

Parte I

HIPOTECA



COLEÇÃO

**Temáticas
Notariais & Registrais**

**HIPOTECA E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL**

1. CONCEITO

O termo hipoteca é originado da expressão grega *hypotheca*, que se constituía em um instituto semelhante ao penhor, no entanto, com duas diferenças fundamentais: a posse não seria transferida ao credor; e poderia recair sobre bens móveis ou imóveis. 1

Além do conceito primitivo e originário da hipoteca, atualmente a designação utilizada traduz o instituto como um direito real de garantia que se presta a gravar: (i) bens imóveis, bem como seus acessórios; (ii) domínio direto; (iii) domínio útil; (iv) estradas de ferro; (v) recursos naturais mencionados no art. 1.230 do Código Civil; (vi) navios; (vii) aeronaves; (viii) direito de uso para fins de moradia; (ix) direito real de uso; (x) propriedade superficiária; (xi) direitos provenientes de imissão na posse provisória, sempre que concedido aos entes federativos ou entidades delegadas, abrangendo inclusive a cessão e a promessa de cessão. 2 Os elementos materiais da hipoteca são tratados, por excelência, na Codificação Civil³ e em leis especiais, já os elementos formais são esmiuçados pelo Código de Processo Civil de 2015⁴ e pela Lei de Registros Públicos⁵.

Afere-se que natureza jurídica da hipoteca moderna é de um direito real de garantia sobre coisa alheia, que permite a gravação de bem do devedor ou de um terceiro garantidor da dívida de outrem. Evidentemente, por se tratar de um direito real de garantia, ostenta todos os seus atributos, quais sejam, a publicidade, a preferência, o direito de sequência, a oponibilidade erga omnes, a taxatividade etc. Em suma, a hipoteca é, ao mesmo tempo, um direito real sobre coisa

¹ G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht: Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln, Böhlau, 2007, p. 24, especialmente as notas de rodapé nr. 19, 20 e 21, com ricas referências às pesquisas relativas à primeira utilização do termo nos textos romanos. Também nesse sentido: M. KASER, *Zum römischen Fremdbesitz*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte röm. Abt.*, 64 (1944), p. 391.

² Art. 1.473 do CC/2002.

³ Art. 1.419 a 1.430 e arts. 1.473 a 1.505 do CC/2002.

⁴ Arts. 495; 742, V, “b”; 784, V; 792, III; 799, I; 804, caput; 877, §§ 3º e 4º; 889, V; 895, § 1º; 902 do CPC/2015.

⁵ Arts. 167, I, 2; 251; 256; 266-276; 279; 291-293 da Lei nº 6.015/1973.

alheia e um direito real de garantia, cuja finalidade é assegurar o adimplemento de uma obrigação, daí o porquê de um de seus atributos ser a acessoriedade.

2. CARACTERÍSTICAS

Por tratar-se de um instituto antigo, complexo, desenvolvido e aperfeiçoado ao longo dos anos, a hipoteca é dotada de uma série de características.

2.1. Direito acessório

A hipoteca é considerada um direito acessório justamente por ser um direito real de garantia. Isto é, a existência da hipoteca está diretamente interligada à existência de uma obrigação principal (que será garantida pela hipoteca). Deste modo, somente é possível a constituição da hipoteca se, e somente se, existir uma obrigação principal a ser garantida. Daí o porquê de o direito real de garantia ser extinto uma vez que a dívida for adimplida.⁶

A hipoteca é um direito de garantia, portanto, é dotado de acessoriedade, não sendo possível existir de forma autônoma. Inclusive, este é atualmente o posicionamento majoritário da doutrina brasileira. O aludido entendimento consagra o princípio do *accessorium sequitur principale*, ora, se o acessório segue o principal não há possibilidade de existir de forma isolada, sendo a existência do primeiro – acessório – condicionada à existência do segundo – obrigação principal –.⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, até o momento, não há uma espécie de garantia que não esteja associada à obrigação

⁶ M. KASER, *Das Römische Privatrecht – Erster Abschnitt: das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, 2ª ed., München, Beck, 1971, p. 465.

⁷ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, vol. III, 44ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 543.

principal. No direito alemão, por exemplo, há a hipoteca, que funciona com regramento semelhante ao instituto homônimo brasileiro, isto é, o acessório (hipoteca) está vinculado à obrigação; e a dívida fundiária, que tem existência autônoma, independentemente de uma obrigação determinada, não obstante, na prática, também ter a finalidade de garantir o cumprimento de uma obrigação.⁸

Ao dizer que a hipoteca é um direito acessório, frise-se, a acessoriedade não está ligada ao título que fundamenta o registro do direito real, mas sim, a obrigação principal garantida por este. Neste caso, o título que dá causa é o contrato da hipoteca registrado.

F. C. PONTES DE MIRANDA observou que, apesar da acessoriedade ser uma das grandes características da hipoteca, sua aplicação plena sofre mitigação em razão de um regramento estabelecido na Codificação Civil.⁹ Inicialmente, o Código Civil de 1916 dispunha que a extinção da hipoteca somente estaria concretizada após a averbação no registro respectivo.¹⁰ O Código Civil de 2002, por sua vez, não replicou a redação do aludido dispositivo em sua integralidade, mas dispõe que a extinção da hipoteca ocorre através da averbação do cancelamento no registro.¹¹

2.2. Direito temporário

O instituto é marcado pela temporariedade, sendo esse um aspecto partilhado pelos demais direitos de garantia, inclusive, estando, de certa forma, ligado à característica da acessoriedade. Isso porque, a finalidade precípua de um direito de garantia é assegurar o cumprimento de uma obrigação principal. Ou seja, uma vez adimplida a obrigação, o objetivo foi cumprido. Se o propósito da obrigação é nascer para que, posteriormente, seja cumprida, evidentemente, sua existência é temporária.

⁸ F. BAUR – J. F. BAUR – R. STÜRNER, *Sachenrecht*, 18ª ed., München, Beck, 2009, p. 450.

⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. vol. XX, Borsoi, 1958, p. 24.

¹⁰ Art. 850 do CC/1916.

¹¹ Art. 1.500 do CC/2002.

Portanto, se o direito real de garantia se presta à assegurar a satisfação de uma dívida, significa dizer que o esperado é que a dívida seja paga, – servindo a hipoteca, nesse meio tempo, como a garantia de pagamento – e, uma vez quitada, extingue-se a hipoteca.¹²⁰ O encadeamento lógico desse processo indica que, ao criar o instituto, o legislador tinha em mente uma operação temporária, feita com uma finalidade específica. Após o atingimento da referida finalidade o instituto cumpre o seu propósito: possibilitar acesso e gerar segurança nas transações.

Inicialmente, o Código Civil de 2002 estabeleceu na redação original do art. 1.485 à hipoteca o prazo máximo de 20 anos, à contramão do prazo fixado para os demais direitos reais. O aludido prazo poderia ser estendido, no entanto, para que isso ocorresse era necessária a constituição de uma outra hipoteca, inclusive, com a confecção de novo título e respectivo registro. Posteriormente, a Lei nº 10.931/2004 promoveu alterações na redação do referido dispositivo, fixando o prazo de duração de 30 anos para a hipoteca. É importante ressaltar que a alteração não interfere no prazo de especialização do contrato de hipoteca, já que este permanece com o prazo de 20 anos.

Na prática, é possível que as partes providenciem a renovação contratual da hipoteca quando necessário, bastando que o tempo de garantia somado não exceda o tempo máximo da hipoteca, isto é, 30 anos. As partes devem, ainda, realizar requerimento para que todas as renovações contratuais sejam averbadas na matrícula do imóvel.

2.3. Direito solene

O ordenamento pátrio, vale dizer, sempre emprega cautela no que tange às transações e operações envolvendo bens imóveis. Não é incomum notar que, ao tratar de bens móveis as formalidades e burocracias são menores, mormente se comparadas às exigências estabelecidas aos bens imóveis.

¹² Art. 1.499, I, do CC/2002.

A solenidade da hipoteca reside justamente na necessidade do preenchimento das exigências impostas pela lei. Quer dizer, trata-se de um direito real de garantia que recai sobre bens imóveis, o que implica a observância dos requisitos formais elencados legalmente para a constituição válida e eficaz do instituto.

Com efeito, a lei estabelece um título instituidor da hipoteca (contrato) e impõe a necessidade de registro do referido título no Cartório de Registro de Imóveis competente.¹³

Outro aspecto solene a ser observado no que tange à hipoteca é o regramento imposto pelo art. 108 do Código Civil, isto é, quando a transação envolve imóvel cujo valor supere trinta vezes o maior salário-mínimo vigente no país, é necessário que a formalização da operação seja feita por instrumento público. Sendo assim, a hipoteca por ser direito real sobre bem imóvel, deve ser instituída e formalizada mediante escritura pública sempre que o valor do imóvel em questão superar o estabelecido pelo diploma legal supracitado. Ressalte-se que as leis especiais podem dispor em sentido contrário.

2.4. Garantia indivisível

Via de regra, a hipoteca consiste em garantia indivisível. O diploma civil elucida tal questão ao obstar a possibilidade de exoneração da garantia proporcionalmente à prestação paga, ainda que a garantia abranja diversos bens, exceto quando houver disposição contratual em sentido contrário, ou no ato de quitação.¹⁴

Desta maneira, enquanto a dívida não foi integralmente satisfeita, a hipoteca permanece em vigor. Apesar de extrema, a medida pode ser afastada por força da autonomia privada, princípio norteador dos contratos, entretanto, há necessidade de disposição expressa no contrato, não se presumindo tal medida.

¹³ Arts. 1.225, 1.227 e 1.492, caput, do CC/2002.

¹⁴ Art. 1.421 do CC/2002.

2.5. Bem imóvel ou imobilizado

Em regra, a hipoteca recai sobre bens imóveis e seus respectivos acessórios. Isso significa dizer que, grande parcela das hipotecas existentes se refere à imóveis. Os bens imóveis abrangem o solo e as respectivas incorporações, sejam elas naturais ou artificiais.¹⁵ Contudo, é importante ressaltar que os bens imóveis sujeitos à hipoteca são aqueles alienáveis e dentro do comércio, ou seja, não abrangendo os gravados com cláusula de inalienabilidade e fora do comércio.¹⁶ Ademais, os respectivos acessórios do bem imóvel, sejam eles corpóreos ou incorpóreos, essenciais ou não, também se sujeitam à hipoteca.¹⁷

No entanto, art. 1.473 do Código Civil enumerou outros objetos passíveis de instituição de hipoteca, são eles: (i) domínio direto; (ii) domínio útil; (iii) estradas de ferro; (iv) recursos naturais mencionados do art. 1.230, tais como as jazidas, minas, os monumentos arqueológicos, os potenciais de energia hidráulica etc.; (v) navios; (vi) aeronaves; (vii) direito de uso especial para fins de moradia; (viii) direito real de uso.

Características da hipoteca	
Transitoriedade	Prioridade
Formalidade	Bem imóvel
Alienabilidade do bem	Indivisibilidade

¹⁵ Art. 79 do CC/2002.

¹⁶ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso...* cit., vol. III, 44ª ed., p. 546.

¹⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* cit., vol. XX, Borsoi, p. 66.

3. OUTRAS CARACTERÍSTICAS

A hipoteca também é caracterizada pelo princípio da preferência ou da prioridade, aplicado em concurso de credores do patrimônio de um mesmo devedor. Nessa hipótese, o direito real prefere o pessoal. Daí dizer que, o princípio da preferência consiste em não-sujeição do crédito real ao rateio com credores de outras categorias. Ademais, se sobre o imóvel houver duas hipotecas registradas, o credor cuja hipoteca for primeiro registrada terá privilégio no recebimento do seu crédito.

No caso de sub-hipoteca, isto é, um mesmo imóvel com mais de uma hipoteca registrada, terá preferência o credor que primeiro registrou sua hipoteca. O privilégio, nesta hipótese, implica no recebimento do crédito de forma prioritária, até mesmo em relação aos demais credores hipotecários. A fim de garantir a prioridade o credor deve promover a inscrição do título constitutivo da hipoteca no Ofício de Imóveis competente. Após o registro da hipoteca, o regramento é consolidado, assegurando os direitos do credor hipotecário precedente, ou seja, o sub-hipotecário só recebe os valores devidos após a satisfação integral do crédito do credor precedente.¹⁸

Nesta toada, importante destacar que no concurso de credores o credor hipotecário precedente tem preferência pois seu crédito é primitivo graças ao registro, no entanto, essa ordem de pagamentos produz efeitos e gera prioridade no caso de sub-hipoteca, não se aplicando a preferência relativamente às preferências legais de crédito (alimentares, trabalhistas, fiscais e previdenciários).

Outro aspecto marcante da hipoteca é a alienabilidade que perdura sobre o bem. Em outras palavras, a constituição de hipoteca não tem o condão de obstar a alienação do bem, inclusive, disposição

¹⁸ SÍLVIO RODRIGUES, *Direito Civil* – Direito das coisas, vol. V, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 397.

contratual nesse sentido é nula.¹⁹ Todavia, é possível que as partes estipulem que, havendo alienação do bem na pendência da garantia, a dívida vença de forma antecipada.²⁰ Porém, necessário salientar que a eventual alienação não interfere no direito de sequência do credor hipotecário, uma vez que a garantia permanece válida, pouco importando que a qualidade de proprietário tenha sido transferida.

4. CLASSIFICAÇÃO

A hipoteca é comumente classificada conforme sua origem. Considerando tal divisão, pode-se dividir a hipoteca em: legal, judiciária e convencional.

A hipoteca legal, consoante sugere o nome, é originada pela própria lei, independentemente da vontade das partes.²¹ Nesta hipótese o título será materializado pela sentença judicial que especializar a hipoteca. A lei elenca alguns interesses que implicam no surgimento da hipoteca legal²², tais como, o do credor que não recebeu pagamento sobre imóvel arrematado, a Administração Pública buscando preservar rendas e fundos, o dos filhos sobre imóveis de propriedade do genitor que contraiu novo matrimônio sem realizar inventário, da vítima ou de seus herdeiros sobre imóveis de propriedade do malfeitor devedor de indenização etc.

Já a hipoteca judiciária é considerada por parcela da doutrina como produto da hipoteca legal. Isso porque, neste caso, o surgimento da hipoteca está igualmente atrelado à uma sentença judicial. Assim, a modalidade depende da existência de sentença condenatória contra o devedor, sendo que a respectiva decisão

¹⁹ Art. 1.475, caput, do CC/2002.

²⁰ Art. 1.475, parágrafo único, do CC/2002.

²¹ Art. 1.489 a 1.491 do CC/2002.

²² Art. 1.489 do CC/2002.

determina a entrega de valores ou bens, ou ainda, à satisfação de perdas e danos.²³

A hipoteca convencional ou voluntária, por seu turno, é disciplinada no diploma Civil²⁴ e baseia-se na celebração de um negócio jurídico – caracterizado pelo contrato de hipoteca –, onde as partes livremente manifestam a vontade de promover a constituição de uma garantia real que se destina à assegurar a satisfação de uma dívida. Frise-se que a garantia pode ser oferecida por terceiro, à medida que, deste modo, as partes integrantes do contrato de hipoteca não necessariamente serão as mesmas do negócio jurídico garantido por ela.

5. PRINCÍPIOS

5.1. Princípio da publicidade

A publicidade traduz-se como um atributo de suma importância no âmbito da hipoteca. Isso porque a constituição, bem como a produção de efeitos da hipoteca perante terceiros está atrelada à publicidade gerada pelo registro imobiliário.²⁵ Ou seja, os terceiros estranhos à relação jurídica hipotecária podem tomar conhecimento da existência da hipoteca através do registro imobiliário, já que houve averbação na matrícula do imóvel.

A publicidade registral, por sua vez, está diretamente vinculada à produção de efeitos erga omnes, que geram oponibilidade contra todos e consequentemente o direito de preferência, além de viabilizar o direito de sequência por parte do credor.²⁶ Ressalte-se, neste ponto, a imprescindibilidade do registro, uma vez que somente a publicidade por ele gerada tem o condão de promover os efeitos

²³ Art. 495 do CPC/2015.

²⁴ Art. 1.473 a 1.488 do CC/2002.

²⁵ SÍLVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. V, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 396.

²⁶ L. G. LOUREIRO, *Registros Públicos – Teoria e prática*, 8ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 716.

supramencionados, isto é, oponibilidade erga omnes, prioridade e direito de sequela.²⁷

5.2. Princípio da prioridade registral

5.2.1. Regra geral

Em virtude de a constituição da hipoteca ocorrer mediante registro, evidentemente ela será submetida ao regramento padrão do registro imobiliário. Quer dizer, todos os títulos que são submetidos ao procedimento de registro estão sujeitos ao princípio da prioridade registral, sendo assim, a preferência do credor hipotecário é estabelecida conforme o número de ordem do protocolo.

A aplicação do aludido princípio assevera a importância do registro, pois independentemente da data fixada no contrato, o que produz efeitos e gera prioridade é o efetivo registro da hipoteca, exceto as hipóteses elencadas na lei.

Portanto, por regra geral, é observada a ordem cronológica, baseada na prenotação do título perante o Cartório de Registro de Imóveis. O sistema registral, neste caso, não privilegia aquele que primeiro celebrou o contrato, mas sim o que prudentemente promoveu o registro e garantiu a publicidade da relação jurídica.

O ordenamento pátrio demonstra notável preocupação com o respeito ao encadeamento lógico de registros, tanto é assim que o art. 182 da Lei 6.015/1973 determina que a sequência cronológica de apresentação dos protocolos seja rigorosamente respeitada. Desta maneira, aquele que primeiro promove a prenotação do título, é o mesmo que terá a hipoteca registrada com prioridade.²⁸

²⁷ LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas*, vol. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, p. 225.

²⁸ Art. 186 da Lei nº 6.015/1973.