

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ELCIO NACUR REZENDE

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Otávio Luiz Rodrigues Junior, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-036-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, ocorrido nos dias 3 a 6 de junho de 2015, em Aracaju, Sergipe, apresentou como objeto temático central Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Este encontro apresentou a peculiaridade de ter, pela primeira vez, um grupo de trabalho dedicado ao Direito Civil Contemporâneo, que, de acordo com a ementa oficial, destinava-se ao exame de questões relevantes dessa disciplina jurídica sob o enfoque da metodologia privatística, suas categorias clássicas e sua milenar tradição, mas com a necessária aderência aos problemas de uma sociedade hipercomplexa, assimétrica e com interesses econômicos e sociais contrapostos.

O grupo de trabalho, que ocorreu no dia 5 de junho, no campus da Universidade Federal de Sergipe, contemplou a apresentação de 29 artigos, de autoria de professores e estudantes de pós-graduação das mais diversas regiões do país. Os trabalhos transcorreram em absoluta harmonia por quase sete horas e, certamente, propiciaram a todos bons momentos de aprendizado em um dos ramos mais antigos da ciência jurídica, que hoje é chamado a dialogar com o legado imperecível de sua tradição romano-germânica e com os desafios contemporâneos.

Os artigos reunidos nesta coletânea foram selecionados após o controle de qualidade inerente à revisão cega por pares, em ordem a se respeitar os padrões da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e também para que esta publicação seja útil para os diversos programas de pós-graduação aos quais se vinculam seus autores.

Neste livro eletrônico, o leitor encontrará textos atuais e com diferentes enfoques metodológicos, doutrinários e ideológicos sobre temas de interesse prático e teórico do Direito Civil Contemporâneo.

Na Teoria Geral do Direito Civil, há diversos artigos sobre os direitos da personalidade, a lesão e a interpretação do Direito Civil. No Direito das Obrigações e dos Contratos, destacam-se escritos que dizem respeito à função social do contrato, aos demais princípios contratuais e sua correlação com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade, aos deveres anexos da boa-fé objetiva, às distinções entre renúncia e remissão, ao contrato de doação modal, bem assim aos contratos de agência e de representação comercial. A Responsabilidade Civil

também despertou significativo interesse dos participantes do grupo de trabalho, que expuseram suas visões sobre os danos morais, as lesões decorrentes de cirurgias plásticas, as conexões entre a incapacidade e a reparação de danos, a ação direta das vítimas em face das seguradoras, a função punitiva e o Direito de Danos e a reparação por ruptura de noivado.

No Direito das Coisas, o leitor poderá examinar textos sobre a hipoteca, a propriedade aparente e o problema da ausência de procedimento especial sobre a usucapião judicial no novo Código de Processo Civil. No Direito de Família e no Direito das Sucessões, houve um significativo número de artigos, que se ocuparam dos mais variados temas, ao exemplo das famílias mosaico, da Lei de Alienação Parental, das modalidades de filiação e de seu tratamento jurídico contemporâneo, do núcleo familiar poliafetivo, do testamento vital e do planejamento sucessório.

Essa pátina com cores tão diversas, a servir de metáfora para as diferentes concepções jurídicas emanadas neste livro, foi causa de alegria para os coordenadores, que puderam observar que no Brasil não há predileção por qualquer parte do Direito Civil, muito menos se revelaram preconceitos injustificáveis diante das novas relações humanas. Em suma, os temas abordados abrangeram os diferentes livros do Código de 2002, conservando-se os autores atentos à dinamicidade das relações sociais contemporâneas.

Todos os trabalhos apresentados e que hoje se oferecem à crítica da comunidade jurídica refletiram o pensamento de seus autores, sem que os coordenadores desta obra estejam, em maior ou menor grau, a eles vinculados. Trata-se do exercício puro e simples da liberdade e do pluralismo, dois valores centrais de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos valores constitucionais que lhe dão suporte.

Ao se concluir esta apresentação de um livro sobre o Direito Civil Contemporâneo, não se pode deixar de lembrar o que a palavra contemporâneo significa. Para tanto, recorre-se a Giorgio Agamben, tão bem parafraseado por José Antônio Peres Gediél e Rodrigo Xavier Leonardo, quando disse que contemporâneo é algo que pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo, aquele que não coincide perfeitamente com este, nem está adequado às suas pretensões e é, portanto, nesse sentido, inatual; mas, exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que os outros, de perceber e aprender o seu tempo. De tal sorte que, o contemporâneo inevitavelmente será marcado pelo desassossego, que muitas vezes adverte e atenta a fragilidade daquilo que está posto como o estado da arte, malgrado não o ser. (GEDIÉL, José Antonio Peres; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Editorial. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v.2., p.17-19, jan-mar.2015. p. 17).

Essa contemporaneidade que se faz necessária no estudo do Direito Civil, sem fechar as portas a um passado rico de experiências e de construções admiráveis, tão bem refletidas no elogio de Franz Wieacker aos pandectistas, sobre os quais afirmou serem suas ideias a base sobre a qual repousam as melhores estruturas do Direito Privado atual (WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2., neubearb. Aufl. von 1967. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, §23.) . Mas, sem que sejam os civilistas transformados em estátua de sal, como a mulher de Ló, por só buscarem nas brumas dos tempos idos as soluções que não mais se prestam a um dia colorido por luzes tão diferentes.

Dessa forma, apresentam os coordenadores, orgulhosamente, esta obra cujo conteúdo certamente enriquecerá a cultura jurídica de todos e, em especial, aqueles que cultuam o Direito Civil Contemporâneo.

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre e Doutor em Direito.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Pós-Doutor em Direito Constitucional Universidade de Lisboa, a Clássica. Pesquisador visitante, em estágio pós-doutoral, no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha), com bolsa de Max-Planck-Gesellschaft.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984),

BREVE ANÁLISE DA HIPOTECA COMO GARANTIA REAL
BREVE ANÁLISIS DE LA GARANTÍA REAL DE HIPOTECA

Rosangela Viana Zuza Medeiros
Alice Krämer Iorra Schmidt

Resumo

A hipoteca é um instituto que tem suas raízes ficadas no Direito Romano, mas que não perdeu sua importância no decorrer dos tempos e, por isso, também se encontra disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro e português. Decerto que o Direito Brasileiro, por estar intimamente ligado com o Direito Português, previu o instituto de forma bastante semelhante. Trata-se de um direito real de garantia que recai sobre bens imóveis pertencentes ao devedor. Existem, na atualidade, três formas distintas de hipoteca, quais sejam a legal, a voluntária e a judicial, correspondendo, todas elas, a importantes formas de resguardar o credor no caso de inadimplemento obrigacional por parte do devedor. O presente artigo tem como objeto uma análise dessas formas em comparação com o português, com o intuito de demonstrar que esse instituto ainda se assemelha como a sua fonte romana e influência portuguesa sendo umas das garantias reais.

Palavras-chave: Hipoteca, Direito romano, Direito português, Direito brasileiro

Abstract/Resumen/Résumé

La hipoteca es un instituto que tiene sus raíces en cada derecho romano, pero que no ha perdido su importancia en el transcurso del tiempo y por lo tanto también es disciplinado en la legislación brasileña y portuguesa. Ciertamente, la ley brasileña, está estrechamente vinculada con el derecho portugués, proporcionado suficiente Del mismo modo Instituto. Se trata de un derecho de garantía real que recae sobre los bienes pertenecientes al deudor. Existen, en la actualidad, tres formas diferentes de hipoteca, es decir, las de contabilidad, todos los caminos legales, voluntarios y legales importantes para proteger al prestamista en caso de incumplimiento obligatorio por parte del deudor. Este artículo es sobre un análisis de estas formas en comparación con los portugueses, con el intuito de demostrar que el instituto todavía se asemeja como su fuente romana y la influencia portuguesa es una de las garantías

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hipoteca, Derecho romano, La ley portuguesa, La ley brasileña

1 INTRODUÇÃO

A hipoteca encontra-se determinada dentre as garantias reais, pois que a sua função é respaldar uma obrigação e, para tanto, é constituído um ônus real. Desta forma, contrapõe-se à hipoteca, como garantia real que é, as formas de garantias pessoais, como podemos elencar, a título de exemplo, a fiança.

Neste diapasão, o direito real de garantia é o que vincula diretamente ao poder do credor determinado bem do devedor, assegurando a satisfação do seu crédito se inadimplente esse¹.

Com efeito, o direito real de garantia, oponível “erga omnes”, supõe, para sua plena eficácia, a colocação num plano superior, num palco observável por todos os cidadãos, espectadores forçados que não podem alegar ignorância em relação ao conteúdo do mesmo².

Assim, o que se busca com a hipoteca é prestigiar o credor hipotecário com um privilégio consoante ficará demonstrado ao longo do presente trabalho.

Para que se possa entender a amplitude deste instituto, termos que analisar primeiramente a própria definição de hipoteca, percorrendo este tópico pelo nascedouro do instituto nos tempos romanos, e que tem a sua devida influência no direito atual.

No tópico seguinte, apresentaremos uma visão geral do tema, onde percorreremos a caracterização do seu objeto, os seus princípios – publicidade, assessoriedade e indivisibilidade –, demonstrando como cada um destes se localiza no ordenamento jurídico vigente, bem como qual a sua importância para o nosso estudo.

Assim passaremos tratar de forma sucinta das espécies de hipoteca, dando especial relevo à hipoteca voluntária, sendo este o objeto do nosso trabalho, uma vez que deste tipo há alguns pontos que merecem maiores considerações.

Trataremos das formas de extinção em tópico separado, por necessidade de demonstrar como a extinção deve ocorrer, além de abordarmos aspectos sobre o perecimento do bem.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil brasileiro anotado*. 14ª edição. Editora Saraiva. São paulo, 2009.

² CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres. *Da hipoteca*. Almedina. Coimbra, 2003.p.18.

No decorrer de todo o trabalho far-se-á uma comparação como o direito brasileiro com o direito português, demonstrando pontos de similitude entre os dois ordenamentos. No entanto, faz-se necessário abrir um tópico para demonstrar que, em certos aspectos, as similitudes que envolvem os dois ordenamentos decorrem do reflexo da influência direta do ordenamento jurídico português no brasileiro. Assim, trata-se de demonstrar que nestes aspectos descritos no tópico referente à influência do direito português no direito brasileiro não são apenas ponto de congruência, mas sim, repetição do ordenamento português no brasileiro.

A hipoteca, em ambos os ordenamentos encontra, na atualidade, vários conflitos de interesses, no que se refere à garantia, visto que, em muitos casos, no momento da utilização garantia esta esbarra em impedimentos legais que impossibilitam o privilégio ou que pelo menos o reduz. Assim, no tópico sobre pontos adjacentes trataremos da vulnerabilidade da hipoteca frente aos privilégios ditos “especiais”, o que, para tanto, utilizaremos como exemplo o direito de retenção, bem como a constituição de hipotecas de direito plural, e por fim as hipotecas de bem com arrendamento.

Assim, em breve análise sobre o instituto da hipoteca, passa-se a tentar entender se esta garantia real ainda detém para si uma característica de rainha das garantias.

2 DEFINIÇÃO

A hipoteca é um instituto jurídico que tem por finalidade garantir o cumprimento de uma obrigação. Nesta seara, já no direito romano, tal acepção existia como forma de respaldar, ainda mais, os negócios jurídicos ocorridos, possibilitando que o credor obtivesse uma garantia diferenciada para o recebimento do seu crédito.

Neste diapasão a *hypotheca* é um direito real sobre uma *res aliena* que se traduz na sua especial afetação ao cumprimento de uma *obligatio*³.

O que se deve analisar neste momento meramente conceitual é que este instituto, em sua acepção original, não importava a transferência da propriedade nem da posse da coisa

³ JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano III – (direitos reais)*, *STVDIA IURIDICA* 26. Coimbra editora. Coimbra, 1997.

para o credor⁴. Possibilitava gerar no credor, através de uma delimitação precisa de parte do patrimônio do devedor que responderá pelo incumprimento, maior segurança no real pagamento da obrigação.

Mas para que se chegasse a este conceito de hipoteca um longo caminho foi percorrido. A noção de hipoteca advém de *pignus*⁵, não tendo ela a finalidade de impedir o devedor da utilização da coisa, ou mesmo que tal objeto fosse retirado da sua esfera jurídica. Isso demonstra claramente que o intuito do instituo era dar garantia à obrigação contraída e, assim, dar segurança ao negócio jurídico efetuado, pois no caso de inadimplemento haveria um patrimônio determinado para o adimplemento.

Nesta seara, ainda temos que referir que a hipoteca no direito antigo era concebida por princípio diverso do penhor, porque o credor não recebia a posse⁶. O penhor romano era direito real de posse, enquanto a hipoteca era direito real sem posse. Tanto o penhor quanto a hipoteca poderiam ter como objeto coisas móveis ou imóveis⁷.

A hipoteca passa a referendar uma nova espécie de garantia real, a qual permite que o devedor mantenha-se na posse da coisa, mas possibilita ao credor resguardar uma parte determinada do aludido patrimônio para garantir o pagamento da dívida em caso de eventual inadimplemento. Assim, “não importava transferência (para o credor) da propriedade nem, de imediato, a da posse – que o garante conservava enquanto não pudesse considerar-se incumprida a dívida, para cujo reforço se constituirá a hipoteca”⁸.

A hipoteca (denominada *conventio pignoris* e depois *hypotheca*) teria sido introduzida, no direito romano, para garantir o pagamento da renda de prédios rústicos: o locatário autorizava o proprietário a apoderar-se dos utensílios de lavoura (*invecta*) e dos animais e

⁴ CURA, António Alberto Vieira. *Fidúcia Cum Creditore*. Tese de mestrado. Coimbra, 1990.

⁵ A hipoteca surgiu não ordenamento jurídico romano como uma instituição jurídica autónoma. Tal como o penhor (em sentido estrito), era um *pignus*, embora fosse um *pignus conventum* (e não um *pignus datum*), como atesta D.13,7, 1, pr. (CURA, António Alberto Vieira Obra citada p.174). Necessário ressaltar a diferenciação entre estas duas figuras o *pignus datum* e o *conventum*, visto que a ausência da entrega da coisa no segundo faz com que a garantia permaneça na esfera jurídica do devedor e possibilita assim que o mesmo possa utilizar-se da coisa.

⁶ O aparecimento, no âmbito das relações privadas, de uma garantia constituída sem a transferência da propriedade ou da posse – que não existia ainda no tempo de Cícero – não deve ter sido alheia uma forma de garantia, assim caracterizada, já existente para os créditos do Estado ou dos municípios, em relação a empreiteiros de empreendimento públicos ou magistrados incumbidos de funções financeiras (CURA, António Vieira, obra citada. p. 175).

⁷ VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil – Reais*. 5ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2005.p. 538.

⁸ CURA, Antonio Vieira. Obra citada, p. 174.

escravos (*illata*) que introduzia no seu prédio, no caso de a renda não ser paga.^{9 10}

Logo, a “origem (ou pelo menos, o precedente romano) desta espécie de garantia real parece encontra-se na *locatio conductio rei* de fundos rústicos”.¹¹

Observa-se, neste caso, que a principal função não era o desapossamento da coisa, mas sim a delimitação de uma parte do patrimônio para assegurar, como mais propriedade, o inadimplemento do devedor. Tal premissa contém a ideia de que, ainda pela análise da gênese do instituto¹², o credor tinha pela consciência que a retirada do material de trabalho do locatário, acarretaria, sim, na impossibilidade do pagamento, o que geraria o inadimplemento, evento não esperado pelas partes na contração de uma obrigação.

Verifica-se quanto à palavra *hipoteca* uma polissemia análoga à do *penhor*, pois ela tanto identifica o direito de hipoteca, como o seu negócio constitutivo, como, ainda, com menos rigor, a própria coisa hipotecada.¹³ Ressaltando que o termo tem sua acepção de origem grega^{14 15}.

O que se torna relevante no estudo da hipoteca, desde a sua introdução no direito romano até a sua utilização nos ordenamentos jurídicos atuais, é que esta concepção de garantia possibilitou a realização de vários negócios jurídicos, posto que a sua característica de seguridade de uma obrigação permite que ao credor o resguardo de parte diferenciada do patrimônio do devedor.

O instituto da *hypotheca* que encontra origem no direito romano e isso tem seu reflexo no direito português, posto que, mesmo com as evoluções desde aquele direito, a essência foi

⁹ JUSTO, a. Santos. Obra citada, p. 469

¹⁰ A partir do século I a. C, a *hypotheca* generalizou-se, passando a garantir todas as obrigações e a constituir-se sobre qualquer objecto susceptível de posse e de venda; coisas corpóreas, direitos e até patrimônios (Justo, a. Santos. Obra citada, p. 469), e a ter por objeto qualquer *res*, desde que susceptível de penhor. (Cura, Antonio Vieira. Obra citada, p.176).

¹¹ Ver CURA, António Vieira e JUSTOS, A. Santos, obras citadas.

¹² A origem (ou pelo menos, o precedente romano) desta espécie de garantia real parece encontra-se na *locatio conductio rei* de fundos rústicos. (CURA, Antonio Vieira. Obra citada, p.175).

¹³ FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 4ª edição (reimpressão). Quid Juris Sociedade Editora. Lisboa, 2004.p 150

¹⁴ A palavra “hipoteca” derivada do grego, indica a ideia de submeter uma coisa à outra. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro- direito das coisas*. Vol. V. 4ª edição. Editora Saraiva.São Paulo, 2009, p. 562).

¹⁵ A própria utilização do termo *hypotheca* para designar o instituto não é originária. Apenas passou ser utilizada pela *iusprudentia* clássica tardia (e com pouca frequência), mas precisamente, na época de Severos, por influência helenística.(CURA, Antonio Vieira. Obra citada, p. 174).

incorporadas pelas legislações atuais.

A hipoteca é uma garantia real que confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certa coisa imóvel (ou móvel registável), pertencente ao devedor ou a terceiros, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registro¹⁶.

A definição de hipoteca não se encontra no ordenamento jurídico português, restando ao art. 686^o¹⁷ do Código Civil invocar o privilégio no pagamento do crédito de coisas imóveis, ou equiparados, desde que não haja privilégio especial ou anterior registro, tema que será adiante mais desenvolvido. Ressalte-se que o art. 688^o do mesmo diploma determina claramente quais são os objetos de hipoteca¹⁸.

A hipoteca é um direito de um credor de ser pago, com preferência sobre os credores comuns, pelo valor da coisa determinada¹⁹. É sinteticamente o que se busca com a hipoteca. Isso se dará no que respeita aos privilégios especiais, e estes são verdadeiros direitos reais. A suas relações com outros direitos reais de garantia processam-se em termos de prevalência²⁰.

Desta sorte temos que a hipoteca não confere direito de posse ao credor hipotecário, mas sim, “de facto, a hipoteca constitui a garantia que permite ao credor a ‘melhor segurança da dívida sem que haja lugar à entrega da coisa’”²¹, a hipoteca garante uma obrigação.

3 VISÃO GERAL DO TEMA

A hipoteca vem regulamentada no Código Civil português em seus artigos 686^o a 731^o,

¹⁶ JUSTO, A. Santos. Obra citada. p. 468.

¹⁷ Artigo 686^o - a hipoteca confere o direito de ser pagos pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade no registro.

¹⁸ Esta constitui o direito real de garantia por força do qual bens imóveis e seus acessórios, conjuntamente, alguns direitos reais sobre imóveis, os navios, as aeronaves e outros bens previstos em lei, que permanecem em poder do devedor ou do prestador da garantia, asseguram, preferencialmente, o pagamento de uma dívida (Madaleno, Cláudia. *A vulnerabilidade das garantias reais – hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra Editora. Coimbra, 2008).

¹⁹ DUARTE, Rui Pinto. *Curso de direitos reais*. Editora Principia. Cascais, 2007.

²⁰ ASCENSÃO. José de Oliveira. *Direito Civil- Reais*. 5^a edição (reimpressão). Coimbra editora. Coimbra, 2000, p. 553

²¹ MADALENO, Cláudia. *A vulnerabilidade das garantias reais : a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento* Coimbra Editora, Coimbra : 2008. p. 9.

tendo estes artigos a função de delimitar desde o âmbito da hipoteca até a sua forma de extinção, assim, para que se compreenda melhor este, faz-se necessária uma visão deste instituto para se demonstre desde o seu objeto até a sua forma de extinção.

O objeto da hipoteca encontra-se regulamentado no artigo 688º do Código Civil²², tendo a sua noção desde logo introduzida no artigo 686º, quando este versa que pode ser o credor pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas²³, pertencentes ao devedor ou a terceiros.

Nesta perspectiva, o objeto da hipoteca no ordenamento português deve estar devidamente individualizado no momento da sua constituição válida, isto é, no registo²⁴, e torna-se impossibilitada, desta forma, a constituição de todo o património do garante pela hipoteca. Assim, segundo o princípio da especialidade, o seu objeto deve ser determinado²⁵ e, no respectivo registo, devem constar o fundamento, o crédito e seus acessórios e o monte máximo garantido²⁶.

No direito português tem-se que a hipoteca é um direito acessório²⁷. Desta forma a acessoriedade é caracterizada, gerando a consequente extinção da hipoteca no caso de cumprimento da obrigação principal, ou por qualquer outra forma de extinção da obrigação garantida²⁸. O que se busca com a hipoteca é que a garantia acompanhe a obrigação reforçando a garantia patrimonial que esta detém no caso de incumprimento.

Essa garantia, a qual nos referimos, acarreta diretamente no direito de seqüela,

²² No direito brasileiro o âmbito do objeto da hipoteca encontra-se determinada pelo artigo 1473, *in verbis*: Art. 1.473: podem ser objeto de hipoteca: - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II - o domínio direto; III - o domínio útil; IV - as estradas de ferro; V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI - os navios; VII - as aeronaves; VIII - o direito de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007); IX - o direito real de uso; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007); X - a propriedade superficiária. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

²³ Deve-se atentar que esta equiparação a qual se refere o artigo, vem devidamente determinada no artigo 688º, visto que, este lista claramente quais são os objetos da hipoteca.

²⁴ A publicidade se dá através da inscrição da hipoteca no Registro de Imóveis. É a inscrição que dá ciência a todos de que o bem imóvel dado em garantia está sujeito ao ônus hipotecário, impedindo que terceiros possam alegar ignorância da incidência da hipoteca (OLIVEIRA, Rosney Massarotto de. *A hipoteca convencional. Direito real de garantia de pagamento de débitos que assegura o direito de seqüela e de preferência*. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/textoasp?id=3403> acesso em 05/05/2010)

²⁵ Não podemos olvidar que a amplitude da obrigação coberta (art. 693, CC) (acessórios ao crédito)-possibilidade de abarcar os juros (deve ser convencionado caso seja superior a 3 anos- n.º2).

²⁶ JUSTO, A. Santos. Obra citada. p. 474

²⁷ O princípio da acessoriedade determina que a existência e a validade da hipoteca dependem da existência e validade da obrigação garantida. E justifica que a extinção desta dívida determine a extinção da hipoteca. (JUSTO, A. Santos. Obra citada. p. 475)

²⁸ CURA, António Vieira. Obra citada, p. 180.

podendo buscar o credor hipotecário a coisa onde ela esteja para que, através de recurso ao tribunal, possa executar a hipoteca.

Há de se ressaltar, o direito de sequela inerente à hipoteca encontra uma eficaz aplicação no direito português ora estudado, posto que essa possibilidade atribui ao credor hipotecário a possibilidade de buscar, onde se encontre o bem, com a real afetação com a finalidade de saciar o crédito garantindo.

Nesta perspectiva, “este regime não prejudica o credor por os actos subsequentes de alienação ou oneração lhe serem inoponíveis”. E mais, “no caso de transmissão, isso significa que ele pode fazer executar a coisa hipotecada no património do adquirente, sendo esta uma manifestação da sequela do direito de hipoteca”²⁹.

Diante disto, temos que para que se faça valer o seu direito hipotecário necessita da busca judicial para que se promova a venda judicial³⁰ do bem, e assim possa receber o valor correspondente à obrigação, pois não há na hipoteca a possibilidade de adjudicação imediata do bem, mas sim o que ela representa juridicamente é um privilégio no recebimento da obrigação³¹, que se encontra inadimplente, portanto respondendo o património determinado do garante³².

O credor hipotecário detém os direitos de sequela e de preferência, assumindo o devedor um ônus de natureza real³³, e neste diapasão, na falta de pagamento da dívida garantida, ou mesmos antecipadamente em certos casos (art. 695º, in fine, 701º, nº1, e 725º do Código Civil português), o credor hipotecário tem o direito de fazer vender a coisa em execução judicial, para ser pago, preferencialmente, pelo produto da venda³⁴.

A necessidade de registo, como anteriormente mencionada, é obrigatória no direito

²⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho. Obra citada. p 152.

³⁰ Na falta de pagamento da dívida garantida, ou mesmos antecipadamente em certos casos (art. 695º, in fine, 701º, nº1, e 725º), o credor hipotecário tem o direito de fazer vender a coisa em execução judicial, para ser pago, preferencialmente, pelo produto da venda (FERNANDES, Luís A. Carvalho. Obra citada. P. 151)

³¹ Necessário ressaltar que o que garante o pagamento da dívida, preferencialmente a outros credores não titulares de privilégios maiores, ou de hipotecas não anteriores, é o valor ou o preço do bem obtido na execução, judicial ou extrajudicial (MADALENO, Cláudia. obra citada. 2008).

³² Se o devedor for o dono da coisa hipotecada, o credor deve começar por ela a execução, só podendo penhorar outros bens, uma vez reconhecida à insuficiência da garantia hipotecária (art. 697º). (FERNANDES, Luís A. Carvalho. Obra citada P. 150).

³³ MADALENO, Cláudia. Obra citada, 2008.

³⁴ Fernandes, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 4º edição (reimpressão). Quid Juris Sociedade Editora. Lisboa, 2004.p. 151.

português³⁵, posto que tal imposição faz-se com o respaldo que na ausência do registo a hipoteca aduz-se a ineficácia do negócio jurídico, inclusive entre as partes (art. 687, CC)³⁶.

O art. 696, do código Civil brasileiro demonstra a indivisibilidade, pois em caso de divisibilidade do bem hipotecado, a hipoteca continua a recair sobre o todo, bem como se houver adimplemento parcial, não há a exoneração de parte da hipoteca, só restando terminada esta quando houver o adimplemento total da obrigação. Assim, em caso de divisão esta recairá sobre a coisa nova dividida.

Assim, de acordo com o princípio da indivisibilidade, a hipoteca subsiste por inteiro, ainda que a coisa venha a ser dividida ou o crédito garantido parcialmente satisfeito. Se a hipoteca incidir sobre várias coisas, cada uma delas responde pela totalidade da dívida³⁷.

Tem-se que ressaltar que se a coisa for originalmente ou supervenientemente coisa plural, ainda responde cada uma das coisas pela totalidade da dívida garantida.

Assim, a hipoteca pode abranger toda a extensão do prédio ou apenas os elementos suscetíveis de propriedade autônoma, ou seja, de alienação em separado. Assim, podem hipotecar-se em separado as águas referidas no art. 1386º, alíneas a), b) e c), mas já não as previstas nas alíneas d), e) e f) por serem inseparáveis dos prédios a que se destinam (art. 1397º)³⁸.

Sendo assim, pode incidir sobre o mesmo bem várias hipotecas (art. 713, CC). Tal característica encontra fundamento, posto que o que está cerceado não é o próprio direito real sobre a coisa, mas sim houve uma afetação de característica real sobre este que o tornou prioritário no pagamento de certa obrigação.

E sendo possível a oposição de várias hipotecas sobre o mesmo bem, passa-se a ter uma dificuldade na execução da hipoteca, pois se vários são os credores hipotecários a excursão do bem deveria ser capaz de saciar a todos – o que nem sempre ocorre na prática,

³⁵ Tal característica encontra par no direito brasileiro, onde seu artigo consoante o artigo 1422, e artigo 1.492, do Código Civil, em respeito ao princípio da publicidade, a qual, nas palavras de Venosa aduz « *A publicidade por meio de registo imobiliário quando tratar de imóveis confere essa eficácia real*». (VENOSA, Silvio Salvo. Obra citada, p. 539).

³⁶ O Código de Registro Predial- Decreto-Lei nº 185/2009, de 12 de Agosto – art. 2º, h, 4º, nº.2, determina a necessidade de registo da hipoteca para sua validade.

³⁷ JUSTO, A. Santos. Obra citada. P.475.

³⁸ JUSTO, A. Santos. Obra citada. p 472.

posto que não há vedação legal de que a próxima hipoteca sobre o bem tem que ser correspondente a um obrigação que seja inferior ou que não interferia no pagamento da anterior.

Para solucionar tal problemática, passa o código civil brasileiro a adotar o critério temporal na predileção da hipoteca constituída sobre o mesmo bem. Esta, no direito português, corresponde à anterioridade de registo³⁹, isto é, o critério cronológico é claramente determinado pelo registo mais antigo.

Como no direito português para que se dê eficácia, mesmo entre as parte, da hipoteca é necessário a existência do registo, passa a ser este o critério para a contagem cronológica e aplicação do princípio *priori in tempore potiore in iure*⁴⁰.

O que tem que ressaltar que no ordenamento atual português esta garantia hipotecária pode ser transmitida (art. 727, n.º1, CC), mas a partir deste momento deixa de garantir o crédito inicial e passa a garantir o novo crédito (art. 728, n.º 1, CC). Segue estes artigos o princípio da transmissibilidade, segundo o qual a hipoteca pode ser cedida sem o crédito assegurado a outro credor para garantia de obrigação sobre o mesmo devedor e, se constituída por terceiro, este consinta. E por este mesmo princípio é nula a cláusula que proíba o devedor de alienar ou onerar a coisa hipotecada⁴¹.

Assim, passa-se a questionar se com a transmissão da hipoteca ainda persiste a prioridade na garantia anteriormente registada. Essa premissa deve ser analisada sob a ótica do elencado no artigo 728º, nº 2 do Código Civil que resolve a questão que infere que registada a cessão, a extinção do crédito originário não afeta a subsistência da hipoteca. Logo, entendemos que se mantém a hipoteca nos mesmos termos que anteriormente constituída, isto é, com a sua originária colocação na preferência, sem nenhum prejuízo desta.

No entanto, caso no decorrer da hipoteca esta se torne insuficiente ou pereça há a possibilidade de substituição e o reforço da hipoteca, consoante o artigo 701º do Código Civil. O que se busca com este artigo é que o credor hipotecário passe a ter total certeza que a garantia dada será realmente capaz de adimplir o crédito, visto que os casos em que o reforço

³⁹ Como ocorre, p. ex. no direito brasileiro.

⁴⁰ O entanto, há a possibilidade de cessão de grau hipotecário a um credor titular de hipoteca sobre a mesma coisa, posteriormente registada (SANTOS, A. Justo, obra citada. p, 474).

⁴¹ JUSTO, A. Santos. Obra citada, p. 474.

pode ser autorizado ocorrem quando o bem garantidor da hipoteca perece ou a hipoteca torna-se insuficiente para a segurança da obrigação.

O credor pode pedir ao devedor que substitua a coisa hipotecada ou reforce a hipoteca, se aquela perecer ou a hipoteca se tornar insuficiente por causa não lhe imputável; se o devedor não o fizer, o credor poderá exigir o imediato cumprimento da dívida ou registrar hipoteca sobre outros bens do devedor, se a obrigação for futura (art. 701º)⁴².

Observa-se com este panorama geral do instituto da hipoteca que esta garantia real, tem por finalidade possibilitar uma maior segurança na contração de obrigações, fugindo o credor da garantia pessoal e possibilitando assim que constituía uma garantia real, que na sua melhor acepção possibilita a este uma individualização do patrimônio do devedor para que exclua, no caso de inadimplemento, de concorrer com todos os credores do devedor na mesma hierarquia.

4 ESPÉCIES DE HIPOTECA

Tendo como determinar o objeto da hipoteca, necessário se faz determinar a sua constituição e quais são as legais, a judiciais ou as voluntárias. Neste diapasão, consoante o artigo 703º Código Civil Português, encontram-se definidas as espécies de hipoteca.

A hipoteca legal é que nasce da vontade da lei, não sendo originária da vontade das partes; o mesmo ocorrendo com a judicial, que se diferencia daquela apenas por sua origem ser das decisões judiciais e que possuem sua regulamentação nos artigos 704º a 709º do CC. Possuem relevância, pois a própria lei pode determinar que tal obrigação esteja acompanhada de um garantia real, a qual seja a hipoteca.

As hipotecas judiciais, que não são objeto do nosso estudo, estão elencadas nos artigos 710º e 711º, do Código Civil, e são aquelas que se constituem em virtude de uma decisão judicial. Busca tais artigos possibilitar que uma sentença judicial seja capaz de garantir um cumprimento de uma obrigação de forma especializada.

No que se refere à voluntária, objeto do nosso estudo, a sua constituição depende da vontade do titular da coisa hipotecada que pode manifestar-se num contrato ou declaração

⁴² JUSTO, A. Santos. Obra citada., p 475.

unilateral: testamento e simples concessão unilateral por parte do proprietário, sujeita a escritura pública⁴³

5 EXTINÇÃO

No que se refere às formas de extinção da hipoteca, o direito português no Código Civil, em seu artigo 730, CC, elenca as causas de cessar este instituto, as quais sejam: pela extinção da obrigação principal, por prescrição a favor de terceiro pelos prazos determinados; pelo perecimento da coisa e pela renúncia do credor.

A extinção da hipoteca pelo fato de se extinguir a obrigação garantida ocorre em virtude de ser um direito acessório, e trata, portanto de uma causa indireta ou reflexa.⁴⁴

Observa-se pela análise deste artigo que as causas de extinção estão intimamente ligadas a extinção da obrigação principal, isto porque não mais existindo esta deixa de haver aquela, visto que, as causas de extinção são a extinção da obrigação a que serve a hipoteca; por prescrição, a favor de terceiro adquirente do prédio hipotecado, decorrido vinte anos sobre o registo da aquisição e cinco sobre os vencimentos da obrigação; pelo perecimento da coisa hipotecada, sem prejuízo do disposto nos artigos 692º e 701º e pela renúncia do credor⁴⁵.

No caso de perecimento da coisa hipotecada tem-se que ressaltar que o perecimento parcial não afasta em sua totalidade a hipoteca, posto que da parte restante ainda seja capaz de garantir o crédito ao qual está vinculado⁴⁶, vale salientar que no caso de perecimento total também não resta afastada a possibilidade de indenização.⁴⁷

A renúncia do credor deve ser expressa e exarada em documento “que contenha a assinatura do renunciante reconhecida presencialmente, salvo se esta for feita na presença de funcionário da conservatória competente para o registo”⁴⁸, embora a produção dos seus efeitos

⁴³ JUSTO, A. Santos. Obra citada. p. 471

⁴⁴ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 11ª edição. Editora Almedina, Coimbra, 2008.p. 958.

⁴⁵ Redação dada pelo artigo 730º do código civil português.

⁴⁶ Neste sentido ver COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida obra citada.

⁴⁷ Neste sentido ver DURATE, Rui Pinto. Obra citada.

⁴⁸ Ver código de registo no tocante a novas disciplinas sobre o assunto.

não dependa de aceitação do devedor ou do autor da hipoteca.⁴⁹

Saliente-se que, após a extinção da hipoteca ainda deve proceder ao cancelamento do registro da hipoteca, sendo podendo a hipoteca ressurgir em caso de nulidade da sua causa extintiva.

6 INOVAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO – REFLEXO NO CC/2002 – POR INFLUÊNCIA DO ORDENAMENTO PORTUGUÊS.

Resta clara a influência do direito romano no ordenamento jurídico português, este, por via de consequência histórica, visto a ligação existente entre Brasil e Portugal, bem como pela natural evolução social, passa ao atual ordenamento jurídico brasileiro. Uma influência que o aproximou o sistema brasileiro ainda mais em alguns pontos com o direito romano e uma evolução social que em outros pontos corroborou para o afastamento deste.

Assim, para que não ficassem repetitiva as colocações anteriormente descritas no que se refere nomeadamente ao direito português, passa-se a elencar quais os institutos que foram introduzidos na transição do código civil de 1916 para o atual e em vigor código de 2002.

O artigo 1.475, Código civil brasileiro veda o novo Código a existência de cláusula no contrato de hipoteca que proíba ao proprietário o direito de alienar o imóvel hipotecado. Tal solução já era existente no ordenamento jurídico português, mas encontrava-se ausente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo introduzido em 2002, e passando a respeitar o que prelecionava o direito romano, que não vedava a alienação no bem hipotecado.

O direito brasileiro também desde legislação anterior, isto é , o conhecido Código Civil de 1916, previa de forma expressa a possibilidade de haver várias hipotecas sobre o mesmo bem. No entanto, o Código de 2002, em seu artigo 1.476⁵⁰, CC/BR traz a natureza cogente, faculta ao dono constituir outra hipoteca sobre o mesmo bem, independente de assentimento do credor anterior.

Assim, aduz que credor hipotecário detém os direitos de seqüela e de preferência, assumindo o devedor um ônus de natureza real, o qual deve ser respeitado e que caracteriza a

⁴⁹ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida obra citada, p. 958.

⁵⁰ Art. 1.476. O dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor.

garantia pretendida pelo credor e devedor hipotecário, traduzindo, ainda que esta garantia deva responder por toda a obrigação sendo impossibilitada a sua divisibilidade, consoante o artigo 1.488, CC⁵¹.

O direito real de garantia apresenta duplo aspecto, portanto, determina o bem preferencialmente destinado à satisfação da obrigação, antes dos demais componentes do patrimônio do devedor, e pré-exclui, como regra, ataque dos outros credores. O direito real fica, portanto, ligado à dívida⁵².

7 PONTOS ADJACENTES

Neste tópico, iremos versar sobre alguns pontos adjacentes à hipoteca, nomeadamente, em aspecto que influencia diretamente na sua *ratio*, tendo em vista que como esta garantia real tem por finalidade possibilitar uma maior segurança ao credor hipotecário. Observamos que quando confrontada com outros direitos, ou mesmo a sua má utilização por vezes afasta esta perspectiva de segurança total buscado pelo credor.

Assim, começaremos por tratar da contraposição o direito de retenção, nomeadamente no que se refere à segurança jurídica do credor hipotecário, visto a desnecessidade de registo⁵³ existente na retenção.

O direito de retenção vem elencado nos artigos 754º a 761º do Código Civil português. Tal direito que predispõe que o devedor que disponha de crédito contra o seu credor goza de direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados (artigo 754º, CC), dá o devedor um direito real sobre o um bem, que por vezes pode estar afetado por hipoteca.

No entanto, o direito de retenção não é regido pelo princípio da publicidade e esta prevalece à hipoteca, por força do artigo 733º.

⁵¹ Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autónoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.

⁵² VENOSA, Silvio Salvo. Obra citada. p 542.

⁵³ «*o erro está em pensar que a preferência consiste necessariamente na primazia em função do tempo, quando afinal pode derivar doutros factores. Quando, por exemplo, um credor hipotecário é preterido por outro a que assiste um privilégio creditório, isso significa que o privilégio creditório prefere por categoria à hipoteca independentemente das datas em que se considerarem*» (ASCENSÃO, José de Oliveira. Obra citada. p. 554)

O privilégio creditório⁵⁴ consiste num direito atribuído a determinados credores de serem pagos com preferência sobre os demais, em razão da natureza dos seus créditos e independentemente de qualquer registo⁵⁵.

O fato de a lei ter criado estas possibilidade de privilégio especial sobre o privilégio hipotecário acarreta em uma insegurança jurídica imensa ao credor hipotecário, pois o aquele que a constitui acredita que a aquele patrimônio individualizado serviria para o pagamento preferencial de seu crédito, no entanto essa preferência só poderá ser exercida depois de esgotar todos os privilégios especiais, tais como a retenção ou os créditos trabalhistas.

No entanto, tais privilégios especiais não são dotados de publicidade, nomeadamente o registo, o que leva o credor hipotecário se surpreendido, pois se teve o cuidado de hipotecar um bem livre de ônus, não poderá ter a certeza que seja este bem despido de privilégio especial.

Assim, a existência de privilégios constitui uma fonte de insegurança, principalmente para os credores hipotecários, na medida em que lhes é praticamente impossível conhecer qual a situação do seu devedor em termos de privilégios creditórios que eventualmente possam existir sobre o seu patrimônio, e, designadamente, sobre os bens que lhe estão hipotecados⁵⁶.

O que temos que observar que o credor hipotecário decide por este tipo de garantia para sua obrigação por acreditar que esta é capaz de satisfazer o seu crédito em caso de inadimplemento, passado este para uma posição privilegiada perante os outros credores, visto que, de um modo geral, as garantias do credor podem ser conservatórias ou satisfativas. As garantias conservatórias são aquelas cuja finalidade é simplesmente a de impedir a disseminação pelo devedor do património que constitui a garantia das obrigações por si constituídas. Diversamente, a garantia satisfativa é aquela que concede ao credor um poder virtual de execução do bem que estão hipotecados. Daí que a garantia hipotecária seja uma garantia de natureza satisfativa⁵⁷.

⁵⁴ É através da criação de privilégios creditórios que a lei cria preferências de pagamento a favor de determinados credores (MADALENO, Cláudia. Obra citada. p.13)

⁵⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, Vol II, 7^a edição, Almedina, Coimbra, 1999, p. 571.

⁵⁶ MADALENO, Cláudia. Obra citada p. 14.

⁵⁷ MADALENO, Cláudia. Obra citada. p 41.

No entanto, não é o que ocorre na prática, pois devido aos privilégios especiais essa garantia perde inúmeras vezes a sua característica satisfativa, pois quando há o pagamento dos privilégios ditos especiais, o qual aduz a retenção como exemplo, por vezes o crédito privilegiado só serve para satisfazer a estes, restando ao credor hipotecário concorrer como os credores comuns no restante do patrimônio do devedor.

Outro ponto de instabilidade da hipoteca encontra-se na constituição de novas hipotecas de um bem plural a favor de outros credores. Tal ponto é relevante na possibilidade da garantia de apenas uma parte deste bem responder por nova garantia real.

O que temos aqui é, nomeadamente, a possibilidade de se constituir uma hipoteca, por exemplo, sobre a incorporação de um edifício, que será revendido suas frações autônomas. Desta venda, passa-se a constituir novos proprietários sobre o bem, no entanto é um bem gravado com ônus real, o qual seja a hipoteca.

Pelo princípio da indivisibilidade da hipoteca, mesmo que haja a repartição do bem hipotecado passa cada parte ser responsável pelo pagamento integral da dívida, e, diante do direito de seqüela, pode o credor hipotecário buscar a coisa para excursão na posse de quem quer que se encontre, como antes aludido.

Assim, o novo proprietário da fração ideal partida, passa a estar submetido á hipoteca, podendo, inclusive se ver sem este no caso de excursão.

Porém o problema torna-se maior se este novo proprietário constituir nova hipoteca sobre esta sua fração adquirida do bem já hipotecado. Ora, se não há vedação legal para que se constituam várias hipotecas sobre o mesmo bem, não há impossibilidade jurídica para que o novo proprietário dê seu bem em hipoteca.

Porém, a execução desta nova hipoteca poderia se opor a venda da sua fração ideal? Entendemos que não, visto que se pode o devedor constituir várias hipotecas enquanto o bem for seu, posto que este é requisito para a constituição da hipoteca, o poder de alienar o bem, até que perca está poderá constituir quantas hipotecas lhe forem necessárias, a não ser que reste no processo de excursão judicial uma impedimento de ordem processual.

Mesmo neste diapasão, não vemos como um determinação processual possa impedir novas constituições de hipoteca, o que ocorrerá no âmbito do processo e que se verificará a

ordem nos privilégios, o que pode acarretar na inexistência de crédito para adimplir os últimos pro exemplo, mas como a hipoteca é regida pelo princípio da publicidade, as várias hipotecas estarão devidamente registradas.

Recairemos, neste aspecto na mesma problemática dos privilégios creditório que prevalecem à hipoteca, e o fato de haver um procedimento judicial de excursão do bem hipotecado acarretará na insegurança antes elencada.

Por último na análise de casos que podem por em risco a segurança da hipoteca temos a alienação do bem hipotecado que contém um arrendamento.

Ora, o bem hipotecado pode estar arrendado, posto que a hipoteca não afeta o direito real sobre a coisa, mas sim cria um ônus real sobre esta. Desta sorte, se o bem hipotecado, que se encontra arrendado e este for a procedimento judicial de penhora como fica a situação do arrendatário, cessará o contrato de arrendamento com a constituição da penhora, e posterior venda do bem, visto que o novo proprietário pode não ter interesse em ver o seu bem arrendado.

Neste sentido, tem-se que analisar o momento da constituição da hipoteca, bem como da penhora do bem.

O art. 1.057º do Código Civil português versa sobre a substituição do adquirente na posição do locador, não cessando a locação por força da alienação, isto é, o novo proprietário que adquire o bem, passa a ser novo locador sem que resta findo o contrato de arrendamento.

Porém, o artigo 824º, nº. 2, Código Civil português aduz que na venda judicial caduca os direitos reais e de garantia. Assim temos que analisar se o direito do arrendatário é um direito real, posto que se for este estará caduco.

O que o arrendatário tem não se constitui um direito real⁵⁸, posto que a sua característica seria de mera detenção o que não caracteriza um direito real.

No entanto, entender que o direito do arrendatário não poderá prevalecer por este não ser um direito real com abrigo do artigo 824º, seria possibilitar a derrogação, em todos os

⁵⁸ Assim, quer se entenda como faz a maioria da Doutrina portuguesa, que o direito do arrendatário não tem caráter real. (DUARTE, Rui Pinto, obra citada, p. 224).

casos da aplicação do artigo 1057º, e acarretar que a constituição da hipoteca levaria, sempre a um cerceamento ao arrendamento.

Ora, se o proprietário do bem, que dá este em hipoteca, o pode fazer várias vezes, impossibilitar o arrendamento seria cercear o seu direito real sobre a coisa, o que não é função da hipoteca, como visto, inclusive desde os tempos romanos.

Se esta afetação da hipoteca sobre o bem, puder sempre acarretar, no caso de venda judicial, no término do contrato de arrendamento, levará que nos imóveis que haja hipoteca não tenha interesse de ninguém em arrendá-los, posto que, cessa a segurança no cumprimento deste contrato.

Assim, deve-se observar o momento de constituição da hipoteca, isto é, se está for anterior à constituição do arrendamento, este quando foi feito já tinha um ônus real, devidamente público pelo registo, o qual deve ser respeitado, pois o arrendatário tinha consciência da hipoteca e deve, portanto, aplicar a regra do artigo 824º, cessando o arrendamento, no entanto, se for posterior, deve-se aplicar as regras do artigo 1057º, visto o direito real que constitui ser igual ao anterior.

Desta sorte, elencamos três problemáticas para demonstrar que a hipoteca, que é considerada a rainha das garantias, sofre nos tempos atuais várias limitações, as quais, por vezes a fazem perder a sua finalidade, pois que no momento da excursão pode o credor hipotecário se ver deparado com problemas paralelos que o impossibilitem ou, pelo menos, cerceia a utilização da garantia na forma como foi pensada no momento da sua constituição.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipoteca nasce no direito romano, grande influenciador do direito português, como forma de possibilitar ao credor de uma obrigação a constituição de uma garantia real, que privilégio perante os outros credores do mesmo devedor. Tal prerrogativa, só é pensada pela regra geral das obrigações que em caso de inadimplemento, o que responde é o património do devedor, e neste aspecto todos os credores se habilitam da mesma forma para garantir o pagamento do seu crédito.

A hipoteca é a forma de se constituir uma garantia, de característica real, que

possibilita ao credor hipotecário sair desta rede comum de credores e separar para si uma parte especial do património que será responsável pelo adimplemento do seu crédito.

Assim, passou a ser entendida como rainha das garantias, visto que criava no credor a segurança necessária para que contraísse a obrigação. Essa garantia acessória a obrigação leva ao credor hipotecário, por vezes, a determinar-se a efetuar a obrigação.

No entanto, como restou demonstrado na análise breve deste instituto, a hipoteca, na prática, mantém como uma grande fonte de garantia, mas que esbarra em vários empecilhos, nomeadamente, no que se refere ao conflito com outros direitos, que acabam por derrogar ou minimizar esta garantia, que em outra já fora tão absoluta.

Na verdade, não há mais hipótese de se falar que a hipoteca é uma garantia absoluta, posto que a própria redação do artigo 686º Código civil português já demonstra a sua limitação frente aos ditos privilégios especiais, ou mesmo a constituição de hipoteca com registo anterior.

Neste aspecto tem similitudes com o direito brasileiro, demonstrando claramente, inclusive com a influência do direito português no direito brasileiro no tocante a matéria em análise, o que demonstra que em vários ordenamentos a hipoteca vem sofrendo das mesmas problemáticas, ou seja, a colisão desta garantia com direitos que são oposto a garantia.

Assim, a hipoteca deve ser utilizada como garantia real que é, de forma mais clara possível, sendo a sua interpretação a que melhor respalde a sua função jurídica, ou seja, a segurança do credor no adimplemento do seu crédito.

O que vem ocorrendo é que a constituição da hipoteca, por vezes banalizada, ou minimizada, acarreta em uma má utilização do instituto, pois, aquele que dela se aproveita não está, muitas vezes, preparado para a existência de direito que obste a garantia constituída.

Logo, tem-se que no caso da hipoteca o que deve prevalecer é a garantia na forma que a lei determina, tendo ciência o credor hipotecário que a sua garantia sofre limitações legais, bem como a interpretação da hipoteca deve corresponder a *ratio* do instituto nomeadamente no que se refere ao direito do arrendatário, visto que, se houve a publicidade necessária não pode haver qualquer oposição a consequências jurídicas da hipoteca.

Destarte, ainda temos na hipoteca um garantia real de finalidade e utilização extraordinária, mas que deve ser verificada no caso concreto com a necessária delicadeza e por menor, para que não fira direito alheio.

9 BIBLIOGRAFIA

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil- Reais*. 5ª edição (reimpressão). Coimbra editora. Coimbra, 2000.
- CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres. *Da hipoteca*. Almedina. Coimbra, 2003.
- COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 11ª edição. Editora Almedina, Coimbra, 2008
- CURA, António Alberto Vieira. *Fidúcia Cum Creditore*. Tese de mestrado. Coimbra, 1990
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil brasileiro anotado*. 14ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2009.
- DUARTE, Rui Pinto. *Curso de direitos reais*. Editora Principia. Cascais, 2007.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 4º edição (reimpressão). Quid Juris Sociedade Editora. Lisboa, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro- direito das coisas*. Vol. V. 4ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2009
- JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano III – (direitos reais)*, *STVDIA IVRIDICA* 26. Coimbra editora. Coimbra, 1997.
- MADALENO, Cláudia. *A vulnerabilidade das garantias reais : a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento* Coimbra Editora, Coimbra.2008
- OLIVEIRA, Rosney Massarotto de. *A hipoteca convencional. Direito real de garantia de pagamento de débitos que assegura o direito de sequela e de preferência*. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/textoasp?id=3403> acesso em 05/05/2010
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, Vol II, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 1999
- VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil – Reais*. 5ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2005.