO DA HIPOTECA – ARREMATACÃO DO BEM EM OUTRO PROCESSO – 1. Simples manifestação do credor hipotecário da existência de saldo devedor não caracteriza seu interesse para impedir a extinção da hipoteca pela arrematação do bem em outro processo executório. 2. Violação da lei não configurada e dissenso pretoriano não demonstrado. 3. Recurso especial não conhecido.” (STJ – RESP 148356 – RS – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.12.2000 – p. 00174) (grifo nosso)

Por outro lado, não é possível a extinção, em fase de arrematação, se o credor não teve ciência desta, não implicando, assim, renúncia por parte deste. Como decidiu o Tribunal de Alçada do Paraná:

“PROCESSUAL CIVIL – ARREMATACÃO – FALTA DE INTIMAÇÃO DO CREDOR HIPOTECÁRIO – *EXTINÇÃO DE HIPOTECA REPELIDA* – AGRAVO DESPROVIDO – Restando demonstrado nos autos que o verdadeiro credor hipotecário não foi intimado para a praça, não há que se falar em extinção de hipoteca.” (TAPR – AI 116275600 – (12276) – Curitiba – 1ª C.Cív. – Rel. Juiz Marcos Galliano Daros – DJPR 31.03.2000) (grifo nosso)

8.4 PELA REMIÇÃO

Como já visto, a remição é recompra, ou afastamento com pagamento. Disso decorre a extinção do vínculo real. Como já analisado, a remição é a faculdade de liberar o bem gravado mediante o pagamento da soma da dívida com seus acessórios, portanto causa a extinção do gravame.

8.5 SENTENÇA PASSADA EM JULGADO

A extinção da hipoteca pode ser decretada por juiz que declara nulidade ou anulabilidade do ônus real. Pode para tal levar em conta qualquer um de seus requisitos: formal, objetivo ou subjetivo; como também a existência de algum vício de consentimento; igualmente se verificada simulação ou fraude. Ressalta-se que a sentença extingue o ônus real, não a obrigação principal, a não ser que assim o declare.

De outra sorte, não é possível extinguir-se a hipoteca através de decisão liminar. Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

“AGRAVO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – EXTINÇÃO DE HIPOTECA – EXCESSO DE GARANTIA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO – O Código Civil exige sentença passada em julgado para extinção da hipoteca. Somente em situações excepcionais é possível a extinção do gravame através de provimento liminar de antecipação de tutela. Alegação de excesso de garantia não constitui fundamento para extinção da hipoteca através de provimento liminar recurso que se nega provimento.” (TJES – AI 11009000255 – Rel. Des. Frederico Guilherme Pimentel – J. 13.02.2001)

8.6 PELA PRESCRIÇÃO

A prescrição põe termo às relações jurídicas, extinguindo-se a exigibilidade da pretensão. Quando o legislador se refere à prescrição como razão de extinção da hipoteca, reporta-se a uma causa que extingue qualquer relação jurídica, portanto com a hipoteca não poderia ser diferente, eis que mantém a coerência do sistema jurídico.

8.7 PELA ARREMATACÃO OU ADJUDICAÇÃO

A hipoteca é dotada de natureza executiva. A execução da hipoteca tem seu fim: na arrematação pelo maior preço oferecido; na adjudicação pelo credor hipotecário ou na remição pelos que o podem fazer. Sobre a arrematação e a adjudicação Caio Mário assevera: “São alinhadas como causa extintiva da hipoteca, que lhes não sobrevive, ainda que o preço seja inferior ao crédito garantido. Neste caso, o credor ainda o será pelo saldo, mas sem privilégio: simples credor quirografário.”¹²⁸ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirma as palavras do ilustre doutrinador:

“APELAÇÃO – HABILITAÇÃO DE CRÉDITO – HIPOTECA – ARREMATAÇÃO DO IMÓVEL – RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE PELO RESTANTE DA DÍVIDA – Com a arrematação dá-se a extinção da hipoteca. Decisão do STJ. Erro material. O adquirente do imóvel hipotecado, após a arrematação deste, na sua falência, continua garantidor da dívida enquanto não extinta a obrigação principal. Apelo parcialmente provido.” (8 fls.) (TJRS – APC 599400231 – 6ª C.Cív. – Rel. Des. João Pedro Freire – J. 10.05.2000) (grifo nosso)

Confirma-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a arrematação dá causa à extinção da hipoteca:

HIPOTECA – EXTINÇÃO – ARREMATAÇÃO – PRECEDENTES DA CORTE – 1. Na linha de precedentes da corte, pela arrematação extingue-se a hipoteca, nos termos do art. 849, VII, do Código Civil, não havendo nenhuma impugnação quanto à realização da mesma, com o que admite-se tenha sido o credor hipotecário, intimado da realização da praça. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 139101 – RS – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 22.02.1999 – p. 104)

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada. p. 290.

9. OS REQUISITOS PARA A EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA DOS CRÉDITOS VINCULADOS AO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO PELA LEI 5.741/71

9.1 NOÇÃO

A execução dos créditos vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação é regida pelo procedimento ditado pela Lei 5.741/71. Esta foi criada, especialmente, para viabilizar um procedimento mais célere, capaz de propiciar ao agente financeiro um retorno mais rápido do capital por ele investido no financiamento, face ao inadimplemento do mutuário. A justificativa para o procedimento mais célere está no caráter social dos financiamentos realizados sob o âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

Isto porque a princípio, o fim maior do Sistema Financeiro de Habitação, criado com a Lei 4.380/64, era o de propiciar a aquisição da casa própria pelas populações de menor renda, a fim de combater o déficit habitacional. Entretanto, mesmo desvirtuado o sistema, a legislação em comento continua em vigor. Nesta, ressalte-se, face ao procedimento mais célere, supre-se algumas fases do procedimento executório regulamentar. Estas questões processuais representam, ainda hoje, o ponto polêmico desta legislação especial, questionando-se a sua constitucionalidade.

No processo de execução, em geral, não se pode, em princípio, pôr em dúvida a satisfação concreta do credor, a não ser pela via de embargos. Isto porque a execução sempre é instruída com um título, judicial ou extrajudicial, o qual somente é desconstituído pela via de embargos, que trata-se de processo de conhecimento. Mesmo na Lei 5.741/71 esta oportunidade de embargos é muito limitada, com restrições impostas pela própria lei, no tocante ao efeito em que estes serão recebidos pelo juiz.

9.2 PROCEDIMENTO DA LEI 5.741/71

A execução especial prevista nesta lei tem um procedimento mais rígido e mais ágil que a execução comum, justamente visando garantir ao credor o retorno mais rápido de seu crédito, viabilizando novos financiamentos no âmbito do SFH e

mantendo o caráter social da legislação em comento. Este procedimento mais rígido da lei específica não só beneficia o credor, mas, pelos requisitos exigidos para a propositura da ação e pela intenção de desonerar integralmente o devedor da obrigação, também visa a beneficiar o mutuário, sobretudo em comparação com a execução extrajudicial do Decreto n.º 70/66, que lhe é totalmente desfavorável.

Nestas execuções de título extrajudicial de contrato de financiamento para aquisição de imóvel com fundos do SFH, o imóvel financiado é garantia da operação, pois se encontra hipotecado ao agente financeiro. Esse imóvel hipotecado corresponde à residência do mutuário, posto que a lei proíbe a aquisição, através de financiamento pelo SFH, por parte de pessoas que já possuam imóveis na mesma jurisdição, conforme o disposto no §1º do artigo 9º da Lei 4.380/64. Este parágrafo foi revogado pela Medida Provisória n.º 1.951-21, de 06.01.2000, DOU 07.01.2000, entretanto, anteriormente a esta data, o parágrafo encontrava-se plenamente em vigor, devendo o mesmo ser convertido em lei para ter sua validade plena.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou seu entendimento de que as execuções de financiamentos no âmbito do SFH devem seguir o rito previsto na Lei 5.741/71, de acordo com a decisão proferida no REsp 78365/RS.¹²⁹ Neste ponto, cabe ressaltar a lição de José Vidal quanto à aplicação da legislação específica em detrimento ao Código de Processo Civil:

“A execução prevista na Lei 5.741 constitui procedimento especial destinado a atender aos fins sociais, protegendo o financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, bem como a própria economia do devedor. A sua aplicação é obrigatória, a fim de alcançar os fins previstos. Está o juiz obrigado a imprimir o procedimento determinado pela lei, ainda que as partes pretendam seguir outro diverso. No caso, há indisponibilidade procedimental. Se a lei fixou certo rito processual, foi porque o considerou como mais adequado à realização finalística do processo executório. Essa matéria é de ordem pública, não podendo ser derogada pela vontade das partes, muito menos pelo juiz, que deve indeferir a petição inicial, quando o tipo de procedimento não corresponder à natureza da causa (n. V, do art. 295¹³⁰, do CPC).”¹³¹

¹²⁹ REsp 78365/RS “A cobrança judicial do crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação deve observar, obrigatoriamente, o rito previsto pela Lei n.º 5.741/71. Recurso Especial conhecido e provido. DJ de 08.09.1997 – p. 42.437 – Rel: Min. Ari Pargendler.”

¹³⁰ Código de Processo Civil, art. 295. A petição inicial será indeferida: V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação: caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;

¹³¹ VIDAL, José, A Praça Pública da Lei 5.741. Repr23/147. São Paulo: jul/set. 1981.

Esta aplicação se dá porque referido diploma legal se trata de procedimento especial, enquanto o processo de execução, no Código de Processo Civil, trata-se de procedimento geral, comum às medidas executivas. E havendo lei especial, esta se sobrepõe à lei geral. Havendo incompatibilidade entre a norma especial e a norma geral, o regramento especial se sobrepõe ao procedimento comum. A Lei 5.741/71, procedimento especial, encontra-se plenamente em vigor.

O processo de execução do Código de Processo Civil se trata de norma comum a todos os processos de execução. Assim, no que a Lei 5.741/71 for omissa ou no que não houver colisão de disposição, aplicar-se-á, subsidiariamente à Lei 5.741/71, os dispositivos legais do Código de Processo Civil. Assim, não se cogita da aplicação ou não da lei especial, posto ser a mesma obrigatória às execuções em comento.

Argumenta-se acerca, também, da constitucionalidade dos dispositivos constantes da Lei 5.741/71. Acredita-se que não há razão de ser para a dúvida, com exceção do artigo 5º no que tange às condições para atribuição de efeito suspensivo aos embargos, uma vez que tido como inconstitucional por alguns autores. No restante, constitucional a lei que rege o procedimento especial. Para tanto, tomemos a lição de Evaristo Aragão Ferreira dos Santos sobre o assunto:

“É evidente que criar um rito de execução mais célere implica modificação, e até mesmo supressão de alguns momentos do procedimento comum da execução. Isto não significa, porém, que aos interesses do mutuário inadimplente do SFH teriam sido sobrepostos os das instituições financeiras de um modo geral. Ao contrário, sempre se protegeu ao máximo o mutuário do SFH. Esta proteção, todavia, sempre esteve limitada à sobrevivência do próprio Sistema Financeiro da Habitação, cuja manutenção está umbilicalmente ligada à necessidade de retorno rápido do capital investido, para que novos financiamentos possam ser realizados.”¹³²

Segundo ensinamentos de Pedro Vasconcellos¹³³, desde que o fundamento da execução seja a falta de pagamento, conforme estatui o art. 10 da Lei, não se aplica o Código de Processo Civil nem de maneira subsidiária, fazendo uso,

¹³² SANTOS, Evaristo Aragão Ferreira dos. Uma Abordagem Crítica da Execução dos Créditos Vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, In Processo de Execução e Assuntos Afins. Tereza Arruda Alvim Wambier (org). 1.ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 207.

somente do rito sumário da lei extravagante. Não parece correto o entendimento, visto que, em princípio, deve-se aplicar a lei especial e, de maneira subsidiária, utiliza-se o CPC no que não forem conflitantes.

Há quem entenda que a Lei 5.741/71 ab-rogou a execução extrajudicial do DL 70/66, face servirem para a tutela da mesma espécie de litígio. Entretanto, ambas as legislações convivem simultaneamente no nosso ordenamento, pois seus procedimentos não são incompatíveis. Ocorre que a utilização de um exclui a incidência do outro, como não poderia deixar de ser.

Ainda, questiona-se se a execução hipotecária judicial não teria sido ab-rogada pelo Código de Processo Civil de 1973, se alguns pontos do procedimento colidem ou não com a normatividade do CPC/73, face este haver incluído a cobrança hipotecária em seu artigo 585, inciso III, na Seção que trata dos Títulos Executivos. Ocorre que este artigo refere-se tão somente a crédito hipotecário não vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, pelo que a legislação extravagante continua em vigor.

Quanto ao juízo competente para as execuções, a menos que a entidade financiadora seja a Caixa Econômica Federal, não haverá participação desta. Assim, sendo o contrato firmado com qualquer outro agente permitido que não a CEF, a competência será da Justiça Estadual, sem a intervenção desta. A não participação da Caixa Econômica nestas execuções decorre do fato de que não se trata de readequação do contrato ou revisão de suas cláusulas, mas tão somente de cobrança de prestações em atraso.

9.3 REQUISITOS

O Código de Processo Civil no artigo 267, inciso VI¹³⁴, estabelece quais são as condições genéricas da ação, quais sejam: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de parte, condições estas indispensáveis para o exercício de qualquer tipo de ação.

¹³³ VASCONCELLOS, Pedro. Execução Extrajudicial e Judicial do Crédito Hipotecário no Sistema Financeiro da Habitação. 1.ª Edição. São Paulo: Edições Francisco Alves, 1976. p. 127.

¹³⁴ Código de Processo Civil, art. 267 - Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;

Entretanto, face ao caráter da Lei 5.741/71, que possui rito mais célere e visa desonerar integralmente o devedor, o legislador entendeu por bem instituir-lhe condições especiais para o exercício deste tipo de ação. A imposição de condições específicas para este tipo de execução visa proteger o mutuário e sua família, além dos interesses do credor. Estes requisitos encontram-se elencados no artigo 2º¹³⁵ da lei.

O primeiro requisito e mais fundamental é a mora do devedor. Se a razão da cobrança for outra que não a falta de cumprimento das obrigações a que se comprometeu o executado, a execução se processará pelo rito comum previsto no CPC, conforme expresso nos artigos 1º¹³⁶ e 10¹³⁷ da Lei.

Portanto, fundada a execução em outro motivo que não seja a mora, seguirá o rito do Código de Processo Civil. Ainda, a lei 8.004/90, que dispõe sobre transferência de financiamento no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, no seu artigo 21¹³⁸, determinou que a execução fundada no Decreto-Lei 70/66 ou na Lei 5.741 só pode ser feita quando houver, no mínimo, três prestações em atraso.

9.4 REQUISITOS ESPECÍFICOS

Os requisitos específicos são os elencados no art. 2º da lei em comento, que serão analisados a seguir:

¹³⁵ Lei 5.741/71, art. 2º - A execução terá início por petição escrita, com os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, apresentada em três vias, servindo a segunda e terceira de mandado e contrafé, e sendo a primeira instruída com: I - o título da dívida devidamente inscrita; II - a indicação do valor das prestações e encargos cujo não pagamento deu lugar ao vencimento do contrato; III - o saldo devedor, discriminadas as parcelas relativas a principal, juros, multas e outros encargos contratuais, fiscais e honorários advocatícios; IV - cópia dos avisos regulamentares reclamando o pagamento da dívida, expedidos segundo instruções do Banco Nacional da Habitação.

¹³⁶ Lei 5.741/71, art. 1º - Para a cobrança de crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação criado pela Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, é lícito ao credor promover a execução de que tratam os artigos 31 e 32 do Decreto-Lei n.º 70, de 21 de novembro de 1966, ou ajuizar a ação executiva na forma da presente lei.

¹³⁷ Lei 5.741/71, art. 10 - A ação executiva, fundada em outra causa que não a falta de pagamento pelo executado das prestações vencidas, será processada na forma do Código de Processo Civil, à ação executiva de que trata esta lei."

¹³⁸ Lei 8.004/90, art. 21 - Somente serão objeto de execução na conformidade dos procedimentos do Decreto-Lei n.º 70, de 21 de novembro de 1966, ou da Lei n.º 5.741, de 1º de dezembro de 1971, os financiamentos em que se verificar atraso de pagamento de 3 (três) ou mais prestações.

9.4.1 O título da dívida devidamente inscrita.

Qualquer execução deve ser instruída com um título executivo. Neste caso, o título executivo é a contrato de financiamento firmado entre o mutuário e a financiadora, onde conste a garantia hipotecária do imóvel. No caso específico das execuções ora mencionadas, o título da dívida deve estar registrado no Cartório de Registro de Imóveis competente, junto à matrícula do imóvel, e dele deve constar o gravame da hipoteca.

Se esta não estiver registrada, o credor não será considerado carecedor de ação, pois trata-se de negócio jurídico que gera efeitos entre as partes desde a sua formação, mas a mesma não terá eficácia perante terceiros, como, por exemplo, no caso de expedição de mandado de desocupação contra terceiro ocupante do imóvel, que poderá opor embargos contra o desapossamento. Assim, a dívida hipotecária, para a própria segurança do credor, deve ser averbada à matrícula do imóvel. A averbação obedecerá o disposto no art. 11¹³⁹ da art. 11.

9.4.2 Apresentação de demonstrativos de cálculo referentes à dívida

Em tese, deve o Autor, para instrução da execução, juntar duas planilhas – uma com o valor das prestações em atraso e outra com o saldo devedor total, ainda pendente de pagamento. Isto é necessário pelo fato da execução servir de base para a cobrança das prestações que encontram-se em atraso. Nesta esteira, o executado é citado para, em 24 horas, pagar o que está sendo exigido, que corresponde ao valor das prestações em atraso.

Pagos os valores, é sanada a relação contratual, permanecendo intacto o vínculo entre os contratantes. Entretanto, se não ocorrer o pagamento, o imóvel será levado a leilão, sendo que neste, o lance mínimo será o valor do saldo devedor da hipoteca. Por este motivo é que é necessária a demonstração dos dois valores, pois

¹³⁹ Lei 5.741/71, art. 11 - Ficam dispensadas de averbação no Registro de Imóveis as alterações contratuais de qualquer natureza, desde que não importem em novação objetiva da dívida, realizadas em operações do Sistema Financeiro da Habitação, criado pela Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, sejam as operações consubstanciadas em instrumentos públicos ou particulares, ou em cédulas hipotecárias. Parágrafo único. O registro de cédulas hipotecárias limitar-se-á à averbação de suas características originais, a que se refere o artigo 13 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, ficando dispensadas de averbação também as alterações que decorram da circulação do título.

a citação é para pagamento das prestações em atraso e o valor para leilão é do saldo devedor total do contrato. Neste sentido, não há como pretender o devedor alegar a inépcia da inicial se os demonstrativos a acompanham. Assim decidiu o Tribunal de Alçada do Paraná:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL E CARÊNCIA DE AÇÃO NA EXECUÇÃO – PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS PARA IMEDIATA SUSPENSÃO DE PROSSEGUIMENTO DO TRAMITE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO – INSUBSISTÊNCIA ARGUMENTATIVA – RECURSO DESPROVIDO – Não há se aludir a inépcia da inicial quando o título executivo, acompanhado dos suficientes demonstrativos do débito expressam a evolução da dívida e, por conseqüência, a liquidez, a certeza e exigibilidade do título exequendo. Não se cogita de carência da ação quando o título executado é uma escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária avençada entre as partes, devidamente assinadas, inclusive por testemunhas.” (TAPR – AI 149025700 – (10319) – Curitiba – 7ª C.Cív. – Rel. Juiz Eduardo Fagundes – DJPR 03.03.2000) (grifo nosso)

Ressalta-se que a prestação paga mensalmente pelo mutuário não engloba apenas a amortização do saldo devedor, mas os demais encargos inerentes ao financiamento concedido pelo agente financeiro, tais como: juros e o seguro que é obrigatório.

9.4.3 Constituição em mora do devedor

É indispensável para a propositura da execução especial que haja inadimplemento contratual inequívoco do mutuário. Por se tratar de financiamento para aquisição de casa própria, há muitos interesses ligados à continuação do contrato. Deve-se comprovar a mora de forma incontroversa.

A cópia dos avisos regulamentares é requisito do inciso IV do artigo 2º da lei 5.741/71. Estes têm a expedição regulamentada pelo BNH, através da Resolução 11, editada em 15/03/1972. Os itens 4.1 e 4.3¹⁴⁰, para fins de instrução da execução

¹⁴⁰ Resolução 11- Item 4.1- Antes de promover a execução da dívida, o credor ou seu agente cobrador, deverá comprovar haver expedido ao devedor, pelo menos, os seguintes avisos: após 15 (quinze) dias do vencimento da primeira prestação não paga, convocando o devedor para esclarecimentos e alertando-o da conveniência de regularizar o débito; a) se a dívida continuar sem pagamento após 30 (trinta) dias da expedição do aviso referido na alínea “a”, outro aviso será emitido exigindo o pagamento e fixando o prazo de, no mínimo, 20 (vinte) dias para a liquidação do débito, sob pena de execução da dívida. Item 4.3- Os avisos via postal ou telegráfica

hipotecária, determinam o prazo para envio dos avisos, bem como regulamentam a expedição por via postal. Segundo esta resolução, o mutuário deve ser cientificado no mínimo por duas vezes do seu inadimplemento, tendo em vista que a lei especial fala em “avisos” no plural.

Sobre o assunto há divergência da doutrina e jurisprudência, pois o item 4.4 da Resolução diz que, em inadimplemento superior a seis meses, basta somente a expedição de um único aviso. E alarga a possibilidade de somente um aviso para a hipótese de ser dada ao imóvel financiado finalidade outra que não seja a moradia do mutuário.

Entretanto, a matéria é sumulada pelo STJ, através da Súmula 199, que estabelece: “Súmula 199: na execução hipotecária de crédito vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, nos termos da Lei n.º 5.741/71, a petição inicial deve ser instruída com, pelo menos, dois avisos de cobrança.”

No tangente à emissão de somente um aviso, regulado pela Resolução 11/72 do BNH, a jurisprudência se manifesta igualmente contrária. Pois, assim confirma a decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

“EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA – SFH – MORA DO DEVEDOR – RC 11/72 BNH – DEMONSTRATIVO DO DÉBITO – LEI Nº 5741/71 – CORREÇÃO MONETÁRIA – JUROS – A exigência de que seja a inicial da ação de execução hipotecária instruída com cópia dos avisos de constituição do devedor em mora desautoriza a aplicação da RC 11/72, do BNH, na parte em que dispensa a publicação de mais de um comunicado. A informação, pelo credor, constante de demonstrativo, do valor originário total das prestações vencidas, sem que haja discriminação mês a mês do débito, não atende ao requisito do inciso II do art. 2 da Lei nº 5741/71, porque impede o devedor de verificar não só como tal valor foi encontrado, como também o conhecimento da correta aplicação da correção monetária e dos juros incidentes sobre o débito.” (TAMG – Ap 0221490-8 – 3ª C.Cív. – Rel. Juiz Kildare Carvalho – J. 25.09.1996)

A ciência deve ser pessoal, por carta entregue contra recibo, telegrama, etc., facultando ao credor a publicação dos avisos em jornal de circulação local, em casos de avisos coletivos envolvendo mais de um devedor. Neste ponto também há

poderão ser dirigidos ao endereço do imóvel financiado e serão comprovados pela exibição do recibo assinado por morador do imóvel, ou pela exibição do recibo de registro postal ou de expedição de telegrama. Os avisos pela imprensa serão comprovados pela exibição de exemplar do jornal que os houver publicado.

controvérsia. Alguns autores entendem que a notificação para constituição da mora deve ser pessoal.

Assim, somente admitir-se-ia a publicação coletiva em jornal de publicação local nos casos de o mutuário não mais residir no foro da situação do imóvel. Atualmente, o que mais freqüentemente se utiliza é, efetivamente, a publicação, em jornal de grande publicação, de avisos coletivos, pois assim a expedição torna-se menos onerosa ao agente financeiro e também mais rápida.

Porém a jurisprudência tem orientado no sentido que a citação no endereço do imóvel financiado é suficiente para produzir os efeitos desejados. Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA – LEI Nº 5.741/71 – ALEGAÇÃO DE NÃO RECEBIMENTO PESSOAL DOS AVISOS E AUSÊNCIA DO VALOR DO DÉBITO – CARÊNCIA DE AÇÃO AFASTADA – 1. Os avisos previstos no artigo 2º, IV, da Lei nº 5.471, de 1971, produzem todos os seus efeitos, se remetidos ao endereço do imóvel hipotecado, no qual, por força de obrigação contratual, o mutuário está obrigado a residir; dispensam a notificação pessoal, porque não tem natureza da citação, constituindo-se apenas condição de procedibilidade, sem a qual a execução não pode ser proposta (RESP nº 56.111, Min. Ari Pargendler). 2. A redação do art. 2º, inc. IV da Lei nº 5.741/71 não exige que o aviso regulamentar contenha o valor do débito mas apenas exige a reclamação do pagamento da dívida.” (AC nº 96.006733-7, Des. Nelson schaefer Martins). (TJSC – AC 00.014965-9 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Mazoni Ferreira – J. 09.11.2000) (grifo nosso)

Ainda, o STJ, no julgamento do REsp 166340, entendeu que os avisos expedidos reclamando o pagamento da dívida devem mencionar o valor da mesma, sob pena de nulidade de tais avisos.

“PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA – INDICAÇÃO DO VALOR DO DÉBITO NOS AVISOS DIRIGIDOS AO EXECUTADO: NECESSIDADE – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – I – Os avisos dirigidos ao devedor antes do ajuizamento da execução hipotecária devem mencionar o valor do débito. II – Precedentes do STJ: REsp nº 38.832/ES e REsp nº 103.806/RJ. III – Recurso especial conhecido e provido.” (STJ – REsp 166340 – SC – 2ª T. – Rel. Min. Adhemar Maciel – DJU 01.02.1999 – p. 154) (grifo nosso)

Quanto à questão dos avisos coletivos, pode-se admitir que esta seria possível somente quando o credor não tivesse conhecimento do paradeiro do

mutuário inadimplente, pois se este não está no endereço do imóvel mas tem outros endereços conhecidos, os avisos deveriam ser dirigidos a este outro endereço, na opinião de Evaristo Aragão Ferreira Santos¹⁴¹. Entretanto, conforme a disposição da Resolução 11/72 do BNH, entende-se como faculdade do credor a notificação pessoal ou coletiva, através da imprensa.

De outro norte, a jurisprudência do Tribunal de do Paraná entende que a convocação do devedor pela imprensa somente é válida se demonstrado que o mutuário não foi encontrado:

“EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA – SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – CONTRATO POR INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA, FINANCIAMENTO, QUITAÇÃO E HIPOTECA E CONSTITUIÇÃO DE OUTRA, QUITAÇÃO DE CAUÇÃO DE CRÉDITO HIPOTECÁRIO E CONSTITUIÇÃO DE OUTRA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 2 , INCISO IV DA LEI N 5.741/71 – REQUISITOS EXPEDIÇÃO DE AVISOS RECLAMANDO PAGAMENTO – SÚMULA 199 DO STJ – AUSÊNCIA – CONVOCAÇÃO PELA IMPRESSA IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE DEMONSTRAR-SE QUE O MUTUÁRIO ENCONTRA-SE EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO, O QUE NÃO OCORREU NA ESPÉCIE – RESOLUÇÃO N 11/72 CARÊNCIA DA AÇÃO DECRETADA EX OFFICIO – 1. A inicial da execução hipotecária lastreada na Lei nº 5.741/71 deve ser instruída com cópia de, pelo menos, dois avisos regulamentares reclamando ao mutuário o pagamento da dívida (artigo 2 , IV), por serem estes condição específica de sua admissibilidade. 2. O edital de convocação pela imprensa, de devedor hipotecário em débito vinculado ao SFH, somente é admissível se demonstrado que o mutuário não foi encontrado. 3. A resolução administrativa, ato de hierarquia inferior a lei, não pode invadir a reserva legal, revogando, modificando ou desvirtuando disposições expressas de texto legislativo. A invasão do ancilar princípio da legalidade, no caso, restringe ou impede a defesa do mutuário, criando obstáculo formal a garantia dos particulares contra execução. A lei estabelece avisos (plural) não permitindo apenas a expedição de um aviso (art. 2 , IV, Lei nº 5.741/71). (TAPR – AC 137486900 – (11855) – Maringá – 1ª C.Cív. – Rel. Juiz Lauro Augusto Fabricio de Melo – DJPR 10.12.1999) (grifo nosso)

9.4.4 Valor da causa

Segundo o artigo 259 do CPC, o valor da causa deve englobar a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a data da propositura da ação. Entretanto, nas execuções sob o âmbito do sistema financeiro de habitação, o valor da causa é o valor da dívida, englobando as prestações vencidas, acrescida de

¹⁴¹ SANTOS, Evaristo Aragão Ferreira dos. Obra citada, p.207.

encargos contratuais e honorários advocatícios (Súmula 12 do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo), e não o valor do contrato.

O executado, então, é citado para o pagamento da dívida, correspondente à prestações em atraso. Na hipótese do executado remir a dívida, pagando apenas as prestações em atraso, o contrato se convalesce, consoante artigo 8º¹⁴² da Lei 5.741, podendo ser passível de nova execução se ocorrer novo inadimplemento.

“EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA – RITO DA LEI Nº 5.741/71 – VALOR DA CAUSA – ART. 259 DO CPC – 1. Na execução de título extrajudicial fundada em contrato de mútuo vinculado à garantia hipotecária do Sistema Financeiro da Habitação, regulada pela Lei nº 5.741/71, determina-se o valor da causa de acordo com o inc. I do art. 259¹⁴³ do CPC/73, posto tratar-se de ação para cobrança de dívida. 2. Agravo provido.” (TRF 4ª R. – AI 1999.04.01.073816-9 – RS – 3ª T. – Relª Juíza Maria de Fátima Freitas Labarrère – DJU 19.04.2000)

Não pretende-se aqui esgotar as implicações do prosseguimento da execução segundo a lei específica em tela, eis que surgem diversas situações controvertidas. Contudo a execução se segue com o despacho saneador, devendo o devedor ser citado para pagar o valor do crédito reclamado ou depositá-lo em vinte e quatro horas, sob pena de não o fazendo, ser-lhe penhorado o imóvel hipotecado.

Se o executado não pagar a dívida, acrescida das custas e honorários de advogado, ou não depositar o saldo devedor, efetuar-se-á a penhora do imóvel hipotecado, sendo nomeado depositário o exeqüente ou quem este indicar.

Se o executado não estiver na posse direta do imóvel, será ordenada a expedição de mandado de desocupação do imóvel contra a pessoa que o estiver ocupando, para entregá-lo ao exeqüente no prazo de dez dias.

Caso o executado esteja na posse direta do imóvel, será ordenada a desocupação e no prazo de trinta dias, entregando-o ao exeqüente.

¹⁴² Lei 5.741/71, art. 8º - É lícito ao executado remir o imóvel penhorado, desde que deposite em juízo, até a assinatura do auto de arrematação, a importância que baste ao pagamento da dívida reclamada mais custas e honorários advocatícios; caso em que convalescerá o contrato hipotecário.

¹⁴³ Código de Processo Civil, art. 259 - O valor da causa constará sempre da petição inicial e será: I - na ação de cobrança de dívida, a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação;

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi desenvolvido um arcabouço que proporcionou o entendimento genérico do instituto da hipoteca como direito real de garantia.

Por certo que não é a mais efetiva garantia, contudo representa uma das mais seguras alternativas ao detentor do capital para ver-se ressarcido no caso de inadimplemento do devedor. Entretanto, se considerarem-se os privilégios estabelecidos por lei a outros créditos preferenciais, como o fiscal e o trabalhista, nenhuma garantia, em nenhum momento, trará completa satisfação ao credor.

Com o intuito de verificar a aplicação prática do instituto da hipoteca, buscou-se verificar o momento culminante do exercício da garantia hipotecária, a sua execução. Seria impossível dentro da proposta do trabalho de monografia tratar da execução em toda sua amplitude, desta maneira foram analisados, na lei específica do Sistema Financeiro da Habitação(Lei 5.741/71) , os requisitos para a execução.

Contudo, apesar dos mais de trinta anos de promulgação daquela lei, sua aplicação é, até hoje, amplamente discutida, principalmente pela alegação que alguns de seus dispositivos seriam contrários ao texto da Constituição Federal de 1988, mais especificamente aqueles que se referem ao prazo para a interposição de embargos, à aplicação da lei específica, à desnecessidade de avaliação e à possibilidade de desocupação imediata. Contudo, tais questões mereceriam um outro trabalho. A aplicação desta legislação sempre tratou de questão delicada, com a defesa da inconstitucionalidade de muitos de seus dispositivos como também critica-se o rigorismo de algumas disposições, não enfrentadas no estudo em tela,

Conforme demonstrado, a lei específica deve ser aplicada em detrimento do Código de Processo Civil, com a aplicação subsidiária deste, para os créditos que envolvem o Sistema Financeiro da Habitação.

Não obstante, a jurisprudência pátria tem aplicado-a com certa cautela, preferindo-se, em alguns casos, o prosseguimento da execução pela sistemática do Código de Processo Civil, que proporciona maiores oportunidades de defesa aos executados, principalmente no que tange aos embargos.

Todavia, há de se levar em conta que nem todos os dispositivos são prejudiciais ao executado. Assim, a não aplicação da lei especial, mas sim do CPC

trata-se, somente, de desvirtuação do procedimento especialmente criado com o intuito de desonerar o mutuário inadimplente, vez que este tem diversas oportunidades para livrar-se da execução.

Desta maneira, acredita-se que o procedimento especial criado com a lei 5.741/71 deve ser atendido, excetuando-se o caráter de não suspensividade com a interposição dos embargos, já que tem sua constitucionalidade contestada por muitos. Contudo, apesar do inconformismo de alguns com certos rigorismos adotados pela lei, deve esta ser aplicada, sob pena de desvirtuar-se todo o sistema.

Compreendido o instituto da hipoteca, logrou o trabalho alcançar seu objetivo, eis que finalizou-se com a observação do modo através do qual o direito de seqüela, característica fundamental dos direitos reais, se torna vivo. Visualizou-se, assim, em sua aplicação prática no cotidiano do direito: a execução hipotecária, especificamente de acordo com a Lei 5.741/71.

Outrossim, pelo ponto de vista do credor, visualizou-se que a garantia real de hipoteca é uma garantia efetiva, ressaltando-se o já comentado, que permite, através do procedimento especial estudado, o rápido retorno do capital investido no caso de inadimplemento por parte do mutuário.

BIBLIOGRAFIA

- BESSONE, Darcy. Direitos Reais. 2.^a Edição. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. 3.^a Edição, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. Sistema Financeiro da Habitação. 8.^a ed., Curitiba: Juruá, 2000.
- FRAGA, Affonso. Direitos Reas de Garantia: Penhor, Antichrese e Hypotheca. São Paulo: Saraiva & Comp, 1933.
- FULGÊNCIO, Tito. Direito Real de Hipoteca. Volumes I e II. 2.^a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- GAMA, Affonso Dionysio. Dos Direitos Reaes de Garantia (penhor, antichrese e hypotheca). 2.^a Edição. São Paulo: Saraiva & CIA, 1930
- GOMES, Orlando. Direitos Reais. 10.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Parte Especial, Tomo XX, Direito das coisas: Direitos reais de garantia. Hipoteca. Penhor. Antichrese. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Hipoteca. 2.^a ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V.4. 12.^a ed, 5.^a tiragem. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Direito das Coisas. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 318.
- SANTOS, Evaristo Aragão Ferreira dos. Uma Abordagem Crítica da Execução dos Créditos Vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, In Processo de Execução e Assuntos Afins. Tereza Arruda Alvim Wambier (org). 1.^a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SILVA, André Luiz Mendonça da. Questões do Sistema Financeiro da Habitação. 2.^a ed., Curitiba: Juruá, 2001.
- SILVA, Clóvis do Couto e. A Hipoteca no Direito Comparado. Porto Alegre: CORAG, 1974.
- SILVA, Francisco Paulo da. Sistema Financeiro: doutrina, jurisprudência e legislação / Francisco Paulo da Silva, Adriano Severo Felipe. São Paulo: Iglu, 2000.

VASCONCELLOS, Pedro. Execução Extrajudicial e Judicial do Crédito Hipotecário no Sistema Financeiro da Habitação. 1.^a Edição. São Paulo: Edições Francisco Alves, 1976.

VIDAL, José. A Praça Pública da Lei 5.741. Repro 23/147. São Paulo: jul./set., 1981.