Douglas Ribeiro Neves

HIPOTECA JUDICIÁRIA

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor Titular José Rogério Cruz e Tucci

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2011

À Heidi, minha esposa amada, por dividir sua vida
comigo e fazer da minha um lugar feliz.

Io sono bisogno de te.

E aos meus avós, Maria Ribeiro Neves (*in memoriam*) e Sílvio
Neves, por terem acreditado quando ninguém mais acreditou.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu orientador, Professor Titular José Rogério Cruz e Tucci, não apenas pelo que me ensinou, nas aulas, nos livros e nas conversas que tivemos, mas pela seriedade com que selecionou o projeto e pela lhaneza com que me tratou nestes 3 (três) anos de mestrado. Deixo aqui registrada minha admiração por pessoas como o Professor Tucci, que falam sobre Direito e sobre Advocacia com brilho nos olhos.

Agradeço ao Professor Doutor Professor Doutor Nestor Duarte e ao Professor Doutor Ricardo de Barros Leonel pelas críticas (todas procedentes) e pelas valiosíssimas indicações bibliográficas feitas no exame de qualificação.

Agradeço aos meus demais professores da graduação e da pós-graduação, especialmente aos de direito processual civil, que me fizeram amar o Direito.

Agradeço à Faculdade de Direito do Largo São Francisco, nossa Academia, pelo orgulho que dá a todos que lhe pertencem.

Agradeço aos meus colegas da 177ª Turma (2000-2004), pela vida universitária profícua que tivemos.

Agradeço aos meus colegas advogados e estagiários de Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados, Kram Baumohl e Veríssimo Advogados e Mário Oscar Oliveira Advogados, onde pude apreender e fazer amigos.

Agradeço a Filipe Cheida Vieites e Maria Cecília Sanches Scaciotti por toda ajuda que me deram no dia-a-dia do escritório, sem o que teria sido impossível conciliar os afazeres acadêmicos com os profissionais.

Agradeço aos autores dos textos com base nos quais escrevi essa dissertação, por terem me ensinado tanto.

Agradeço à advogada Heidi Rosa Florêncio Neves, pelo auxílio na pesquisa e na discussão dos temas aqui tratados.

Agradeço, enfim, à Advocacia, que exerço como sacerdócio.

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO

- (A) Direito fundamental ao processo célere pág. 08
- (B) Direito fundamental à efetividade do processo pág. 09
- (C) Mecanismos para acelerar e garantir efetividade do processo pág. 11
- (D) Hipoteca judiciária como meio de exercício do direito constitucional à efetividade do processo pág. 12

II – BREVE INTRODUÇÃO SOBRE DIREITO REAL DE HIPOTECA pág. 15

III – NOTÍCIA HISTÓRICA

- (A) Sobre a origem do direito real de hipoteca pág. 17
- (B) Sobre a origem da hipoteca judiciária e sua evolução no direito brasileiro pág. 19

IV – NOTÍCIA SOBRE DIREITO ESTRANGEIRO

- (A) Direito Português pág. 26
- (B) Direito Italiano pág. 29

V – NATUREZA JURÍDICA pág. 33

VI – HIPOTECA JUDICIÁRIA E OUTROS INSTITUTOS

- (A) Fraude contra credores e fraude à execução pág. 36
- (B) Tutela cautelar pág. 39
- (C) Execução provisória ou definitiva pág. 42
- (D) Antecipação de tutela pág. 44
- (E) Hipoteca legal pág. 47

VII – REQUISITOS

- (A) Decisão jurisdicional pág. 48
- (B) Reconhecimento de obrigação, mesmo sem preceito condenatório pág. 51
- (C) Obrigação de pagar, dar, fazer e não fazer pág. 55
- (D) Obrigação líquida ou ilíquida (“sentença genérica”) pág. 56
- (E) Contraditório prévio pág. 58
- (F) Proporcionalidade pág. 61

VIII – OUTROS TÍTULOS DE HIPOTECA JUDICIÁRIA

- (A) Sentença de Ação Coletiva pág. 63
- (B) Sentença de Ação Popular pág. 64

(C) Ordem inicial de pagamento de Ação Monitória	pág. 66
(D) Sentença de dissídio individual trabalhista	pág. 69
(E) Sentença Penal	pág. 71
(F) Sentença Arbitral	pág. 72
(G) Sentença Estrangeira	pag. 73
(H) Decisão interlocutória	pág. 75

IX – QUESTÕES RELEVANTES

(A) Impossibilidade de constar petição inicial e da sentença	pág. 76
(B) Desnecessidade de processo autônomo para especialização da hipoteca judiciária	pág. 77
(C) Desnecessidade do trânsito em julgado e irrelevância do efeito suspensivo (ou impeditivo) recursal	pág. 78
(D) Impossibilidade de especialização e registro de ofício (exceto no processo trabalhista)	pág. 81
(E) Ordem de formalização de hipoteca judiciária: decisão ou despacho?	pág. 82
(F) Substituição do bem hipotecado, ou da garantia	pág. 84
(G) Hipoteca judiciária e preclusão	pág. 86
(H) Extinção do direito real de hipoteca judiciária	pág. 87
(I) Efeito da reforma parcial da decisão geradora de hipoteca judiciária	pág. 88
(J) Responsabilidade civil do credor e do Estado em razão de o título ser reformado	pág. 90

X – FORMALIZAÇÃO DA HIPOTECA JUDICIÁRIA

(A) Competência para determinar o registro da hipoteca nos diferentes graus de jurisdição e direito ao duplo grau de jurisdição	pág. 93
(B) Procedimento para especializar e registrar	pág. 97

XI – BENS HIPOTECÁVEIS

(A) Presentes e futuros	pág. 100
(B) Dever de indicá-los	pág. 101
(C) Bem de família	pág. 102
(D) Bens de pessoa jurídica de Direito Público	pág. 103
(E) <i>De lege ferenda</i> , penhor judiciário	pág. 104

XII – DIREITO DE PREFERÊNCIA	pág. 106
-------------------------------------	----------

XIII – O DIREITO DE PREFERÊNCIA NO CONCURSO DE

CREDORES

(A) Concurso comum	pág. 117
(B) Falência	pág. 118
(C) Insolvência	pág. 121
(D) Liquidação extrajudicial	pág. 121
(E) Recuperação	pág. 122

XIV – CONCLUSÕES

pág. 124

PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO EM VIGOR

pág. 130

BIBLIOGRAFIA

pág. 134

RESUMO

pág. 145

ABSTRACT

pág. 147

I – INTRODUÇÃO

(A) Direito fundamental ao processo célere

Em Estado Democrático de Direito, as relações jurídicas são reconhecidas pelas partes envolvidas, ou são declaradas pelo Poder Judiciário¹. O exercício dos poderes, direitos e faculdades contidos nas relações jurídicas, se não é espontâneo, deve ser provido coercitivamente pelo Estado. O poder de declarar o direito e de fazê-lo exercer é chamado de jurisdição, que é exercido pela via do processo. Legitima o exercício da jurisdição o direito das partes de participar previamente da formação da decisão, obedecendo determinadas regras, o que, *grosso modo*, se chama de devido processo constitucional.

O processo é o instrumento pelo qual a jurisdição se exerce e se legitima². O direito fundamental de acesso à jurisdição é uma conquista (mais avançada em alguns países e menos em outros) da humanidade. O direito de acesso à jurisdição e ao devido processo constitucional são a contrapartida pela renúncia, em favor do Estado, da auto-tutela.

Mas não basta o acesso à jurisdição. É preciso que o exercício da jurisdição seja **célere**. O tempo transcorrido entre o pedido e o exercício do direito é de fundamental importância para que o processo cumpra seus escopos jurídico, social e político³. Desde a Roma Antiga e durante os dias que correm, existe uma

¹ Para certos direitos e concordando as partes, o poder de declarar o direito pode ser feito por juízo arbitral. Mesmo assim, é necessário pedir a intervenção do Estado caso a decisão não seja cumprida espontaneamente. No Brasil, o Estado tem o monopólio do exercício da força.

² “Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas; que não mais podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício a função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução” (Teoria Geral do Processo, p. 23).

³ Sobre os escopos do processo, valem, mais uma vez, as lições de DINAMARCO: “O escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade”; “Daí por que se justifica a inclusão, entre os objetivos que norteiam o sistema processual, desses escopos políticos assim descritos e que são aptos a servir de parâmetro para aferir sua eficiência, a saber: a) a estabilidade das instituições políticas, (b) o exercício da cidadania como tal e (c) a preservação do valor liberdade”; “O escopo jurídico do processo civil não é a composição da lide, ou seja, a criação ou complementação da regra a prevalecer no caso concreto – mas a atuação d vontade concreta do direito”. (Instituições, v. I, p. 128; 131 e 132, respectivamente).

preocupação constante com o encurtamento desse lapso temporal. Diminuí-lo é uma das tarefas mais importantes dos estudiosos do processo, porque a demora causa prejuízo direto às partes envolvidas e indireto ao Estado e à sociedade.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao processo célere consta desde o Decreto 678/1992, que promulgou o *Pacto de San Jose de Costa Rica*, do qual o Brasil foi signatário, segundo CRUZ E TUCCI⁴. De fato, o artigo 5º, § 2º, da Constituição da República admite expressamente a inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, de direitos fundamentais constantes de tratados internacionais, desde que não sejam incompatíveis com a Carta Magna.

Mais recentemente, o direito fundamental ao processo célere foi reiterado no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004, nos seguintes termos: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

(B) Direito fundamental à efetividade do processo

Além do direito fundamental ao processo célere, os jurisdicionados têm direito a uma tutela processual efetiva. O decurso do tempo no processo prejudica a **efetividade** do serviço jurisdicional entregue às partes envolvidas. O devido processo legal e célere seria vazio se, ao final, a tutela outorgada não fosse efetiva, isto é, não alterasse, de fato, a situação das pessoas envolvidas⁵.

⁴ “Desse modo, a despeito da garantia do devido processual legal pressupor, como já ressaltado, o rápido desfecho do litígio ou da *persecutio criminis*, encontra aplicação, em nosso ordenamento jurídico, dada a evidente compatibilidade de regramentos, o disposto no art. 8º, 1. do referido Pacto: ‘Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...’ (Tempo e Processo, p. 87).

⁵ Conforme ensina DINAMARCO: “O coroamento de toda atividade desenvolvida com vista a certos objetivos bem definidos e até mesmo individualizada em função deles há de ser representado, naturalmente, pela plena realização dos objetivos eleitos. Falar em efetividade do processo e ficar somente nas considerações sobre o acesso a ele, sobre o seu modo-de-ser e a justiça das decisões que produz significaria perder a dimensão teleológica e instrumental de todo o discurso. Propugna-se pela admissão do maior número possível de pessoas e conflitos ao processo (universalidade da jurisdição), indicam-se caminhos para a melhor feitura do processo e advertem-se os riscos de injustiça, somente porque de tudo isso se espera que possam advir resultados práticos capazes de alterar substancialmente a situação das pessoas envolvidas. Não é demais realçar uma vez mais a célebre advertência de que o processo precisa ser apto a

O próprio transcurso do tempo prejudica a efetividade do processo. Quanto mais célere for outorgada a tutela jurisdicional, maiores serão as chances de que seja efetiva, pois *“Toda sentença ou provimento executivo de qualquer ordem, finalmente, tem a sua eficácia perenemente ameaçada pelo passar do tempo, que realmente é inimigo declarado e incansável do processo”*.⁶

Para bem compreender a efetividade do processo, há que se distinguir eficácia de efetividade. Eficaz é o processo que produz decisão válida e exeqüível. Efetivo é o processo que logra êxito em produzir decisão capaz de alterar a situação real e concreta dos jurisdicionados. A eficácia diz respeito ao plano teórico, ao passo que a efetividade se refere ao plano prático.

A tutela atrasada e sem efeito prático causa prejuízo às partes e à própria economia. Às partes porque se vêem envoltas nos gastos necessários à condução do litígio e, muitas vezes, privadas de seus bens. À economia porque os negócios têm de ser feitos considerando o risco de que eventual conflito não se resolva rapidamente porque, havendo conflitos, bens jurídicos deixam de ser investidos na geração de outros bens.

Embora não conste da Constituição da República, de maneira expressa, o direito fundamental à tutela efetiva decorre, por lógica, do direito de acesso à jurisdição.⁷ Sem efetividade, a jurisdição esvazia-se e os jurisdicionados optam pela renúncia ao direito ou pela auto-tutela.

dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito” (grifou-se) (*A Instrumentalidade do Processo*, p. 297).

⁶ DINAMARCO, *Instituições*, v. IV, p. 301.

⁷ Nesse sentido, BEDAQUE: “A eficiência da justiça civil, como valor a ser defendido e preservado, encontra amparo no princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional e constitui elemento essencial do Estado de Direito. As regras que compõem o devido processo constitucional destinam-se a estabelecer as bases do modelo processual brasileiro, conferindo-lhe efetividade, ou seja, aptidão para produzir resultados úteis a todos que necessitarem recorrer à atividade jurisdicional do Estado” (ob. cit., p. 68-83).

(C) Mecanismos para acelerar e atribuir efetividade ao processo

O problema que se põe ao Poder Judiciário e, em última análise, à sociedade é: como garantir o exercício do direito à tutela jurisdicional célere e efetiva?⁸

*Grosso modo*⁹, existem 2 (dois) motivos que provocam o atraso e prejudicam a efetividade do processo: (i) infra-estrutura insuficiente e (ii) legislação inadequada.

Quanto à falta de infra-estrutura, não há outra solução senão aplicar mais recursos para o aparelhamento material e pessoal do Poder Judiciário.¹⁰ **É preciso contratar mais profissionais, estabelecer metas de produção, informatizar o processo e melhorar as instalações físicas do Poder Judiciário.**

Alcançar esses objetivos depende da destinação de mais recursos ao Poder Judiciário e da excelência na administração desses recursos. Depende, portanto, de vontade política, que pode ser impulsionada pela pressão dos setores da sociedade mais diretamente envolvidos com o exercício da jurisdição.

Quanto à legislação, observa-se que, apesar dos erros e acertos, as reformas empreendidas no Código de Processo Civil têm contribuído para afastar entraves procedimentais que só serviam para atrasar e retirar a efetividade da jurisdição. Nesse sentido, é possível citar, como exemplos, as seguintes alterações legislativas: (i) revogação da necessidade de nova citação na execução de sentença,

⁸ Evidentemente, a tutela também precisa ser justa, no sentido de que deve corresponder ao que a legislação determina, uma vez que o pilar de todo o sistema é o princípio da legalidade e, conseqüentemente, o direito a que os conflitos sejam resolvidos conforme determina a lei. Disso não há dúvida, mas, atentando-se ao objeto desta dissertação, há de se perquirir a respeito dos atributos de celeridade e efetividade que a tutela deve carregar.

⁹ Isto é, sem se aprofundar, com critérios científicos, no assunto.

¹⁰ Segundo dados apurados pelo Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário - SIESPJ, coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça, e levantados segundo os ditames da Resolução nº. 76 de 12 de maio de 2009, a Justiça Estadual brasileira contou em média com 5,9 juízes e 113,8 auxiliares (incluindo as pessoas sem vínculo estatutário) para cada 100.000 (cem mil) brasileiros, no ano de 2008. No mesmo ano, apurou-se a média nacional de 5.277 processos por juiz de primeiro grau de Justiça Estadual. Os juízes paulistas tiveram, em média, 10.612 processos (www.cnj.jus.br, consulta em 01.09.2010). Evidentemente, o número de juízes é muito menor e o de auxiliares muito maior do que o necessário para fazer frente ao volume de processos existentes.

(ii) antecipação de tutela, (iii) ampliação das hipóteses de cabimento de decisões monocráticas nos tribunais, (iv) repercussão geral como requisito de admissibilidade de recurso extraordinário, (v) decisão uniforme de ações semelhantes com recursos repetitivos, (vi) súmula vinculante, dentre outros.

Um dos mecanismos para atribuir efetividade ao processo¹¹ consta dos ordenamentos jurídicos vigentes no Brasil, sem hiato, desde as Ordenações Manuelinas (1521). Tem natureza de direito material, mas decorre de um fato processual. Trata-se da hipoteca judiciária (por vezes denominada hipoteca judicial), que, embora raramente utilizada, tem mais utilidade do que aparenta, conforme esta dissertação pretende demonstrar.

(D) Hipoteca judiciária como meio de exercício do direito constitucional à efetividade do processo

A hipoteca judiciária atribui efetividade ao processo porque junte um determinado bem do devedor à satisfação de um crédito reconhecido jurisdicionalmente¹². Outorga ao credor **direito de preferência** em relação a outros credores (conforme a classificação do crédito), **direito de seqüela** (artigo 1.419 do CC2002), podendo penhorar o bem ainda que tenha sido transferido para terceiros¹³, e **direito à excussão** futura do bem para satisfação de seu crédito (artigo 1.422 do CC2002)

A garantia pode ser constituída desde a primeira decisão de reconhecimento do crédito feita por meio de juízo exauriente, capaz, portanto, de transitar em julgado. Sem a hipoteca, o devedor pode alienar ou onerar o imóvel que eventualmente componha seu patrimônio, impondo ao credor o ônus de anular ou obter a declaração de ineficácia dos atos de alienação e oneração de bens praticados pelo devedor. Se interpuser todos os recursos possíveis (ainda que não sejam cabíveis), o devedor poderá lograr êxito em frustrar a satisfação do crédito. Terá, portanto, muito tempo para fazê-lo porque, bem

¹¹ E, acidentalmente, acelerá-lo, porque o ônus, embora não inviabilize a alienação e a oneração do imóvel sob o ponto de vista jurídico, o faz sob o ponto de vista prático, podendo forçar o credor, dependendo de cada caso, a cumprir a decisão ou ao menos inclinar-se por um acordo.

¹² Garantido por direito real de garantia (oponível, portanto, *erga omnes*).

¹³ Julgando improcedente pedido de cancelamento de hipoteca judiciária formulada por terceiro adquirente em embargos de terceiro: TJRJ, Apelação 2006.001.40235, 15ª Câmara Cível, Relator Jacqueline Montenegro, j. 30/08/2006.

utilizando os meandros do processo (quer de boa-fé, quer de má-fé), provavelmente conseguirá protelar sua conclusão final por muitos anos.

Ainda que, em dado momento, seja possível realizar a execução provisória, há de se levar em consideração que (i) a execução provisória depende, via de regra, do julgamento de apelação¹⁴ (o que demanda, por óbvio, mais tempo do que o julgamento do pedido em primeira instância) e (ii) mesmo havendo execução provisória, o bem ficará única e exclusivamente penhorado (ou seja, o credor terá garantia meramente processual, e não garantia real)¹⁵.

Garantido por hipoteca judiciária, o crédito passa a gozar de **preferência** no concurso de credores (i) da execução (artigo 711 do CPC), (ii) da insolvência civil (artigo 768 do CPC) e (iii) da falência (artigo 83 da Lei 11.101/2005). Também garante ao credor o direito de participar de eventual recuperação do devedor na classe dos credores com garantia real (artigo 41 da Lei 11.101/2005).

Isso será objeto de discussão detalhada mais adiante. Por ora, anote-se que o artigo 824 do CC1916 excluía, expressamente, o direito de preferência da hipoteca judiciária. O CC 2002, entretanto, não contém nenhum dispositivo que faça essa ressalva, o que conduz à conclusão de que a hipoteca judiciária também contém o direito de preferência (conforme a ordem legal de preferência), como as hipotecas convencionais e legais.

Noutras palavras, com a hipoteca judiciária, o crédito deixa de ser quirografário e passa a ter garantia real, com todos os direitos decorrentes dessa situação jurídica. Evidentemente, não terá preferência sobre créditos aos quais a lei atribuir preferência maior, como ocorre, por exemplo, no caso dos créditos tributários, enquanto o devedor for solvente (artigo 186 do CTN¹⁶ e artigo 30 da Lei 6.830/80)¹⁷.

¹⁴ Porque a regra geral do artigo 520 do CPC é de dotar a apelação de efeito suspensivo, salvo poucas exceções.

¹⁵ O que difere substancialmente a condição do credor, especialmente nos casos de liquidação, insolvência civil, recuperação ou falência do devedor.

¹⁶ Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.

¹⁷ Art. 30. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou

Daí o interesse em providenciar a hipoteca judiciária ainda que seja possível realizar a execução, provisória ou definitiva, da decisão judicial. Um crédito meramente quirografário, mesmo que garantido por penhora, não tem o *status* de um crédito com garantia real. Sobrevindo a falência, insolvência, liquidação extrajudicial ou recuperação do devedor executado, melhor será a situação jurídica do credor caso seu crédito esteja garantido por hipoteca judiciária.

A hipoteca judiciária traz, portanto, inúmeros benefícios ao titular do crédito reconhecido por decisão jurisdicional, seja em que grau de jurisdição o reconhecimento tiver ocorrido. Constitui, por tudo o que se afirmou, importantíssimo instrumento de exercício do direito fundamental ao processo efetivo.

cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.

II - BREVE INTRODUÇÃO SOBRE DIREITO REAL DE HIPOTECA

A hipoteca é direito real (oponível contra todos) acessório a um direito de crédito.

O bem hipotecado pode ser de propriedade do devedor ou de terceiro e permanece sob a posse do garantidor, que dele continua podendo usar, fruir e dispor (artigo 1.475 do CC2002). São hipotecáveis os imóveis e outros bens taxativamente previstos na lei. Os bens podem ser hipotecados mais de uma vez (artigo 1.476 do CC2002), mas apenas o saldo resultante do primeiro pagamento é utilizado para pagamento do segundo crédito, e assim sucessivamente, salvo se o devedor encontrar-se em regimes especiais de falência, insolvência, liquidação extrajudicial ou recuperação.

O credor tem direito de satisfazer seu crédito pela alienação do bem hipotecado (direito de excussão – artigo 1.422, *caput*, CC2002), preferindo a outros credores (direito de preferência – artigo 1.422, *caput*, do CC2002) que não tenham preferência maior (artigo 1.422, parágrafo único, CC 2002 – como, por exemplo, os credores tributários), mesmo que tenha sido alienado para outra pessoa (direito de seqüela – artigo 1.419 CC2002).

Pode decorrer da vontade das partes (hipoteca convencional), de expressa determinação da lei (hipoteca legal – artigo 1.489 do CC2002), ou de decisão jurisdicional de reconhecimento de obrigação (hipoteca judiciária – artigo 466 do CPC).

Independentemente do tipo de hipoteca, é necessário que seja registrada na matrícula do bem hipotecado, para que possa valer contra terceiros. Pelo registro, torna-se pública a hipoteca, a presumindo a lei, de forma absoluta, que todos dela tomem conhecimento. Trata-se do princípio da **publicidade** (artigo 1.227 do CC2002).

A hipoteca recai sobre bem ou bens individualizados para a garantia de créditos determinados. À exigência de discriminar exatamente o bem hipotecado e os créditos garantidos dá-se o nome de princípio da **especialidade** (artigo 1.424 CC2002). Na hipoteca convencional, a especialização é feita por acordo de vontade

entre o credor e o devedor. Na hipoteca legal, a especialização é feita por processo judicial de procedimento próprio, devidamente previsto no CPC. Na hipoteca judicial, a especialização é feita mediante a indicação do credor, o estabelecimento de contraditório junto ao devedor, e, por fim, decisão judicial.

O pagamento parcial da dívida não extingue a hipoteca, nem proporcionalmente, ao que se dá o nome de **princípio da indivisibilidade** da hipoteca (artigo 1.421 do CC2002).

III – NOTÍCIA HISTÓRICA

(A) Sobre a origem do direito real de hipoteca

Antes de discutir os pormenores da hipoteca judiciária, cumpre investigar-lhe as origens. Primeiro da hipoteca e, depois, da hipoteca judiciária.

LIMONGI FRANÇA ensina que “a hipoteca vem do grego *hypótheke*, de *hypo*, por baixo, seguia de *tithemi*, eu ponho”.

Também registraram a origem grega do vocábulo DE PLÁCIDO E SILVA¹⁸, SANTOS SARAIVA¹⁹ e FUSTEL DE COULANGES²⁰ e GLOTZ²¹, para quem a hipoteca teria surgido no século IV a.C.: “*Temida antigamente como um começo de expropriação, a hipoteca é agora considerada um meio cômodo de conseguir dinheiro a uma taxa relativamente moderada*”. Segundo DE PAGE²², a hipoteca também teria sido conhecida no Egito.

Apesar da origem grega do vocábulo, os autores dissentem quanto à origem do instituto. Alguns, como LAFAYETTE, afirmam que ela teve origem no Direito Romano: “*hipoteca foi uma criação lenta e gradual do Direito romano*”²³. Segundo ele, um pretor chamado *Salvius* teria outorgado, ao proprietário de prédio rústico arrendado, um **interdito possessório**, pela qual poderia apoderar-se dos móveis introduzidos no prédio para saldar os créditos decorrentes do arrendamento. Outro pretor, chamado *Servius*, teria outorgado a esse mesmo credor uma **ação real**, de modo que ele poderia reivindicar os bens móveis introduzidos no prédio, ainda que estivessem em poder de terceiros que não o arrendatário.

¹⁸ Ob. cit., p. 384.

¹⁹ *Novíssimo Dicionário Latino-Português*, p. 565, *apud* R. Limongi França, ob. cit., p. 290.

²⁰ “A hipoteca não apareceu senão mais tarde no direito ático, e somente sob a forma de venda sob condição de resgate” (ob. cit., v. I, p. 106) e “A propriedade ainda pertencia à família mais que à pessoa. Somente mais tarde é que o direito de propriedade se transformou em direito individual. Só então a hipoteca passou a ser usada, mas ainda não era adotada no direito ateniense senão pelo subterfúgio da venda sob condição de resgate” (ob. cit., v. II, p. 53, nota 11).

²¹ *História Econômica da Grécia*, trad. port., 1946, p. 320, *apud* R. Limongi França, ob. cit., p. 291.

²² “*L’hypothèque a été connue en Egypte, en Grèce et à Rome. Si nous négligeons l’Egypte, dont le droit n’a exercé aucune influence sur l’évolution nôtre, on constate qu’en Grèce, La législation hypothécaire a attent, à diver égards, um degré de développement beaucoup plus poussé qu’à Rome, quaique dans les deux droits, l’évolution fondamentale ait été la même*”. (ob. cit., p. 331, n.º. 430).

Com o passar do tempo, outorgou-se essa ação noutros casos. Para LAFAYETTE: “A generalização do princípio da ação serviana criou esta doutrina: “A convenção simples, nua, é suficiente para gerar um direito real (*jus in re*) em segurança da dívida e por força do qual o credor pode perseguir a coisa onde quer que seja achada, e fazê-la vender para se pagar com o seu preço”. Estava, portanto, formada a noção do direito de seqüela, que consiste no poder de perseguir o bem para a satisfação do crédito esteja ele sob a posse ou propriedade de quem estiver.

As ações outorgadas por *Salvius* e *Servius* surgiram no período formular do Direito Romano, em que os direitos eram exercidos mediante ações concedidas pelos pretores nos seus editos²⁴.

Aquele direito real tomou a denominação de *pignus hipoteca*.²⁵ Para LIMONGI FRANÇA, o *pignus hipoteca* não é outra coisa senão a introdução, no Direito Romano, da *hypotheca* grega.²⁶ Contudo, a assertiva não vem acompanhada da indicação de documento jurídico pelo qual essa introdução teria sido feita.

²³ Ob. cit., p. 413.

²⁴ Segundo CRUZ E TUCCI e AZEVEDO, “Do ponto de vista da cronologia, essa nova modalidade de processo teria surgido no transcorrer do séc. III a.C., à época da expansão mediterrânea de Roma (1ª Guerra Púnica – 264-241 a.C.), coincidindo com os problemas gerados pelo comércio internacional. Destinava-se, destarte, a suprir duas graves lacunas das ações da lei: estas não se instauravam quando uma das partes fosse peregrino e também não autorizavam a nomeação de um iudex estrangeiro. Assim, o pretor peregrino (242 a. C.) redigia instruções aos recuperadores para que pudessem julgar tais controvérsias, fundadas no *ius gentium* e não nas normas do *ius civile* (Wlassake, Carrelli e Cannata). Desse modo, quando os magistrados romanos começaram a exercer a *iurisdictio* nos territórios dominados por Roma, isto é, nas províncias, a partir do momento em que foi reconhecido aos estrangeiros um status viabilizando a sua participação nos processos judiciais, e quando novas relações sociais foram legalmente reconhecidas, não obstante estranhas aos *ius quiritarium*, as respectivas controvérsias deviam, à evidência, ser decididas mediante um processo, mas esse não poderia se desenrolar por meio de uma das *legis actiones*, que eram admitidas, como visto, exclusivamente para os cidadãos romanos. Todavia, não há provas convincentes de que o processo observado em Roma, entre o II e o III sécs. Tenha se originado da praxe jurídica provincial. Seja como for, alguns afirmam que pelo fato da criação do pretor urbano ter precedido a instituição da pretura peregrina, o agere per formulas teria sido instituído, em Roma, como uma natural evolução das próprias *legis actiones* (Keller), naquelas hipóteses não tipificadas por estas (v. g., *iudicia bona fidei*), como instrumento complementar, que era concedido pelo pretor urbano ao largo do campo de aplicação do antigo sistema de ações. **O praetor urbanus, ao introduzir de forma rudimentar os primeiros elementos do processo formular, teria se socorrido de seu imperium, consistente num poder discricionário de comando, que consentia ao magistrado prover como lhe parecesse melhor e oportuno, desde que não violasse nenhuma norma legal**” (Lições, p. 76-77 - grifou-se).

²⁵ LAFAYETTE registra a existência de diversos estudos no sentido de averiguar se a noção de hipoteca é romana, ou se veio da Grécia (ob. cit., p. 416).

Ainda segundo LIMONGI FRANÇA, não há registro da hipoteca no Código Visigótico, que dominou grande parte do Direito medieval europeu durante os séculos VII e XIV. Para ele, a hipoteca teria sido resgatada a partir dos estudos do Direito Romano, no século XVI, com referência em D. 20, 1, 9, 1.²⁷

No ordenamento português, a hipoteca foi regulada nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. No Brasil independente, foi regulada pelos seguintes normativos: Lei 317, de 21.10.1843, Decreto 842, de 14.11.1846, Lei 1.237, de 24.09.1864, Decreto 169-A, de 10.01.1890, e Decreto 370, de 02.05.1890.²⁸ CARLOS DE CARVALHO dela tratou nos artigos 716 a 840 da *Consolidação das Leis Civis* de 1899. Finalmente, com o advento do Código Civil de 1916, foi regulada nos artigos 809 a 855 (com disposições esparsas naquele diploma e noutros textos legais), os quais foram substituídos pelos artigos 1.473 a 1.505 do vigente Código Civil de 2002 (também com disposições esparsas naquele diploma e em outros textos legais). Há, também, regulação na Lei 6.015/1973.

(B) Sobre a origem da hipoteca judiciária e sua evolução no direito brasileiro

Segundo LAFAYETE²⁹, a hipoteca judiciária tem origem remota no Direito Romano, embora não existisse como nós a conhecemos. Para LIMONGI FRANÇA, “A sua origem, não obstante as diferenças inevitáveis (cf. Afonso Fraga, *op. cit.*, pág. 749) está em vários institutos romanos, especialmente o *pignus praetorium*”.³⁰

²⁶ “É certo que, no período do *Jus Civile*, se conheciam tão-somente como direitos de garantia a *fiducia* e o *pignus*. Mas o Direito Pretoriano, abeberado no *Jus Gentium*, introduziu no sistema romanístico o velho instituto grego, sob a denominação de *pignus hypotheca*” (ob., cit., p. 291).

²⁷ Ob. cit., p. 291.

²⁸ “Ao passar para o direito das Ordenações perdeu a hipoteca todo sentido de sistema, estabelecendo-se a maior confusão de princípios em torno desta garantia, como da preferência que se lhe ligava. O depoimento do sempre lúcido Coelho da Rocha é bastante elucidativo. É que o antigo direito português limitou-se a adotar, com ligeiras modificações, o direito hipotecário romano com suas falhas e defeitos. E é certo que não conseguiram os Romanos imprimir os rigores de sua lógica às garantias reais. O direito brasileiro imprimiu ordem a esse caos e, com a disciplina da hipoteca, cuja segurança assenta sobre dois pilares, publicidade e especialidade (Lafayette), lançou o germe do sistema de registro imobiliário que vem sendo aperfeiçoado com o tempo, e produzindo frutos valiosos dentro da organização da propriedade no Brasil”. (CAIO MÁRIO, ob. cit., item 356, p. 312).

²⁹ “O Direito Romano não conhecia a hipoteca judiciária no sentido que modernamente se lhe dá: o *pignus praetorium* e o *pignus judiciale* eram coisa diversa. Vej. Maynz, § 243, Troplong, II, n. 435, bis)” (Ob. cit., p. 507, nota 2 ao § 207).

No sentido de que a fonte não é romana, manifestaram-se LACERDA DE ALMEIDA³¹, CLOVIS BEVILÁQUA³² e AFFONSO FRAGA³³, destacando que o *pignus praetorium* e o *pignus judiciale* pressupunham o trânsito em julgado da decisão, consistindo, portanto, verdadeira execução, e não meio de garantia do cumprimento da decisão.

Para LAFAYETE³⁴ a hipoteca judiciária como conhecemos atualmente teria surgido na França, consagrada pela primeira vez no artigo 35 das Ordenações de *Moulin* (1566), vindo a ser contemplada no ordenamento jurídico português pela primeira vez nas Ordenações Filipinas. PONTES DE MIRANDA também menciona que as “fontes históricas” da hipoteca judiciária seriam o **artigo 35 das Ordenações de**

³⁰ Ob. cit., p. 297.

³¹ “Ao contrário da penhora, a qual procede da execução, a *hypotheca judicial* antecede-a, não depende do facto material da apprehensão dos bens, como a penhora, e nisto se distingue do *pignus praetorium*, com o qual alguns a querem confundir, dando-lhe origem romana, que não tem. Veja-se Merlin, Repert, vb. ‘*Hyphotèque*’ Seet. 1, § vi, n. 1. Contra Grenier, tom. I, n. 90” (Ob. cit., p. 277, nota 6).

³² “Não se encontra, no direito romano, uma hipoteca atribuída, diretamente, à sentença condenatória, em proveito do devedor. Havia, é certo, o *pignus praetorium* e o *pignus ex causa judicati captum*. Mas o primeiro consistia na posse dos bens do devedor concedida pelo juiz (*missio in bona*), que era seguida da venda dos mesmos bens para satisfação dos direitos dos credores. O segundo, *pignus ex causa judicati captum*, era uma forma de penhora. Condenado o devedor, o magistrado, que havia proferido a sentença condenatória, designava um oficial público para intimar o devedor ao pagamento e, não atendido imediatamente, tomava posse dos móveis; não sendo suficientes, se apoderava dos imóveis. Não se efetuando o pagamento no prazo estabelecido, os bens eram vendidos pelo oficial público. D. XIII, 7, fr. 26, pr., XLII, 5, fr. 35; XLIII, 1, frs. 40 e 61; XX, 4, fr. 10. Não há semelhança entre essas duas instituições e a hipoteca oriunda da sentença” (Direito das Coisas, ob. cit., p. 207-208).

³³ Muitos juristas, entre os quais Grenier, que fez abundantes investigações sobre a origem da *hypotheca judicial*, ascendem a fonte dessa garantia real às disposições que podem produzir um direito de penhora na legislação romana: ao *pignus praetorium* consequente à imissão na posse da coisa e concedida para assegurar o cumprimento da condenação, e aos *pignus in causa judicati captum* ou *pignus judiciale*, consequente à ordem judicial da penhora para a execução efectiva da sentença. É possível que, nesses efeitos de pronunciações judiciais romanas, se ache a primeira formula *embryonica* da *hypotheca judicial*, tanto mais quando o imperador Justiniano, pelas Leis 1 e 2 do Cod. de *praetorio pignore* e 1 do Dig. si in causa jud., apresenta o *pignus praetorium* como uma certa imagem da *hypotheca* convencional. Mas a *hypotheca judicial*, tal como se acha organizada no direito moderno, distancia-se muito, como afirmam Troplong, Valette, Guillouard e outros, tanto do *pignus praetorium* quanto do *pignus judiciale*, aquella tinha uma organização similar á fallencia caracterizada pelo facto de, por meio delle, todos os credores serem imittidos na posse dos bens do devedor e, por efeito desse *missione in bona* pretorianas, os ditos bens eram vendidos em praça, e como importassem tal imissoes no desapossamento do devedor para garantia dos credores, d’ahi veio o nome de *pignus praetorium*, dado ao direito dos mesmos. Este é inteiramente similar á penhora e tinha logar quando condemnado o devedor, officiaes, por decreto do juiz, intimavam-n’o para pagar a importancia da condenação, e se o não fizesse, penhoravam os bens moveis e na sua insufficiencia aos immoveis, em garantia do pagamento do credito. É patente a differença que existe entre esses dois institutos e a *hypotheca judicial*, bastando salientar que elles supõem a coisa julgada, a qual não produz senão acção pessoal in factum vel ex judicato, ao passo que a *hypotheca*, seja qual for a sua especie, produz direito e acção real. **Esta é um meio de garantir o valor da condenação judicial; aqueles um meio de execução viva dos julgados:** vernaculo nostra forenai, diz Monarc, discerimus nune, penhora imobiliaria ou real” (ob. cit., 749-750).

³⁴ Ob. cit., p. 507.

Moulin e o § 14 do Título 84 do Livro III das Ordenações Filipinas³⁵. AFFONSO FRAGA registrou o entendimento de TROPLONG segundo o qual a hipoteca judiciária seja criação pura do direito francês³⁶.

Ocorre, porém, que, antes das Ordenações de *Moulin*, a hipoteca judiciária constou do Livro III, Título 77, § 20, das Ordenações Manuelinas^{37 38}, cuja primeira edição data de 1521, sob o título “*Dos agrauos das sentenças definitiuas, que sahem d’ante o Corregedor da Corte, e Ouvidores e Sobrejuizes, como e quando ham de seer recebidos, e atempados, e como seram executados*”.

Diante disso, a origem da hipoteca judiciária, certamente, não se encontra nas Ordenações de *Moulin*. Talvez tenha tido origem no direito francês precedente, como anotou EDUARDO ESPÍNOLA^{40 41}. Também LYSIPPO GARCIA⁴², com apoio em VALLEIRES SOMMIÉRES, defende a idéia de que a hipoteca judiciária deriva de um princípio antiquíssimo de direito consuetudinário francês segundo o qual todo

³⁵ Ob. cit., p. 70.

³⁶ “Atendendo a estas razões, Troplong insurgiu-se contra a opinião de Grenier, atribuindo á hypotheca judiciaria a fonte romana dos pignus praetorium e do pignus giudiciale, para considerá-la como uma criação pura do direito francez, com origem certa na Ordenança de Moulins de agosto de 1566, que, pelo art. 35, dispõe, dès lors et á l’instant de la condamnation donné en dernier ressort, et cu jaur de la ponaorcioation, il serait aequia á la partie droit d’hypotheca aur les biens du condamné pour l’effect et execution des jugement et arrêr pâr lui obtenus” (ob. cit., p. 730).

³⁷ O texto da norma é o seguinte: “E polas ditas sentenças de que affi for agrauado, tendo a parte agrauante paguo o agrauo, e apresentando perante os Defembargadores em tempo devido, como dito he, fe nom fará execuçam nos bens do condenado dentro de seis mefes continuos, contados do dia que for concedido o agrauo e defembargado de qualquer embarguos pera se poder segir, fe tanto durar o despacho na causa do agrauo. Porem, tanto que a parte vencedor teuer a sentença passada pola Chancelaria, posto que por ella se nom aja de fazer execuçam por durarem os ditos seis mefes, o condenado que nom teuer bens de raiz dará fiança abdiante aa dita condenaçam, e nom a dando fará executada logo a dita sentença, sem mais esperarem polos seis mefes. E o que bens de raiz teuer, que valham o contheudo na dita condenaçam, nom os poderá emalhear durando a dita demanda, mas logo ficaram hipotecados por esse mesmo feito, e por esta Noffa Ordenaçam, pera paguamento da dita condenaçam. E passando os ditos seis mefes, e nom sendo despachado o dito agrauo, foram executadas as ditas sentenças, affi e maneira que Diffemos, que se executaffem as sentenças, quando aa execuçam vem com embarguos, segundo Diffemos neste Liuro, no Titulo Das execuções. Efe despois da sentença feer executada se reuoguar no agrauo em parte ou e m todo, fe guardará e comprirá todo o que hi Diffemos, quando a sentença fosse reuoguada por via d’embarguos” (grifou-se).

³⁸ Não consta do Livro III das Ordenações Afonsinas, especialmente do Título LXXIII (“*Das Appellações das Sentças Defenitivas*”), nenhuma referência à hipoteca judiciária. Sobre o início da vigência das Ordenações Afonsinas, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA afirma: “Afigura-se, sintetizando, que os anos de 1446 e de 1447 foram, presumivelmente, o da entrega do projecto concluido e o da publicação das Ordenações. Mas difícil se mostra a determinação da data da sua entrada em vigor” (ob. cit., p. 274).

³⁹ Publicadas, definitivamente, em 1521 e vigentes até 1.603, quando foram publicadas as Ordenações Filipinas.

⁴⁰ Ob. cit., p. 461, nota 27.

⁴¹ No mesmo sentido, MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES CAMPOS, com apoio em PLANIOL, RIPERT e BECQUÉ e MARTY e RAYNAUD (ob. cit., p. 147).

ato notarial gerava hipoteca geral como sanção ao descumprimento das obrigações contraídas, o que teria sido estendido às obrigações reconhecidas em juízo. Também é essa a opinião de COVIELLO⁴³. De todo modo, a origem permanece obscura.⁴⁴

No regime das Ordenações Manuelinas, a sentença definitiva poderia ser impugnada por recurso. Entretanto, para obstar a execução durante o prazo de 6 (seis) meses, o devedor que não tivesse bens imóveis deveria dar fiança. Se não a desse, sofreria a execução. Os devedores que tivessem bens imóveis não precisavam dar fiança, mas seus bens imóveis no valor da condenação ficavam hipotecados para viabilizar o pagamento da condenação. O “efeito suspensivo recursal” perduraria apenas 6 (seis) meses.

Nas Ordenações Filipinas, as disposições então existentes foram praticamente repetidas no Livro II, Título 84, § 14, sob o título: “*Dos agravos das sentenças definitivas*”.⁴⁵

Da edição anotada de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA das Ordenações Filipinas⁴⁶, constam da disposição sobre hipoteca judiciária remissões ao Livro IV, Título 10, §§ 2º, 3º e 4º, das mesmas ordenações e ao Alvará de 05 de dezembro de 1801.

⁴² Ob. cit., p. 103-104.

⁴³ Ob. cit., p. 175, com apoio em PLANIOL, CHIESI e CHIRONI.

⁴⁴ Por isso, AFFONSO FRAGA registrou: “*seja como fôr, o que não soffre a menor duvida é que a hypotheca judiciaria, já existente ao tempo das Ords. Manuelinas, L. 3, Tit. 77, § 20, publicadas em 11 de Março de 1521, continuara a vigorar pelo disposto no § 14, Tit. 84, Liv., 3 das Ords. Philipponas, e perpeturara-se até a epocha actual em que o Código Civil a acolhera pelo dispositivo do art. 824*”. Daí ele concluir, com acerto, a nosso ver, que: “*para se não errar, é preferível dizer, com Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Des Mantisement, des privileges est des hyphoteques, Tom. 2, n. 1219, not. 2, que a origem de tal hypotheca é muito obscura*” (ob. cit., p. 751 e nota 2.447).

⁴⁵ O texto da norma é o seguinte: “*E pelas sentenças, de que assi fôr aggravado, tendo a parte aggravante pago o agravo, e appresentado perante os Desembargadores em tempo devido, não se fará execução nos bens do condenado dentro em seis mezes contínuos, contados do dia, em que fôr concedido o agravo, e desembargado de quaesquer embargos, para se poder seguir: e isto, se tanto durar o despacho na causa do agravo. Porem, tanto que a parte vencedor tiver a sentença passada pela Chancellaria, posto que per ella se não haja de fazer execução, por durarem os ditos seis mezes, o condenado, que não tiver bens de raiz, dará fiança bastante á condenação, e não a dando, será executada logo a sentença, sem amais sperarem pelos seis mezes. E o que tiver bens de raiz, que valham o conteúdo da condenação, não os poderá alhear, durando a demanda, mas logo ficarão hypothecados por esse mesmo feito e per esta Ordenação para pagamento da condenação. E passado os ditos seis mezes, e não sendo despachado o agravo, serão executadas as sentenças, assi e na maneira, que dissemos que se executem, quando vem com embargos à execução, como diremos no Título 86 Das execuções. E se depois da sentença ser executada, se revogar no agravo em parte, ou em todo, se guardará e cumprirá tudo o que hi diremos (§ 4), quando a sentença fôr revogada per via de embargos*” (grifou-se).

Os §§ 2º e 3º do Título 10 do Livro IV estipulavam que ficava litigiosa, pela contestação, a ação pessoal “*sobre coisa certa, que fosse emprestada, ou empenhada, ou posta em guarda e depósito, ou devida per alguma outra semelhante maneira*”, de modo que “*pendendo o litígio, antes que seja findo per sentença diffinitiva, passada em coisa julgada, não a deve o réo vender, nem escaimbar nem dar a outrem*”, sob pena de “*fazendo, a venda, ou escaimbo da coisa litigiosa será nenhuma e de nenhum vigor, e o que a comprar, ou escaimbar, sabendo que he litigiosa, tornal-a-ha áquelle de quem a houve*”. Em complementação, o § 4º determinava “*no caso onde o comprador não soube, que a coisa comprada era litigiosa, a venda será em todo o caso nenhuma*”. Trata-se, inegavelmente, o **direito de seqüela** inerente às hipotecas em geral, o qual, pelo que sugere a remissão de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, também decorria da hipoteca judiciária, tornando ineficaz eventual venda do bem hipotecado por força de decisão impugnada por recurso.

Sobre o Alvará de 05 de dezembro de 1801, CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA afirma o seguinte, na nota ao § 1º do título 73, do Livro III das Ordenações Filipinas: “*O Al. de 5 de Dezembro de 1801 determinou que a execução das sentenças que viessem por agravo das Relações do Brazil se suspendessem por dous annos. Hoje não tem mais vigor semelhante disposição, mas por interesse histórico aqui notaremos as razões em que se fundou o supradito Alvará. Ei-las (...)*”.⁴⁷ O alvará faz referência à regra geral do Título 84, § 14, de que os agravos ordinários suspendiam a execução pelo prazo de 6 (seis) meses, para, então, ao final, em razão da distância do Brasil, determinar que a execução das decisões impugnadas por agravos ordinários vindos das Relações do Brasil fossem suspensas por 2 (dois) anos, “*ampliando-se assim o termo declarado no citado § 14, o qual ficará em seu vigor no mais que nella se dispõe a bem da segurança dos credores*” (grifou-se).

Esse documento é um registro histórico da preocupação com a efetividade da decisão, ou seja, com a “*segurança dos credores*” que a hipoteca

⁴⁶ Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>, acessado em 12.02.2010.

⁴⁷ A edição das Ordenações Filipinas de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA é datada de 1850. Nessa época, já se encontravam instaladas as Relações das Províncias do Império e o Supremo Tribunal de Justiça do Império do Brasil, previstos, respectivamente, nos artigos 158 e 163 da Constituição do Império do Brasil de 1824.

judiciária, prevista no § 14 do Título 84 das Ordenações Filipinas, propiciava, ainda que (i) a sentença tivesse sido objeto de recurso e (ii) a execução da sentença estivesse suspensa ou (por força de interpretação dos tribunais) pudesse ser feita.

Graças à ao entendimento dos tribunais, a hipoteca judiciária deixou de ser requisito de suspensão da execução (papel que desempenhava junto com a fiança) e passou a ser instrumento de garantia do crédito não apenas enquanto se aguardava o julgamento do recurso.⁴⁸

A hipoteca judiciária foi tratada, **com exclusão do direito de preferência**, nos seguintes dispositivos: artigo 111 do Decreto 3.453 de 26 de abril de 1865, e artigo 1.297⁴⁹ e 1.298⁵⁰ do Livro III do Digesto Português, artigo 1.278 da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas.⁵¹

Também foi tratada na Lei de 20 de junho de 1.774 (§ 44), na Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864 (artigo 3º, § 12)⁵², no Decreto 3.453, de 26 de abril de 1865 (artigo 111)⁵³, no Decreto 169-A, de 10 de janeiro de 1890 (artigo 3º, §11)⁵⁴ e no Decreto 370, de 2 de maio de 1890 (artigo 108)^{55, 56}.

⁴⁸ Sobre o texto filipino, LAFAYETTE teceu as seguintes considerações: “*Das sentenças proferidas pelas relações subalternas ou por juizes de elevada categoria não era lícito apelar, mas sim interpor o recurso de agravo ordinário para a Casa da Suplicação de Lisboa (Pereira de Souza, Seg. Linh., § 344 e seg). Este recurso suspendia a execução da sentença por seis meses, dentro dos quais devia ser processado e julgado. Se o condenado não possuía bens de raiz, era obrigado, enquanto corriam os seis meses, a dar fiança, sob pena de se lhe fazer incontinentemente execução. Se, porém, tinha bens de raiz, esses bens ficavam desde logo hipotecados ao pagamento da execução.* Na hipótese aludida, a sentença estava como que passada em julgado, mas como por virtude do recurso não podia ser executada nos seis meses, a Ord. concedia ao vencedor a garantia da fiança ou hipoteca. E é esta a especialidade do caso. **Nos outros casos, que aliás são os que entram na regra comum como a sentença quando passada em julgado pode logo ser executada, não havia necessidade, no conceito da Ord., da garantia da fiança ou da hipoteca. No entanto os velhos praxistas e os antigos tribunais deram a disposição da citada Ord. um valor absoluto, e aplicaram-na a todas as sentenças condenatórias, passadas em julgado, quer pendessem de agravo ordinário, quer não**” (Ob. cit., p. 507-508, nota 2 ao item 1 do parágrafo 207 – grifou-se).

⁴⁹ Art. 1.297. E uma especie de hypotheca legal a hypotheca judicial, que resulta de uma sentença condemnatoria; pois por ella ficão hypothecados os bens de raiz do condemnado ao pagamento da condemnação.

⁵⁰ Art. 1.298. Esta hypotheca não da prelação a outros crédores; mas dá direito de prosseguir a execução do julgado contra os compradores dos bens do condemnado.

⁵¹ LAFAYETTE, ob. cit., p. 508, nota 8 ao item 1 do parágrafo 207.

⁵² Art. 3º, § 2º. Não se considera derogado por esta lei o direito, que ao exequente compete, de prosseguir a execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado; mas, para ser oposto a terceiros, conforme valer, depende de inscrição.

⁵³ Art. 111. Todavia não está derogada a hypotheca judiciaria, a qual sem importar preferencia, consiste sómente no direito que tem o exequente de prosseguir a execução da sentença contra os adquirentes dos bens do devedor condemnado (art. 3º § 12 da lei).

Finalmente, passou a ser regulada pelo artigo 824 do Código Civil de 1916: “*Compete ao exequente o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado; mas, para ser oposto a terceiros, conforme valer e **sem preferência**, depende de inscrição e especialização*” (grifou-se).

Na seqüência, o artigo 284 do Código de Processo Civil de 1939 assim dispôs sobre o tema: “*Quando, em virtude de sentença, recair sobre os bens do condenado hipoteca judiciária, a respectiva inscrição será ordenada pelo juiz, mediante mandado, na forma da lei civil*”. Essa disposição foi substituída pelo artigo 466 do Código de Processo Civil de 1973, atualmente vigente: “*Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos. Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária: I - embora a condenação seja genérica; II - pendente arresto de bens do devedor; III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.*”

Com o advento do Código Civil de 2002, o artigo 824 do Código Civil de 1926 foi revogado, sem ser substituído por nenhum outro dispositivo que excluísse da hipoteca judiciária o direito de preferência. Como o artigo 1.422 do Código Civil de 2002 prevê o direito de preferência, indistintamente, para todas as hipotecas e como a hipoteca judiciária pertence ao gênero hipoteca, a conclusão é de que todas as hipotecas judiciais constituídas a partir da vigência do Código Civil de 2002, isto é, a partir de 11 de janeiro de 2003, atribuem preferência ao crédito que garantem, segundo o que se defende nesta dissertação.

⁵⁴ Art. 3º, § 11. Não se considera derogado por este decreto o direito, que ao exequente compete, de prosseguir a execução da sentença, contra os adquirentes dos bens do condenado; mas, para ser oposto a terceiros, conforme valer, depende de inscrição (art. 9º) e especialização.

⁵⁵ Art. 108. A hypotheca não importa preferencia, mas consiste somente no direito, que tem o exequente, de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do devedor condenado. Essa disposição – parece-nos – referia-se a todas as hipotecas.

⁵⁶ AFFONSO DYONÍSIO GAMA, ob. cit., p. 310.

IV – NOTÍCIA SOBRE DIREITO ESTRANGEIRO

(A) Direito Português

Segundo VAZ SERRA⁵⁷, a hipoteca judiciária constou das Ordenações Filipinas e a Lei de 20 de junho de 1774 (artigo 44), foi abolida pela Lei de 1 de Julho de 1863 e manteve-se fora do Código Civil de 1897⁵⁸, retornando ao ordenamento jurídico português pelo Decreto 21.287, de 26 de maio de 1932, fundada apenas na distribuição de ação com pedido condenatório, e não em sentença condenatória. Segundo o mesmo autor, essa disposição foi alterada pelo Código de Processo Civil de 1939, que, no artigo 676, a atribuiu à sentença condenatória.⁵⁹

O artigo 676 do Código de Processo Civil revogado pelo Decreto-Lei n.º 47.690, de 11 de maio de 1967⁶⁰, passando a matéria a ser regulada pelo Código Civil em vigor (Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966).

Atualmente, é regulada pelos artigos 703⁶¹, 710⁶², 711⁶³ e 720⁶⁴ do Código Civil; pelo artigo 140, n.º 3⁶⁵, do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e Falência (Decreto-Lei n.º 53/2004)⁶⁶; e pelo artigo 92, n.º 1, alínea l, item m, do Código do Registo Predial (Decreto-Lei n.º 224/84, de 06 de julho de 1984).

⁵⁷ Ob. cit., p. 263-264.

⁵⁸ “O Código Civil de 1897 não conhecia senão duas espécies de hipotecas: as legais e as convencionais (cfr. art. 904)” (PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 725-726).

⁵⁹ MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES CAMPOS, ob. cit., p. 148-149, nota 457.

⁶⁰ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 732, item 2.

⁶¹ Artigo 703. As hipotecas são legais, judiciais ou convencionais.

⁶² Artigo 710. 1 A sentença que condenar o devedor à realização de uma prestação em dinheiro ou outra coisa fungível é título bastante para o registo de hipoteca sobre quaisquer bens do obrigado, mesmo que não haja transitado em julgado. 2. Se a prestação for ilíquida, pode a hipoteca ser registada pelo quantitativo provável do crédito. 3. Se o devedor for condenado a entregar uma coisa ou a prestar um facto, só pode ser registada a hipoteca havendo conversão da prestação numa indemnização pecuniária.

⁶³ Artigo 711. As sentenças dos tribunais estrangeiros, revistas e confirmadas em Portugal, podem titular o registo da hipoteca judicial, na medida em que a lei do país onde foram proferidas lhes reconheça igual valor.

⁶⁴ Artigo 720. A redução judicial tem lugar, nas hipotecas legais e judiciais, a requerimento de qualquer interessado, quer no que concerne aos bens, quer no que respeita à quantia designada como montante do crédito, excepto se, por convenção ou sentença, a coisa onerada ou a quantia assegurada tiver sido especialmente indicada.

⁶⁵ Artigo 140, n.º 3. Na graduação de créditos não é atendida a preferência resultante de hipoteca judicial, nem a proveniente da penhora, mas as custas pagas pelo autor ou exequente constituem dívidas da massa insolvente.

Deriva de decisão condenatória em obrigação de dar dinheiro ou qualquer outra coisa fungível. Nasce ainda que a decisão não tenha transitado em julgado, mas o registro na matrícula do imóvel é considerado provisório até que a decisão transite em julgado⁶⁷. Também não lhe obsta a interposição de recurso dotado de efeito suspensivo⁶⁸, mas o registro é provisório, tornando-se definitivo apenas após o trânsito em julgado da decisão.⁶⁹ Se a condenação disser respeito a obrigações de dar coisa não fungível ou de fazer, a hipoteca só pode ser constituída depois de conversão em indenização.

A decisão estrangeira também gera hipoteca judiciária, desde que homologada e desde que a legislação de onde provenha a atribua o mesmo efeito (artigo 711 do Código Civil). Há casos, entretanto, em que a homologação da sentença é dispensada. Portugal é signatário da Convenção de Bruxelas, de 27.09.1968, e da Convenção de Lugano, de 16.09.1998. Segundo tais convenções, a decisão proferida num Estado contratante pode ser executada noutro Estado contratante sem necessidade de homologação prévia⁷⁰.

A hipoteca judiciária não autoriza classificar o crédito no processo falimentar do devedor como dotado de garantia real⁷¹, nem no processo de insolvência⁷², nem em concordata ou acordo de credores⁷³. Assim determina o artigo 140, nº. 3, do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falência, como

⁶⁶ A mesma disposição era contida no artigo 200, nº. 3, do Código Processos Especiais de Recuperação de Empresa e Falência anterior.

⁶⁷ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 732, item 3.

⁶⁸ ALBERTO DOS REIS, ob. cit., p. 201; e PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 732, item 3.

⁶⁹ MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES MACHADO, ob. cit., p. 150.

⁷⁰ SALVADOR DA COSTA, ob. cit., p. 118. Idem, L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 194-195, nota 554.

⁷¹ *“Uma importante limitação ao valor das hipotecas judiciais é a que resulta do art. 200, nº. 3, do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência: não são atendidas para efeitos da graduação de créditos em processo de falência. O mesmo é dizer que a natureza real da figura é limitada”* (RUI PINTO DUARTE, ob. cit., p. 209. Também ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 559; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 229; e LUÍS M. MARTINS, ob. cit., p. 300-301.

⁷² PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 733, item 9.

⁷³ *“Tanto no processo de falência como nos meios preventivos da falência, não é atendível preferência resultante de hipoteca judicial e por isso os respectivos credores são aí considerados para todos os efeitos como credores comuns”* (ementa do Acórdão do Processo 63.553, de 23.03.1971, do Supremo Tribunal Português – BMJ nº. 205, abr/71, pp. 208-211).

determinavam as disposições revogadas do Código de Processo Civil⁷⁴ e, antes dele, o Código de Falências⁷⁵. A preferência vale no concurso comum de credores em relação a registros posteriores⁷⁶, mas cessa no concurso especial de credores.^{77 78 79}

Aspecto discutido na doutrina portuguesa é a possibilidade ou não de constituição de hipoteca judiciária para garantir obrigação futura, nos termos do artigo 662, § 1º, do Código de Processo Civil. Manifestaram-se positivamente PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA e, negativamente, VAZ SERRA.^{80 81} Outra questão discutida, na doutrina e na jurisprudência, é a validade (ou não) da hipoteca judiciária registrada sobre imóvel anteriormente alienado pelo devedor sem registro da alienação na matrícula do imóvel.⁸²

Questão discutida na jurisprudência portuguesa é a possibilidade de constituir hipoteca judiciária sobre imóvel que o devedor tenha alienado sem levar o título de transferência a registro. A jurisprudência definiu que a hipoteca judiciária, nesse caso, é nula⁸³, sob o fundamento de que a função do registro não é

⁷⁴ Embora o artigo 1.231 do Projeto de Código de Processo Civil, que, entretanto, foi excluído da versão final, declarasse expressamente o direito de preferência da hipoteca judiciária: “O credor com penhora ou com hipoteca judiciária registada definitivamente terá preferência sobre os credores que, em relação aos mesmos bens, não justificarem privilégio, penhora ou hipoteca anterior” (VAZ SERRA, *Hipoteca*, ob. cit., p. 315).

⁷⁵ VAZ SERRA, ob. cit., p. 269-270.

⁷⁶ “(...) a hipoteca judicial dá ao registante as mesmas vantagens que o arresto e a penhora; dá-lhe o direito de preferência em concorrência com outros credores comuns ou com credores que tenham sobre os mesmos bens registro posterior. Os bens hipotecados, como os bens penhorados (art. 847), garantem o cumprimento da obrigação, ainda que sejam transmitidos, uma vez que o registro da transmissão seja posterior ao registro da hipoteca” (ALBERTO DOS REIS, ob. cit., p. 207).

⁷⁷ “As hipotecas judiciais proporcionam ao credor menores vantagens do que as outras. Na verdade, se for declarada falência ou insolvência do devedor, não se atende a qualquer preferência resultante de hipoteca judicial, devendo proceder-se a rateio dos bens hipotecados por todos os credores”. (ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 283).

⁷⁸ “De maneira que em caso de falência, insolvência, concordata ou acordo de credores, isto é, nos casos em que o passivo do devedor é superior ao activo, o privilégio e a hipoteca constituída nos termos da lei civil dão preferência ao credor respectivo, em concorrência com os outros credores; pelo contrário, a preferência resultante da hipoteca judicial desaparece em tais casos. **Chega-se, assim, a esta conclusão desoladora: a preferência derivada da hipoteca judicial cessa precisamente nos casos em que era mais útil e necessária**”. (ALBERTO DOS REIS, ob. cit., p. 208 – grifou-se).

⁷⁹ “esta hipoteca não dá ao credor uma preferência verdadeiramente substancial” (MANUEL DE ANDRADE, ob. cit., p. 338).

⁸⁰ SALVADOR DA COSTA, ob. cit., p. 117, nota 200.

⁸¹ MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES CAMPOS, ob. cit., p. 151.

⁸² Por todos, MONICA JARDIM, ob. cit., p. 383-422.

⁸³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.12.1977 do Processo nº 66.582, Boletim do Ministério da Justiça, nº 272, jan/1978, p. 160-168; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de abril de 1980 do Processo nº 68.519, Boletim do Ministério da Justiça nº. 296, mai/1980, p. 222-228; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07.06.1983 do Processo nº. 70.835, Boletim do Ministério da Justiça nº 328, jul/1983, p. 504-508.

constituir direito, mas apenas declará-lo⁸⁴, e também porque, segundo a doutrina portuguesa, o credor hipotecante não é terceiro em relação à pessoa para a qual o direito de propriedade foi transferi-lo, argumento duramente criticado por VAZ SERRA⁸⁵.

Como no direito brasileiro, a iliquidez da obrigação, nem o arresto, nem o direito à execução provisória obstam o direito à hipoteca judiciária.⁸⁶

Há uma interessante diferença na forma como a hipoteca judiciária é registrada em Portugal. O credor deve obter uma certidão da sentença e requerer o registro na matrícula dos imóveis que indicar ao oficial de registro, chamado conservador. Não há necessidade de decisão judicial, nem de mandado.⁸⁷ Se registrar a hipoteca sobre bens de valor superior ao da obrigação, o devedor ou qualquer outro credor pode requerer a redução da hipoteca judicialmente, nos termos do artigo 720 do Código Civil.⁸⁸

(B) Direito italiano

No ordenamento jurídico italiano, a hipoteca judiciária está prevista nos artigos 2.808⁸⁹, 2.018⁹⁰, 2.019⁹¹ e 2.020⁹² do *Codice Civile Italiano* (R.D. 16

⁸⁴ No direito brasileiro, o registro tem caráter constitutivo, de modo que enquanto não se fizer o registro o alienante continua proprietário do bem (artigo 1.245, § 1º, CC2002), de modo que, nesse caso, a hipoteca judicial deve prevalecer sobre a alienação não registrada, ainda que feita em data anterior.

⁸⁵ “Não parece justificado que, se a hipoteca fosse constituída directamente pelo devedor e registada sobre prédio inscrito no registo em nome do devedor, autor da hipoteca, que já o alienara sem que a alienação estivesse registada, prevaleça sobre a alienação, e, diversamente, a hipoteca judicial, registada antes do registo de uma anterior alienação feita pelo devedor e não registada tivesse de ceder perante essa alienação” (Revista de Legislação e de Jurisprudência, 114º ano, 1981-1982, nº 3.692, Editora Coimbra, Coimbra, 1982, p. 47-352).

⁸⁶ ALBERTO DOS REIS, ob. cit., p. 202-203.

⁸⁷ “Não é o juiz que ordena a constituição da hipoteca – esta surge por iniciativa do credor. A sentença ou acto judicial é simplesmente um título que legitima a inscrição mas supõe a iniciativa do titular do direito. Por outras palavras, a sentença não determina o objeto da garantia, nem a constitui” (MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES CAMPOS, ob. cit., p. 148-149).

⁸⁸ ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 558-559 e 561. Idem, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 733, item 7.

⁸⁹ Art. 2808 Costituzione ed effetti dell'ipoteca. L'ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare (1505) anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito (Cod. Proc. Civ. 555 e seguenti) e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione (518; att. 54, 238; Cod. Proc. Civ. 596 e seguenti). L'ipoteca può avere per oggetto beni del debitore o di un terzo e si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari. L'ipoteca è legale, giudiziale o volontaria.

⁹⁰ Art. 2818 Provvedimenti da cui deriva. Ogni sentenza (Cod. Proc. Civ. 324), che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente è titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore. Lo stesso ha luogo per gli altri provvedimenti giudiziali ai quali la legge attribuisce tale effetto (2836; Cod. Proc. Civ. 655).

marzo 1942, n. 262) e no artigo 655⁹³ do *Codice di Procedura Civile* (R.D. 28 ottobre 1940, n. 1.443). Também é composto do direito de seqüela, excussão e preferência.

Decorre de sentença condenatória (*sentenza di condanna*), inclusive estrangeira, desde que homologada, (artigo 2020 do *Codice Civile*) ou de qualquer outro provimento ao qual a lei atribua tal efeito (artigo 2818 do *Codice Civile*), como, por exemplo, a decisão arbitral, o *decreto ingiuntivo* (artigo 655 do *Codice di Procedura Civile*)⁹⁴ e a decisão de homologação da separação consensual⁹⁵. Especialmente quanto *decreto ingiuntivo*, questionou-se a constitucionalidade de o credor poder constituir hipoteca judiciária sem que sequer o suposto devedor fosse citado da demanda, mas a *Corte Costituzionale* entendeu que o interesse público de proteger o crédito autorizaria o procedimento com o contraditório diferido.⁹⁶

A obrigação objeto da condenação pode ser de pagar, dar, fazer ou não fazer, sendo irrelevante sua liquidez, embora, por força do princípio da especialidade, seja preciso estimar o valor da obrigação para fins de registro imobiliário.⁹⁷

Dispensável o trânsito em julgado da decisão e sua executividade provisória⁹⁸, exceto no caso de decisão arbitral (artigo 2.819 do *Codice Civile*).^{99 100}

O registro não é feito por ordem do juiz, mas pela apresentação da sentença pelo credor ao oficial de registro imobiliário, preenchidas as

⁹¹ Art. 2819 Sentenze arbitrali. Si può iscrivere ipoteca in base al lodo degli arbitri, quando è stato reso esecutivo (Cod. Proc. Civ. 825).

⁹² Art. 2820 Sentenze straniere. Si può parimenti iscrivere ipoteca in base alle sentenze pronunziate dalle autorità giudiziarie straniere, dopo che ne è stata dichiarata l'efficacia dall'autorità giudiziaria italiana (Cod. Proc. Civ. 797) salvo che le convenzioni internazionali dispongano diversamente.

⁹³ Art. 655 Iscrizione d'ipoteca I decreti dichiarati esecutivi a norma degli artt. 642, 647 e 648, e quelli rispetto ai quali è rigettata l'opposizione costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

⁹⁴ Que equivale à ordem de pagamento do processo monitório brasileiro (artigo 1.102-B do CPC), conforme CRUZ E TUCCI, *Ação monitória*, ob. cit., p. 41, e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso*, ob. cit., p. 383.

⁹⁵ MACARIO, ob. cit., p. 267.

⁹⁶ RAVAZZONI, ob. cit., p. 243.

⁹⁷ GORLA e ZANELLI, ob. cit., p. 286.

⁹⁸ PROTO PISANI, ob. cit., p. 1.679.

⁹⁹ MACARIO, ob. cit., p. 267.

¹⁰⁰ GORLA e ZANELLI, ob. cit., p. 284.

formalidades do artigo 2.839 do *Codice Civile*^{101 102}, a exemplo do que ocorre em Portugal. Se o valor do bem for superior ao do crédito, a hipoteca pode ser reduzida (artigo 2.872, *Codice Civile*), “*nel segno del principio di proporzionalità*”¹⁰³.

O direito italiano estabelece igual direito de os credores satisfazerem seus créditos, salvo as causas de prelação. O artigo 2.741¹⁰⁴ do *Codice Civile* menciona como causas de prelação o privilégio, o penhor e a hipoteca, sem distinguir, quanto a essa última, a hipoteca judiciária.

Na lei falimentar (*Legge Fallimentare*, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267), também não se encontra disposição que distinga a hipoteca judiciária das demais hipotecas quanto à classificação do crédito, ambas classificadas como créditos com preferência¹⁰⁵. Existe, pelo contrário, a distinção de prazos para a ação revocatória de hipotecas convencionais e judiciárias. São revocáveis as convencionais constituídas no prazo de 1 (um) ano antes da falência para débitos não vencidos e as convencionais e judiciárias constituídas a menos de 6 (seis) meses antes da falência para débitos vencidos, a menos que a parte prove que não conhecia o estado de insolvência do devedor (artigo 67, itens 3 e 4)¹⁰⁶. A mencionado artigo permite, ainda, que as garantias sejam anuladas por ação revocatória das garantias constituídas junto com créditos no prazo de 6 (seis) meses antes do decreto falimentar, cabendo o ônus da prova, nesse caso, ao autor da demanda.¹⁰⁷

¹⁰¹ MACARIO, ob. cit., p. 271.

¹⁰² GALGANO, ob. cit., p. 1.131.

¹⁰³ MACARIO, ob. cit., p. 285.

¹⁰⁴ Art. 2741 Concorso dei creditori e cause di prelazione. I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione. Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno (2784 e seguenti) e le ipoteche (2808 e seguenti).

¹⁰⁵ Art. 111. Ordine di distribuzione delle somme. Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine: 1) per il pagamento dei crediti prededucibili; 2) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge; 3) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa. Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali debiti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1).

¹⁰⁶ Art. 67. Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie. Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: (...) 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti; 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti. Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.

¹⁰⁷ Sobre as 3 (três) hipóteses: RAVAZZONI, ob. cit., p. 434-435.

A hipoteca judiciária decorrente de *decreto ingiuntivo* (e apenas a que o tenha por título) em face da massa de credores¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Com apoio em diversos julgados, RAVAZZONI comenta: “*La giurisprudenza è orientata a ritenere che la disposizione di cui all’art. 95, c 3, l. Fall. - secondo cui, se il credito risulta da sentenza non passata in giudicato, è necessaria l’impugnazione se non si vuole ammettere il credito al passivo del fallimento – non sia applicabili al decreto ingiuntivo opposto. Pertanto, il sopraggiungere del fallimento in pendenza di opposizione a decreto ingiuntivo rende inopponibile alla procedura il provvedimento monitorio e, conseguentemente, l’ipoteca giudiziale iscritta in base a tale titolo; orientamento che, nella sostanza, sembra*”

V - NATUREZA JURÍDICA

O artigo 466 do CPC outorga ao credor, em determinadas hipóteses, a hipoteca sobre bem do devedor.

Tradicionalmente, a doutrina a classifica como efeito secundário, anexo ou reflexo da sentença¹⁰⁹.

A definição de hipoteca judiciária como efeito secundário ou anexo da sentença foi estabelecida por ENRICO TULLIO LIEBMAN, no clássico “*Eficácia e Autoridade da Sentença*”¹¹⁰, na esteira da doutrina alemã¹¹¹. Esse entendimento fez escola e é repetido pela maioria absoluta (senão a totalidade) da doutrina processual brasileira.¹¹² Também relata LIEBMAN que CALAMANDREI terias sido o primeiro a tratar desse assunto na Itália, sob esse mesmo enfoque.

As palavras que LIEBMAN atribui a CALAMANDREI sobre os efeitos secundários, anexos ou reflexos da sentença são precisas “*Mas nem todos os efeitos jurídicos que a lei atribui à sentença podem relacionar-se com a vontade nela formulada e colocar-se sob o instituto do julgado. Às vezes, produz a sentença certos efeitos, não porque o juiz a tenha querido que se produzissem ou porque a sua produção tenha constituído objeto, declarado ou implícito, da decisão, mas porque, fora do campo no qual se pode confinar o poder de decisão do juiz, é a sentença considerada pela lei como fato produtor de efeitos jurídicos preestabelecidos pela própria lei e não dependentes do*

da *condividere*”. (ob. cit., p. 252). No mesmo sentido: FRONZONI (ob. cit., p. 2.188) e CARPI, COLASANTI e TARUFFO (ob. cit., p. 655); CICCERO (ob. cit., p. 148-149).

¹⁰⁹ WAMBIER e TALAMINI, ob. cit., p. 554-555.

¹¹⁰ Ob. cit., p. 71-78.

¹¹¹ Sobre a doutrina alemã, pontua: “*Nas pegadas de algumas breves proposições de Wach, a doutrina germânica unânime completa o quadro dos efeitos possíveis da sentença, colocando, ao lado das principais (que ela, como sabemos, identifica, na coisa julgada, na eficácia executória e na constitutiva), outro grupo de efeitos que se manifestariam sobre as relações substanciais privadas das partes ou se terceiros e que seriam causados pela sentença, não em sua função de ato jurisdicional, mas em sua simples qualidade de fato juridicamente relevante; e os indica, por isso, com o termo de efeitos de fato, de efeitos privatísticos secundários ou colaterais da sentença (Tatbestandswirkungen, privatrechtlichen Nebenwirkungen), de efeitos reflexo quando se produzem em relação a terceiros (Reflexwirkungen), lembrando explicitamente para estes últimos a conhecida doutrina de Jhering sobre os efeitos reflexos dos fatos jurídicos em relação a terceiros*” (ob. cit., p. 71).

¹¹² Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO: “*A sentença tem eficácia direta, reflexa e anexa. A eficácia direta da sentença é aquela que atinge a relação jurídica deduzida em juízo de modo principal. A eficácia reflexa é aquela que alcança relação jurídica conexa àquela alegada em juízo. A eficácia anexa é aquela que advém da lei, sem necessidade de pedido*” (ob. cit., p. 422).

comando contido na sentença. Podemos falar nestes casos da sentença como fato jurídico em sentido restrito¹¹³

A hipoteca judiciária é, pois, efeito que a lei atribui à decisão considerada como um fato. Difere, portanto, dos efeitos que a sentença produz quanto às relações jurídicas nela discutidas. Exemplificando, a sentença que condena A a pagar a B determina quantia gera o efeito de tornar a relação certa quanto à existência e coercitivamente exigível. Além disso, a lei atribui a essa sentença o efeito de criar outra relação jurídica, a hipoteca judiciária, que, entretanto, não é objeto da própria decisão.

Pode-se argumentar que é também a lei que atribui à decisão o efeito de tornar certa e coercitivamente exigível a relação jurídica que lhe serve de objeto, como fez LIEBMAN¹¹⁴.

A distinção está na circunstância de que os efeitos primários são aquilo que ordinariamente se espera de uma decisão.¹¹⁵ A finalidade precípua da decisão jurisdicional é declarar a relação jurídica e torná-la coercitivamente exigível. A vontade legislativa pode, por razões diversas atribuir outros efeitos à decisão jurisdicional. Um exemplo: o atributo de imutabilidade dos efeitos principais às relações jurídicas de direito material (autoridade da coisa julgada) é um dos efeitos que, por motivo de segurança jurídica, a lei atribui à decisão jurisdicional (desde que preenchidos determinados requisitos). A hipoteca judiciária é outro, embora o motivo seja diverso: a efetividade da decisão.

¹¹³ Cfr. ob. cit., p. 72.

¹¹⁴ “Na realidade, todos os efeitos da sentença se produzem apenas porque são dispostos pela lei, tanto os secundários quanto os principais. Neste sentido, é exato dizer que são queridos pelo Estado, mas, justamente por isso, se destrói a distinção que se está procurando. E, vice-versa, são eles produzidos pelo fato da prolação da sentença, e de modo completamente independente da efetiva vontade do juiz, e também isso vale igualmente para uns como para outros” (ob. cit., p. 73).

¹¹⁵ Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA: “Os juristas costumam falar de efeitos anexos privatísticos, desde Adolf Wach e Georg Kuttner até Hans Sperl (Lehrbuch, I, 829), Rudolf Pollak (System, 548) e outros. Mas os efeitos anexos também podem ser publicísticos, inclusive de direito processual. Os efeitos anexos ainda podem provir de acordo (Leo Rosenberg, Lehrbuch, 2ª ed., 482; 5ª ed., 672), ou de declaração unilateral de vontade (e. g., prospecto do Banco em que promete x aos que forem triunfadores em causa contra A). Uns e outros são efeitos do fato da sentença, por isso, anexos. **Não são minus, nem pars, mas aliud (Rudolf Pollak, System, 548): não pertencem à eficácia própria da sentença**” (ob. cit., p. 66-67, grifou-se).

Podemos citar outros exemplos efeitos que a lei atribui a determinadas decisões: (i) a extinção do contrato de concessão de concessionária de serviço público em razão de decisão de quebra¹¹⁶ (artigo 195 da Lei 11.105/2005), (ii) a separação de corpos e a partilha de bens em razão de sentença de separação judicial, (iii) a cessação da tutela diante da sentença de adoção ou de reconhecimento de paternidade (artigo 1.763 do CC2002)¹¹⁷ e (iii) a inelegibilidade em razão de sentença de condenação nas penas dos crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais (artigo 1º, I, h, da Lei Complementar 64/1990), entre outros.

A decisão constitui, pois, fato jurídico, que pode subsumir-se a disposições legais (ou até a disposições unilaterais ou bilaterais de vontade)¹¹⁸, criando nova relação jurídica, tudo sem prejuízo dos efeitos materiais (diretos ou reflexos) e processuais. A hipoteca judiciária é, pois, precisamente e sob o ponto de vista do Direito Processual, um dos efeitos anexos possíveis de determinadas decisões jurisdicionais.

Sob o ponto de vista do Direito Material, entretanto, é **direito real de garantia**, acessório, portanto, do direito de crédito reconhecido em juízo.

¹¹⁶ Exemplo de ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA (ob. cit., p. 800).

¹¹⁷ Exemplo de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA (ob. cit., p. 478).

¹¹⁸ Pode-se estipular em contrato, por exemplo, o vencimento antecipado de obrigação no caso de sobrevir decisão desfavorável a um dos contratantes em quantia superior a determinado patamar.

VI – HIPOTECA JUDICIÁRIA E OUTROS INSTITUTOS

(A) Hipoteca judiciária, fraude contra credores e fraude à execução

O direito de seqüela da hipoteca judiciária não se confunde com o direito anular a alienação de bens feita em fraude contra credores, nem com o direito de penhorar bens transferidos ineficazmente em fraude à execução.

Em verdade, o direito de seqüela da hipoteca judiciária existe por si só, dispensando o credor de provar, em ação própria ou na execução, qualquer requisito legal.

Com efeito, a hipoteca judiciária dispensa o credor da necessidade de propor ação de anulação de alienação de imóvel por fraude contra credor no prazo de 4 (quatro) anos (artigos 158, 159 e 178, II, do CC2002). Aliás, as chances de não haver êxito nessa ação (notoriamente conhecida por ação pauliana) são grandes. Primeiro porque a fase de conhecimento do processo costuma transcorrer durante mais do que 4 (quatro) anos. Segundo porque é ônus do credor (artigo 333, I, do CPC) comprovar (i) a existência de crédito, (ii) o *evento damni* (ou seja, que o devedor estava insolvente ou foi reduzido à insolvência pela alienação) e (iii) o *consilium fraudis* (ou seja, o acordo de vontades entre o alienante e o adquirente no sentido de frustrar a satisfação do crédito).^{119 120}

A hipoteca judiciária também dispensa o credor de comprovar os requisitos da fraude de execução (artigo 593 do CPC): (i) crédito, (ii) alienação do bem (móvel ou imóvel), (iii) alienação no curso de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e (iii) ciência, pelo adquirente, da demanda contra o alienante. Isso porque o direito de seqüela que emerge da hipoteca judiciária permite que o vencedor persiga o bem mesmo que tenha sido alienado, quer tenha sido alienado em fraude da execução, ou não. Noutras palavras, o direito de penhorar bens alienados em fraude da

¹¹⁹ “A seqüela, dispensando a prova da fraude e o exercício da Pauliana, basta à proteção eficaz do credor” (TITO FULGÊNCIO, ob. cit., p. 220, item 11).

¹²⁰ Em Portugal, o argumento é o mesmo: “Quando o devedor se encontra à beira da execução, procura frequentemente alienar os seus bens e a hipoteca judicial dá então ao credor um meio de defesa superior á

execução é completamente distinto do direito de seqüela que decorre da hipoteca judiciária.^{121 122}

Nos termos da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, *“O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”*. Ocorre que, na fase de conhecimento, a penhora não é possível. Na fase de cumprimento de sentença, comprovar a má-fé do terceiro adquirente é tarefa difícil, especialmente pela restrição dos meios de prova na execução.

Com a possibilidade de averbar a execução na matrícula do imóvel quando de sua distribuição (artigo 615-A do CPC)¹²³, é possível ao credor resguardar-se do início da execução até o registro da penhora. Continua desprotegido, entretanto, desde o momento em que proferida decisão até o início da execução.

Entretanto, se o direito real de hipoteca judiciária tiver sido regularmente constituído, com a averbação na matrícula do imóvel, o próprio direito de seqüela dispensará que se reconheça, por decisão judicial, a presença dos requisitos legais necessários à configuração da fraude da execução¹²⁴.

ação pauliana ou à ação de simulação, por ser preventivo e por dispensar a prova, tantas vezes difícil, dos requisitos legais dessas ações” (VAZ SERRA, *Boletim*, p. 268).

¹²¹ “(...) nisso se diferencia a hipoteca judiciária do direito de executar bens alienados em fraude da execução, que supõe fraude d a alienação, ciência da fraude pelo adquirente, falta de outros bens no patrimônio do executado” (TITO FULGÊNCIO, ob. cit., p. 220, nota 8).

¹²² No mesmo sentido, BEVILAQUA, *Comentários ao CC*, p. 426.

¹²³ Embora o artigo 615-A do CPC refira-se à execução de título extrajudicial, o instituto aplica-se à execução de título judicial, porque as normas daquela devem ser aplicadas subsidiariamente à esta, nos termos do artigo 475-R do CPC: *“Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial”*.

¹²⁴ Por isso, afirma LAFAYETTE: *“Não se deve confundir a hipoteca judicial e o direito de penhorar bens alienados em fraude da execução. São direitos distintos, procedentes de causas diversas, regulados por princípios diferentes, e independentes um do outro. O direito de penhorar bens alienados em fraude da execução, pois que é nula, não tira os bens do domínio do executado para o domínio do adquirente. Os ditos bens, portanto, continuam sujeitos ao pagamento das dívidas do executado. O direito de seqüela, feito da*

Construindo uma linha do tempo, ter-se-ia o seguinte quadro:

A	B	C	D	E	F
Constituição Crédito	Citação da demanda	Reconhecimento Judicial da Obrigação	Registro da Hipoteca Judiciária	Início da Execução, ainda que provisória	Averbação da Execução, ainda que provisória

Entre o momento A (constituição do crédito) e B (citação da demanda), o credor pode proteger seu crédito por meio da ação pauliana. A partir do momento (B) citação da demanda, o credor pode alegar e comprovar, incidentalmente, fraude à execução, hipótese em que terá o ônus de demonstrar a má-fé do terceiro adquirente. Desde o momento E (averbação da execução no banco de registro do bem), essa má-fé se presume em relação ao bem em cujos registros foi feita a averbação.

A partir do momento D (registro da hipoteca judiciária), o direito de seqüela dispensará que o credor alegue e comprove, em relação ao bem hipotecado, a presença dos requisitos legais necessários à configuração da fraude da execução. Como entre o momento C (reconhecimento judicial da obrigação) e E (início da execução, ainda que provisória) costuma demorar muitos meses (por vezes anos), é de indiscutível utilidade prática outorgar ao credor garantia que lhe dispense do ônus de provar má-fé de terceiro adquirente de bem imóvel do devedor.

Além disso, mesmo a partir do momento em que a execução é possível (e, conseqüentemente, também o são a penhora e seu registro para conhecimento de terceiros), muito mais simples do que alegar e comprovar os requisitos legais da fraude à execução é exercer o direito de seqüela inerente à hipoteca judiciária¹²⁵.

Some-se às vantagens mencionadas a circunstância de que a hipoteca judiciária gera preferência nos concursos especiais de credores. Se se entender

hipoteca judiciária, resulta imediatamente da sentença e não requer como condição de sua existência a fraude da alienação” (ob., cit., p. 509). No mesmo sentido, AMILCAR DE CASTRO (ob. cit., p. 79-80).

¹²⁵ Conforme reconhece SCARPINELA: “Não há como negar, nesse contexto, que a ratio do instituto é a de acautelar e assegurar plena efetividade da execução contra o devedor, ao mesmo tempo em que resguarda e previne o credor de eventuais fraudes que poderiam ser facilmente praticadas pelo devedor durante o (tão

que o direito de preferência se extingue na falência, insolvência civil, recuperação ou liquidação extrajudicial do devedor, a vantagem de dispensar os requisitos da fraude contra credores e da fraude à execução só tem valia na hipótese de o devedor ser solvente. Se se tornar insolvente o direito de seqüela será irrelevante.¹²⁶

(B) A hipoteca judiciária e tutela cautelar

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça pareceu atribuir natureza de tutela cautelar à hipoteca judiciária ao indeferir o registro de decisão condenatória sob o fundamento de que seria “*desnecessária*”, dada a existência de “*patrimônio suficiente para o pagamento*” da dívida¹²⁷.

Não nos parece ser esse o caso. A hipoteca judiciária não tem natureza de tutela cautelar¹²⁸ porque não constitui medida **processual** tendente a garantir, provisoriamente, a efetividade de outro processo (chamado de principal).¹²⁹ Não sendo tutela cautelar, não está sujeita ao regime desta, o que impede, por exemplo, que a hipoteca judiciária seja especializada e registrada de ofício (conforme explicado mais detalhadamente em capítulo ulterior). A hipoteca judiciária também não pode ser revogada

demorado) segmento recursal, dispensando-o de provar qualquer forma de conluio ou má-fé entre adquirente e alienante, nem sempre fáceis de demonstração em juízo.” (ob. cit., p. 1.482).

¹²⁶ VAZ SERRA, ob. cit., p. 273.

¹²⁷ “(...) A inscrição da hipoteca judiciária de imóveis urbanos pertencentes à recorrida, visando assegurar o pagamento dos honorários a que esta foi condenada é desnecessária. Consoante assevera a Corte a quo, a condenação da sucumbência estabelecida na sentença foi recíproca, cabendo ônus menor à recorrida, que foi condenada a responder apenas por 1/3 da sucumbência, sendo suficiente para o pagamento da verba honorária o patrimônio que lhe tocará na partilha dos bens, o que torna injustificável o temor dos advogados, ainda protegidos pelas regras pertinentes à fraude à execução. Ademais, perquirir sobre tais fatos torna-se inviável nesta seara, nos termos da Súmula 07/STJ. (...)” (STJ, REsp 294.690/RS, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 24.08.2004, DJ 04.10.2004, p. 303). No mesmo sentido, STJ, AGA 264.726/SP, Waldemar Zveiter, 3ª Turma, 26/06/2000.

¹²⁸ PONTES DE MIRANDA, ob. cit., p. 119. O doutrinador, porém, entende que se trata de ato de execução, com o que, entretanto, não concordamos, pelas razões expostas mais adiante.

¹²⁹ Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO, EDUARDO TALAMINI E EGON BOCKMANN MOREIRA: “Ressaltado o caráter de efeito anexo – e, portanto, automática – da hipoteca judiciária, fica obviamente excluída a idéia de que o instituto constitua forma de ‘tutela de urgência’. Não se trata de providência a ser deferida para, apreciadas as circunstâncias concretas, afastar perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Não se submete a requisitos tais como *periculum in mora*, ‘receio de ineficácia de provimento final’ e outros tantos que se estabelecem como indispensáveis para a concessão das medidas jurisdicionais de urgência. Por isso, a despeito de sua eficácia assecuratória (inerente a todo direito de garantia), a hipoteca judiciária não tem natureza cautelar. Pelas mesmas razões, não é mecanismo antecipatório. Até porque não há o adiantamento temporal de um efeito que em princípio só ocorreria depois. Trata-se, isso sim, de um próprio aspecto da tutela desde logo atuável. Em outras palavras, proferida a sentença condenatória e produzida de pleno iure a hipoteca judiciária, não se está antecipando nada porque tal momento – e não outro à frente – foi o que a própria lei abstratamente reservou à ocorrência desse efeito”. (ob. cit., p. 124).

a qualquer tempo, como ocorre com a cautelar, e sua origem decorre de outros requisitos específicos que não são o *fumus boni iuris*, nem o *periculum in mora*.

Como não constitui tutela cautelar, não há que se perquirir sobre eventual risco de insolvência do devedor.¹³⁰ A solidez patrimonial do devedor é absolutamente irrelevante, porque o credor tem direito à hipoteca, especialmente para exercer o direito de seqüela em relação a terceiros e para preferir a outros credores (cujo privilégio não seja maior) na excussão do bem hipotecado.

Corretamente, portanto, o inciso II do artigo 466 do Código de Processo Civil estipula a decisão produz hipoteca judiciária ainda que pendente arresto de bens do devedor, quer o previsto nos artigos 813 a 821 do CPC, de evidente natureza cautelar, quer o arresto previsto no artigo 653 do CPC, ao qual alguns doutrinadores atribuem natureza de ato executivo¹³¹.

A existência prévia de arresto realmente não pode prejudicar a constituição de hipoteca judiciária. O arresto cautelar visa garantir a efetividade da tutela de conhecimento nas hipóteses (em linhas gerais) em que o devedor tenta ausentar-se ou alienar os bens que possui para frustrar o pagamento de sua obrigação. A hipoteca judiciária, por sua vez, embora também vise garantir a satisfação da obrigação reconhecida pelo exercício da jurisdição, constitui direito real (e portanto material) de garantia, do qual decorrem os direitos de seqüela e preferência. Dessa maneira, a hipoteca é ônus muito mais forte do que o gravame meramente processual do arresto.

O arresto assenta-se em requisitos diversos, que privilegiam o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, isto é, o juízo de verossimilhança feito cautelarmente (e portanto, provisoriamente) acerca das provas e indícios apresentados pelo credor para demonstrar o preenchimento das hipóteses legais. A hipoteca judiciária assenta-se no prestígio que se deve dar às decisões jurisdicionais de reconhecimento de obrigações, ainda que pendentes de reforma em outro grau de jurisdição.

¹³⁰ TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70031104029, Sexta Câmara Cível, Relator Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, j. 11/03/2010.

¹³¹ Alguns doutrinadores entendem que o arresto previsto nos artigos 653 e 654 do CPC tem natureza de tutela executiva (pré-penhora), e não de tutela cautelar. Nesse sentido, OVÍDIO BAPTISTA, *Do Processo Cautelar*, ob. cit., p. 59.

Não há absolutamente nenhum motivo que autorize discriminar o credor obteve tutela cautelar de arresto, tolhendo-lhe o direito real de hipoteca, do credor que não a tenha pleiteado ou, embora pleiteado, não obtido. A mera garantia processual do credor com arresto não pode impedir que ele exerça os direitos de seqüela e preferência.

A única ressalva que deve ser feita é a de que o credor com arresto, em função do princípio da proporcionalidade, não poderá hipotecar bens que, somados aos arrestados, ultrapassem o valor da obrigação. Se os bens arrestados forem hipotecáveis, o credor poderá pedir a hipoteca deles, ou então de outros bens do devedor, do que decorrerá a revogação total ou parcial do arresto, por perda superveniente do objeto, conforme o valor do bem hipotecado bastar ou não para satisfazer todas as obrigações reconhecidas na decisão. Mesmo que o arresto tenha sido deferido para garantir obrigação em maior valor, ou outras obrigações, além do valor ou da obrigação reconhecida na decisão jurisdicional, a permanência do arresto para garantir o que não foi reconhecido, encontrará óbice no artigo 808, III, do CPC, não se restabelecendo a tutela cautelar apenas por força do efeito suspensivo eventualmente concedido ao recurso do credor. Nesse caso, restará ao credor pleitear novamente a tutela cautelar ao órgão a quem competir o julgamento de seu recurso (artigo 800, parágrafo unido, do CPC).

Imagine-se que determinado credor peça o reconhecimento de duas obrigações e obtenha o arresto de 2 (dois) bens, um para a garantia de cada obrigação. Sobrevindo decisão que reconheça apenas uma delas, o credor pode pedir a hipoteca judiciária sobre outro bem que não tenha sido arrestado ou sobre um dos bens arrestados (se ele for hipotecável). Se pedir a hipoteca sobre outro bem que garanta integralmente a obrigação reconhecida, o arresto perde o objeto. Se, entretanto, pedir a hipoteca sobre outro bem que não a garanta integralmente, o arresto permanece quanto ao saldo necessário para completar a garantia de toda a obrigação. Além disso, mesmo que recorra quanto à parte da decisão que não reconheceu uma das obrigações, não poderá pedir a hipoteca judiciária (por falta de título para tanto) e o arresto referente a essa obrigação restará revogado, podendo ser, entretanto, restabelecido mediante pleito junto ao órgão competente para conhecer do recurso.

O arresto **anterior** não prejudica, pois, a hipoteca judiciária. A recíproca, entretanto, nem sempre é verdadeira. Na hipótese de pleitear arresto **depois** da constituição da hipoteca judiciária, poderá faltar ao credor (agora hipotecário) interesse processual (por ausência de necessidade)¹³² e o *periculum in mora*, pois a hipoteca lhe garantirá o direito de seqüela sobre o bem, ainda que o credor o aliene. O pleito de arresto só será cabível se o bem hipotecado não for suficiente para garantir todas as obrigações reconhecidas, ou o valor integral da única obrigação reconhecida, e se não houver outros bens que possam ser hipotecáveis. Nesse caso, havendo outros bens arrestáveis (como bens móveis em geral) e presentes os requisitos legais, o credor poderá obter o arresto de bens para garantir a parte da obrigação ou as obrigações que não tiverem sido garantidas pela hipoteca judiciária.¹³³

(C) Hipoteca judiciária e execução provisória ou definitiva

A hipoteca judiciária não constitui execução provisória, porque não se enquadra no rol de atos tendentes à satisfação do crédito exequendo. Garantir não é satisfazer.

É direito real de garantia (material), e não ato processual tendente à satisfação coercitiva de um direito. Bem por isso, a possibilidade de executar provisoriamente a decisão, isto é, apesar da existência de recurso dotado de efeito suspensivo (ou impeditivo), está expressamente prevista no artigo 466, III, do CPC^{134 135}.

Os atos de execução, provisória ou definitiva, podem ocorrer sem que sequer seja necessário exercer os direitos de seqüela e preferência. O credor pode obter a satisfação de um crédito sem exercer o direito real de hipoteca. Pode especializar e registrar a hipoteca judiciária, mas, ao pleitear a tutela executiva, solicitar o arresto de aplicação financeira¹³⁶, obtendo, posteriormente, a satisfação de seu crédito pela excussão de dinheiro, sem a necessidade de alienar (por arrematação ou adjudicação) o bem

¹³² TJRS, Apelação Cível Nº 70007257447, Décima Segunda Câmara Cível, Relator Marcelo Cezar Muller, j. 18/12/2003; TJPR, 11ª C. Cível, AC 0353856-5, Relator Eraclés Messias, j. 20.02.2008; TJMS, Medida Cautelar Preparatória 2001.000577-0/0000-00, 4ª Turma Cível, j. 01.03.2005.

¹³³ TAPR, Sexta C. Cível (TA), AC 0169135-4, Relator Anny Mary Kuss, j. 27.05.2002.

¹³⁴ TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70017458290, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relator Mara Larsen Chechi, j. 22/03/2007.

¹³⁵ SCARPINELLA (ob. cit., p. 1.482).

hipotecado. Tudo isso demonstra que, de fato, a hipoteca judiciária não está no rol dos atos inerentes à tutela executiva, constituindo coisa bem diversa, isto é, direito real (material, portanto) de garantia.

Como não se trata de execução, constituição da hipoteca judiciária não está condicionada à nenhum tipo de caução.¹³⁶

Acrescente-se que mesmo na execução definitiva a hipoteca judiciária é possível¹³⁷, sendo irrelevante a ausência de disposição legal nesse sentido.

No curso da execução provisória ou da execução definitiva, o devedor pode agir em fraude, alienando seus bens (inclusive os imóveis), inviabilizando a satisfação do crédito, a menos que se comprove a má-fé do terceiro adquirente, o que revela o interesse na constituição da hipoteca para que o credor tenha direito de seqüela sobre o bem hipotecado.

Além disso, pode sobrevir a falência, a recuperação judicial, a insolvência civil ou a liquidação extrajudicial do devedor executado, hipótese em que a execução é suspensa e a penhora levantada, ficando o credor com o ônus de habilitar seu crédito junto ao processo no qual esteja ocorrendo o concurso especial de credores. Nesse caso, revela-se evidente o interesse do credor em votar na classe dos créditos com garantia real, no caso de recuperação do devedor, e também de receber o pagamento com preferência em relação a determinados tipos de crédito, no caso de falência, insolvência ou liquidação extrajudicial do devedor.

A possibilidade de se beneficiar na hipótese de concurso especial de credores justifica, inclusive, que se defira a hipoteca judiciária mesmo que exista registro de penhora na matrícula do imóvel¹³⁸. Afinal, entre o registro da penhora e a

¹³⁶ O bem hipotecado deve ser preferencialmente penhorado, mas não *necessariamente* penhorado.

¹³⁷ Correta, portanto, a decisão: TJDFT, Agravo de Instrumento nº. 20020020032877AGI, Relator Carmelita Brasil, 2ª Turma Cível, j. 24/10/2002. Incorreta, porque exigindo caução: TJDFT, Agravo Regimental em Apelação Cível 4560097, Relator HAYDEVALDA SAMPAIO, 4ª Turma Cível, j. 06/10/1997.

¹³⁸ Contra, embora sem apreciar o argumento de que a hipoteca judiciária gera direito de preferência: TJPR, Agravo de Instrumento nº. 177.771-5, 9ª Câmara Cível, Rubens Oliveira Fontoura, j. 29.09.2005.

¹³⁹ Contra, mas na vigência do artigo 824 do CC1916, que excluía expressamente o direito de preferência, TJRS, Apelação Cível Nº 590077715, Quinta Câmara Cível, Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 25/04/1991.

alienação do imóvel, o devedor pode falir, cair em insolvência, entrar em liquidação extrajudicial, ou pedir recuperação judicial. CINTRA manifesta-se em sentido contrário¹⁴⁰, apesar de reconhecer que a ausência de exclusão expressa confira à hipoteca judiciária direito de preferência. Entretanto, a hipoteca judiciária registrada dispensa o registro da penhora, porque perdura após a penhora, nos termos do artigo 849, VII, CC.¹⁴¹

(D) Hipoteca Judiciária e antecipação de tutela

A hipoteca judiciária também não representa antecipação de tutela.^{142 143}

A antecipação de tutela autoriza o exercício, potencialmente provisório e antecipado (antes da decisão final), do próprio direito postulado. A hipoteca judiciária é direito (acessório) distinto do direito de crédito (principal) objeto de pleito judicial, quer em tutela final, quer em tutela antecipada. Trata-se de coisas absolutamente distintas.

Bem por isso a hipoteca judiciária não está sujeita às normas referentes à antecipação de tutela, sendo outros os seus requisitos, que não se confundem com a plausibilidade do direito invocado, o *periculum in mora* e a verossimilhança das alegações fáticas (artigo 273 do CPC). Não se pode, portanto, indeferir requerimento de constituição de hipoteca judiciária sob argumento de ausência de requisitos de antecipação de tutela, como, por exemplo, a notória solvabilidade do devedor.

(E) Hipoteca judiciária e hipoteca legal

A doutrina, via de regra, divide as hipotecas em legais e convencionais. Como os nomes revelam, as hipotecas legais são aquelas decorrentes da lei,

¹⁴⁰ “Mas, parece claro que, feita a penhora, bem como seu registro, nos termos do § 4º do artigo 659 do Código de Processo Civil, não há mais lugar para a especialização e registro da hipoteca judiciária que, nesse caso, ficaria sem função no processo” (ob. cit., p. 305). *Data venia* ao ilustre professor, a função da hipoteca, nesse caso, seria garantir a condição de credor com direito real no caso de concurso especial de credores.

¹⁴¹ CINTRA, ob. cit., p. 305-306.

¹⁴² MARÇAL JUSTEN FILHO, EDUARDO TALAMINI E EGON BOCKMANN MOREIRA, ob. cit., p. 124.

ao passo que as hipotecas convencionais são aquelas que se constituem mediante acordo de vontade, que, no direito brasileiro, devem ser reduzidas a termo em instrumento público.

Os defensores dessa divisão afirmam que a hipoteca judiciária é uma espécie de hipoteca legal.¹⁴⁴

Parte da doutrina¹⁴⁵, entretanto, entende, acertadamente, que a hipoteca judiciária constitui um terceiro tipo de hipoteca.¹⁴⁶ A convencional nasce da vontade das partes. A legal e a judiciária nascem da lei, mas os fatos jurídicos que lhe dão causa são diferentes.

O legislador escolhe determinadas relações jurídicas para atribuir a uma das partes o direito de hipoteca (legal) em garantia de seu direito. Via de regra, a escolha é motivada na situação de fragilidade de uma parte perante a outra. Perceba-se que, nesses casos, os direitos garantidos não passaram pelo crivo jurisdicional mediante contraditório. Diferentemente disso, no caso da hipoteca judiciária, o legislador escolhe atribuir às decisões jurisdicionais de reconhecimento de obrigações, independentemente da natureza da relação jurídica debatida, a garantia da hipoteca judiciária. Nesse caso, a escolha é motivada pelo interesse público na efetividade do processo e o direito garantido já passou pelo crivo jurisdicional mediante contraditório.

Essas diferenças entre hipoteca legal e judiciária são de suma relevância para concluir pela desnecessidade de que a especialização e a inscrição da hipoteca no registro imobiliário seja feita pela via do procedimento estabelecido no artigo 1.205 a 1.210 do CPC, devendo a especialização ocorrer pela via da indicação, pelo credor,

¹⁴³ Contra, entendendo que se trata de antecipação da tutela executiva: TJGO, Agravo de Instrumento 35147-9/180, 2ª Câmara Cível, Gilberto Marques Filho, j. 13.04.2004.

¹⁴⁴ ANTONIO CLAUDIO DA COSTA MACHADO, ob. cit., p. 799.

¹⁴⁵ Segundo LAFAYETTE: *“Esta hipoteca denominada judiciária ou judicial resulta direta e imediatamente da sentença, é um corolário dela, como as hipotecas legais o são dos atos ou fatos que lhes servem de causas. Há, pois, uma perfeita analogia entre a hipoteca judicial e as legais no ponto de vista da sua geração, mas como divergem quanto aos efeitos, a lei separa uma de outras e da judiciária faz uma espécie distinta”* (ob. cit., p. 508).

¹⁴⁶ Corretamente, o item 1, a, 2, do TOMO II, das normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo estabelece que serão registradas no Livro 2 dos Cartórios de Registro de Imóveis as hipotecas convencionais, judiciais e legais, estabelecendo nítida distinção entre os 3 (três) tipos de hipoteca, repetindo, aliás, a mesma distinção estabelecida pelo artigo 167, I, 2 da LRP.

nos próprios autos do processo em que a decisão foi produzida, de determinado bem imóvel, determinando o juiz, após o indispensável contraditório.

VII – REQUISITOS

(A) Decisão jurisdicional decorrente de juízo exauriente

A hipoteca judiciária visa garantir a satisfação de crédito reconhecido por decisão jurisdicional proferida após a observância do devido processo constitucional. Isso significa que nenhuma outra decisão que não seja jurisdicional, ou seja, que não advenha de órgão competente para dizer o direito em caráter definitivo, não gera direito real de hipoteca.¹⁴⁷

Dois aspectos são, portanto, relevantes: a competência do órgão que profere a decisão e o caráter definitivo da decisão.

Somente os créditos reconhecidos por órgão com competência jurisdicional e de por decisão que possa transitar materialmente em julgado podem ser garantidos por hipoteca.¹⁴⁸ O reconhecimento do crédito feito nessas condições é o que atrai o interesse público que justifica diferenciar esse credor dos demais, conferindo-lhe a garantia e o privilégio em detrimento de outros.

Como, no Brasil, vigora o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, nenhuma decisão administrativa tem *status* para gerar hipoteca judiciária.¹⁴⁹ Do mesmo modo, decisões (mesmo de caráter jurisdicional) que não possam transitar materialmente em julgado também não geram hipoteca judiciária.

¹⁴⁷ Utilizando como exemplo a sentença arbitral: “*L’espressa estensione dell’ipoteca giudiziale al lodo degli a necessaria, posto che esso non è una sentenza, cioè un atto de giudiziaria; e l’estensione è anche oportuna, perché v’è ragione*” (GINO GORLA e PIETRO ZANELLI, ob. cit., p. 289).

¹⁴⁸ Poderia a lei atribuir hipoteca judiciária ao crédito cujo pagamento fosse ordenado em ação monitória (como se faz na Itália), ou a qualquer crédito reclamado em juízo (como se fez, outrora, em Portugal), mas fato é que, no Brasil, segundo a legislação atual, a hipoteca judiciária é atribuída ao crédito que tenha sido reconhecido em juízo por decisão que possa transitar materialmente em julgado, o que, no nosso sentir, está em consonância com a razão de ser do instituto.

¹⁴⁹ As decisões dos Tribunais de Contas, assim como de qualquer órgão do Poder Executivo, ou de pessoa jurídica de Direito Público, não geram hipoteca. No sentido de que decisões dos Tribunais de Contas geram hipoteca judiciária, MARIA HELENA DINIZ (ob. cit., p. 558), provavelmente inspirada em texto de CLÓVIS BEVILÁQUA escrito sob a vigência da Constituição de 1937: “*É a sentença proferida por tribunal judiciário, que é capaz de produzir hipoteca; Dídimo da Veiga opina que a sentença condenatória do Tribunal de Contas, por ser equiparada à dos tribunais judiciários, também fundamenta hipoteca. Lacerda de Almeida dá-lhe razão. Realmente assim deve ser com as sentenças proferidas em matéria contenciosa*” (ob. cit., p. 14).

(B) Reconhecimento de obrigação, mesmo sem preceito condenatório

Desde as Ordenações Manuelinas e Filipinas, a hipoteca judiciária sempre decorreu de sentença condenatória, excluindo-se, por via de consequência, as sentenças meramente declaratórias ou constitutivas.

Assim também dispunha o Código de Processo Civil de 1939, à luz do qual LAFAYETTE mencionava: “*Nem toda a sentença produz a hipoteca judiciária; produzem-na tão-somente as que condenam a parte a cumprir uma obrigação*”.¹⁵⁰

Considerando isoladamente o texto do artigo 466 do CPC, a afirmação também se afigurava correta. O dispositivo é claro ao mencionar que vale como título constitutivo de hipoteca: “*a sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação*”. E assim se manifesta a doutrina unanimemente.

Entretanto, a Lei 11.232/2005 atribuiu às sentenças que simplesmente reconheçam obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia a qualidade de título executivo judicial, pela inserção do artigo 475-N, I, no Código de Processo Civil, com o seguinte texto: “*Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; (...)*”.

Diante disso, parte da doutrina posicionou-se no sentido de que, a partir da alteração, a sentença que reconheça obrigação de pagar, fazer, não fazer, ou dar pode ser executada, ainda que não se tenha pedido na petição inicial, nem se tenha outorgado na sentença, tutela condenatória. Defendem essa posição, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁵¹ e ERNANE FIDÉLIS¹⁵².

¹⁵⁰ Ob. cit., p. 511.

¹⁵¹ “*Com a reforma do CPC realizada pela Lei nº 11.232/2005, o título executivo judicial não é mais apenas a sentença condenatória. Qualquer modalidade de sentença pode assumir força executiva, bastando que contenha o reconhecimento da existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia (art. 475-N, inc. I). Diante disso, a hipoteca judiciária não mais depende de uma sentença tipicamente condenatória. Poderá ser deferida, também, com base em sentenças declaratórias ou constitutivas, sempre que nelas se der o acerto da existência de obrigação cuja prestação seja a entrega de coisa ou o pagamento de soma de dinheiro*” (Curso, ob. cit., p. 521-522).

TEORI ALBINO ZAVASCKI¹⁵³ e ARAKEN DE ASSIS¹⁵⁴

manifestaram-se no sentido de que o artigo 475-N, I, do CPC, nada alterou porque a simples ausência de “condenação” não impediria a executividade de sentença que reconhecesse as obrigações.

De outro lado, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁵⁵

posicionou-se no sentido de que, mesmo com a redação do mencionado dispositivo, a sentença que simplesmente reconheça obrigação, sem, entretanto, imprimir efeito condenatório, não é título executivo.

Filiamo-nos ao entendimento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e ERNANE FIDÉLIS, a menos que a inconstitucionalidade do dispositivo por

¹⁵² “No projeto original o primeiro título judicial definido era a sentença condenatória proferida no processo civil. Por emenda do Senado, tomou a redação atual, que tem consequências práticas de alta importância. As sentenças, na antiga classificação ternária, seriam tradicionalmente declaratórias, constitutivas ou condenatórias. (...). Em princípio, a sentença que comportava execução e constitui, portanto, título executivo, no cível, era a condenatória, já que esta impunha cumprimento de obrigação ao condenado. (...). Pode a declaratória ser a via escolhida pelo credor (art. 4º, I) ainda quando seja possível a condenação. Sempre foi de bom entendimento, porém, que, não faltando na declaração o requisito da exigibilidade, poderia a sentença constituir título executivo, inclusive liquidável, se fosse o caso. Alhures, lembrava bem Ovídio A. Batista da Silva que não seria pela simples omissão da expressão condeno que faltaria executividade ao título, quando evidentes seus requisitos para a pronta execução do direito. As declaratórias foram excluídas da classificação geral das sentenças, mas, reconhecendo-se que a executividade provém do título em si e não da natureza do pronunciamento, a emenda veio em muito boa hora. Evidente que haverá sentenças declaratórias e mesmo constitutivas que não ensejarão qualquer execução, como a declaração de paternidade ou a de simples anulação de negócio jurídico, sem reconhecimento de qualquer obrigação de fazer ou não fazer, de entregar ou pagar quantia, mas, ainda que o autor afirme que pretende apenas declaração, o reconhecimento da existência da obrigação fará nascer o título executivo e, se for a hipótese, ensinará a liquidação da sentença” (As reformas de 2005, ob. cit., p. 28-30).

¹⁵³ Ob. cit., p. 195.

¹⁵⁴ Ob. cit., p. 234-20.

¹⁵⁵ “A extensão da eficácia executiva à sentença meramente declaratória constituía proposta doutrinária aventada ainda antes do advento da nova lei (Teori Albino Zavascki) mas choca-se com tradição solidamente arraigada na tradição brasileira, com os modelos histórica e internacionalmente aceitos no mundo jurídico-processual de raízes romano-germânicas e, sobretudo, com o próprio sistema do Código de Processo Civil como um todo. A eliminação da diferença entre a eficácia da sentença condenatória e da meramente declaratória deixaria sem significado racional o art. 4º, par. desse estatuto, onde se estabelece clara distinção entre os dois pólos do binômio declaração-condenação. Se a lei oferece a possibilidade de propor a ação meramente declaratória quando a situação estiver madura para a condenatória (interesse de agir – art. 4º, par., autorizando a opção do autor, não haveria como explicar que, havendo ele feito sua opção, ainda assim a sentença que pediu (meramente declaratória) terá a mesma eficácia daquela que preferiu não pedir (condenatória). Tudo se soma, pois, como fatores pelos quais ainda é imperioso entender que o título executivo continua sendo somente a sentença condenatória proferida no processo civil. Além disso, o Código de Processo Civil sempre empregou e mesmo depois das Reformas continua a empregar em dezenas de dispositivos o vocábulo condenação, o verbo condenar e o adjetivo condenatório, donde se vê que a limitação da executividade a essa espécie de sentenças integra o sistema como um todo, não se legitimando interpretações destoantes deste” (Instituições, v. IV, p. 246-248).

ofensa ao artigo 64 da CF venha a ser confirmada, como defende DINAMARCO¹⁵⁶. Esse posicionamento decorre de interpretação meramente literal ou gramatical, mas afigura-se realmente descabido considerar que a falta de pedido de “condenação” ou a falta da expressão “condeno” na sentença torne a decisão inexecutível, precisando o autor mover outra demanda com o fim de que se agregue à tutela declaratória a tutela condenatória, autorizando, enfim, a execução da decisão.¹⁵⁷

Adotando-se esse entendimento, é forçoso admitir que a hipoteca judiciária seja formada não apenas por “decisão condenatória”, mas por decisão que simplesmente “reconheça” obrigação de pagar, dar, fazer ou não fazer, a despeito de o artigo 466 do CPC mencionar a valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária a “sentença que condenar”. Há de haver congruência no sistema. Se se concordar com a premissa de que a decisão de reconhecimento de obrigações autoriza a execução, então há que se entender que também constitui hipoteca judiciária.

Acrescente-se, ainda, que a hipoteca judiciária deve ser constituída para garantia de todas as obrigações reconhecidas na decisão, inclusive as despesas processuais e os honorários advocatícios, porque elas também fazer parte do objeto do processo e da decisão final^{158 159}.

Não é, entretanto, toda e qualquer decisão declaratória ou constitutiva que autoriza a hipoteca judiciária. É preciso que se declare ou constitua uma obrigação, ainda que sem o preceito condenatório. Não há mesmo lógica em atribuir hipoteca judiciária às decisões declaratórias ou constitutivas que não reconheçam obrigação. Veja-se, como exemplo, que o cumprimento de decisão declaratória de nulidade ou de anulação de determinado ato jurídico não depende da excussão de bens. Não sendo necessário excutir bens para cumprir a decisão judicial, não há motivo para considerar que decisões que sem reconhecimento de obrigação possa constituir hipoteca judiciária.

¹⁵⁶ DINAMARCO defende (ob. cit., p. 247) que o artigo 475-N, I, do CPC, seria inconstitucional por ofensa ao artigo 65 da Constituição Federal, porque sua redação originalmente feita na Câmara dos Deputados (que continha a expressão “*sentença condenatória*” teria sido alterada pelo Senado (com o texto atual) sem posterior aprovação pela Câmara dos Deputados, ao contrário do que exige o mencionado dispositivo constitucional. No mesmo sentido, WAMBIER e TALAMINI (ob. cit., p. 555).

¹⁵⁷ Não se nega que o autor poderá requerer apenas a tutela declaratória e com isso se dar por satisfeito. Em não querendo a execução, basta que não a inicie.

¹⁵⁸ Assim também no direito italiano: FRASCA e ROSELLI, ob. cit., p. 1.100.

O caráter distintivo da decisão que gera a hipoteca judiciária é a cognição exauriente do julgador mediante a qual a decisão é proferida. É preciso que o julgador, dotado de competência legal para processar e julgar o pedido, faça juízo sobre as alegações de fato e, à luz daquelas cuja veracidade tiver sido demonstrada, aplique as normas pertinentes para concluir pela existência ou inexistência de obrigação. É a cognição exauriente que empresta certeza à existência da obrigação¹⁶⁰ e que confere à decisão o *status* suficiente para que o credor tem preferência na excussão do bem hipotecado em detrimento de outros credores.

Justamente por isso, certas decisões jurisdicionais, embora gerem títulos executivos judiciais, não geram hipoteca judiciária, justamente porque não são constituídos mediante cognição exauriente e potencialmente definitiva das obrigações neles contidas. São exemplos disso a sentença meramente homologatória de transação (artigo 475-N, III, CPC), a transação extrajudicial homologada judicialmente (artigo 475-N, V, CPC) e o formal de partilha (artigo 475-N, VII, CPC), assim como as sentenças proferidas em jurisdição voluntária.¹⁶¹

(C) Obrigação de pagar, dar, fazer e não fazer

A interpretação literal do artigo 466 do CPC conduz à conclusão de que somente decisões que reconheçam obrigação de pagar ou de dar dão ensejo à hipoteca judiciária. O texto da lei, de fato, é claro: “*a sentença que condenar o réu no pagamento de prestação consistente em dinheiro ou coisa*”. Esse é o entendimento de MARÇAL JUSTEN FILHO ET ALL¹⁶² e de ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO¹⁶³.

¹⁵⁹ Contra, entendo incabível para garantia de honorários advocatícios: TJRS, Apelação Cível Nº 70006732879, Décima Segunda Câmara Cível, Relator Agathe Elsa Schmidt da Silva, j. 01/07/2004.

¹⁶⁰ “*Il fondamento è da ricercare nel fatto che, una volta accertata giudizialmente l'esistenza del credito – che viene, quindi ad avere un aspetto dicertezza (relativa, in quanto non occorre che la sentenza sia passata in giudicato) –, è giusto che il legislatore accordi al creditore diligente la possibilità di ottenere una tutela preferenziale del proprio credito*” (RAVAZZONI, ob. cit., p. 239).

¹⁶¹ TITO FULGÊNCIO, ob. cit., p. 220, item 7. Idem, AMILCAR DE CASTRO, ob. cit., p. 85.

¹⁶² MARÇAL JUSTEN FILHO ET ALLI, ob. cit., p. 121.

¹⁶³ “*Como deixa claro o texto, a hipoteca judiciária é efeito secundário apenas da sentença condenatória em obrigação de dar pecúnia ou coisa (em relação à entrega de coisa, a sentença não é mais considerada condenatória, mas mandamental – v. art. 461-A) e nunca da sentença mandamental para cumprimento de obrigação de fazer, ou não fazer, ou da sentença constitutiva ou meramente declaratória*” (ob. cit., p. 799).

Se a obrigação é de pagar (entregar pecúnia), não há dúvida acerca do cabimento da hipoteca judiciária. O bem hipotecado pode ser leilado, satisfazendo-se o credor (total ou parcialmente) com o produto da venda.

Se a obrigação é de dar coisa certa ou incerta, a execução estará protegida pelas tutelas específicas previstas no artigo 461-A do CPC (e, por remissão, no artigo 461 do mesmo código), conforme determina o artigo 475-I do CPC. Caso, entretanto, a coisa não seja entregue, a obrigação converter-se-á em obrigação de indenizar perdas e danos (ou seja, de pagar), hipótese em que, pela excussão do bem hipotecado, o credor pode satisfazer-se. A lei, entretanto, não exige que a obrigação de dar seja previamente convertida em obrigação de pagar, no que está absolutamente correta, porque não há motivo para tratar desigualmente os credores de obrigações de dar, privando-lhes do benefício da hipoteca judiciária apenas porque a obrigação ainda não foi (embora possa vir a ser) convertida em indenização por perdas e danos.

Apesar de não constar da lei, parte da doutrina defende a tese de que a decisão de reconhecimento de obrigação de fazer ou não-fazer também gera hipoteca judiciária. Essa é a opinião de EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO¹⁶⁴ e também de TITO FULGÊNCIO¹⁶⁵. A extensão se faz por analogia e em atenção ao princípio da igualdade. Afinal, se a obrigação de fazer ou de não fazer também pode ser convertida em obrigação de indenizar, como ocorre com a obrigação de dar, não há motivo para tolher o credor da primeira de algo que é garantido para o credor da segunda.

Embora o artigo 466 do CPC contemple especificamente as obrigações de pagar e de dar, a possibilidade de o descumprimento de fazer ou não-fazer converter-se em indenização por perdas e danos (a exemplo do que ocorre com a obrigação de dar), justifica a assertiva de que a decisão que contiver esses tipos de obrigação também

¹⁶⁴ “Melhor exegese da oração ‘condenar o réu no pagamento de uma prestação consistente em dinheiro’ é a que nela reputa incluída esta alternativa ‘consistente em dinheiro’, ou ‘que em dinheiro possa converter-se’ (vindo então a nele consistir) o que abrange igualmente as obrigações de fazer ou não fazer” (ob. cit., p. 13).

¹⁶⁵ “Nada influi a natureza dessa obrigação, seja de dar, seja de fazer ou não fazer; basta que tenha o germe da decisão; inexecutada, converte-se na indenização de danos, que tem na hipoteca a sua garantia” (ob. cit., p. 220).

constitui título de hipoteca judiciária. LAFAYETTE defendeu essa tese na vigência do CPC de 1939.¹⁶⁶

O direito português vigente optou por admitir a hipoteca judiciária apenas quando a obrigação de dar coisa, fazer ou não fazer é convertida em obrigação de pagar indenização por perdas e danos.¹⁶⁷ Noutras palavras, restringiu a hipoteca judiciária à obrigação de pagar, obstáculo que, entretanto, não se justifica e é contrária à celeridade com a qual a hipoteca judiciária deve ser tratada (tendo em vista seu objetivo primordial de garantir a efetividade do processo). Se a obrigação de dar, fazer ou não fazer pode converter-se em indenização por perdas e danos, não há motivo para postergar a hipoteca judiciária apenas para depois de a conversão ser efetuada. Mais adequado é permitir a hipoteca judiciária e, depois, converter a obrigação em indenização para que, futuramente, o bem hipotecado possa ser executado ou adjudicado em pagamento da dívida.

FREDIE DIDIER JÚNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA interpretam o direito brasileiro no sentido da opção do direito português, condicionando a hipoteca judiciária em garantia de obrigação de dar, fazer ou não fazer à prévia conversão em obrigação de pagar, sob o argumento de que nosso sistema processual prefere a tutela específica das obrigações de dar, fazer ou não fazer.¹⁶⁸

¹⁶⁶ “Mas, eis que a sentença condena a uma obrigação, a hipoteca se gera, quer a obrigação seja de dar (dandi), quer de fazer ou não fazer (faciendi aut non faciendi). Se a obrigação é de dar dinheiro, cessa toda a dívida. Se é de entregar coisa, e a coisa não pode ser entregue por dolo ou culpa do condenado, resolve-se a obrigação na de indenizar o valor. Se é de fazer ou ao fazer, e a parte não quer executá-la, converte-se igualmente na de perdas e danos” (ob. cit., p. 512).

¹⁶⁷ É o que consta do item 3 do artigo 710 do Código Civil Português: “Se o devedor for condenado a entregar uma coisa ou a prestar um facto, só pode ser registada a hipoteca havendo conversão da prestação numa indemnização pecuniária”.

¹⁶⁸ “E a própria legislação processual, no intuito de garantir efetividade a essa mudança de paradigma, investiu o magistrado do poder geral de efetivação, por meio do qual ele pode lançar mão, no caso concreto, de medidas executivas hábeis à satisfação do direito de prestação reconhecido ao credor. Diante do momento histórico por que hoje passamos, parece que a interpretação do art. 466 do CPC deve ser mais restritiva, a hipoteca judiciária é efeito anexo da decisão que certifica um direito ao pagamento de quantia, e só. (...). Se, no entanto, as obrigações de fazer, não-fazer e de dar coisa vierem a ser convertidas em pecúnia, seja por requerimento do credor, seja por impossibilidade material de seu cumprimento na forma específica (art. 461, § 1º, do CPC), aí sim é que se poderá falar em hipoteca judiciária como efeito anexo da decisão que resolver o incidente de liquidação, que necessariamente vai ter que ser instaurado para apuração de perdas e danos. Em outras palavras, a decisão que impõe fazer, não-fazer ou dar coisa, a nosso ver, não gera a hipoteca judiciária. Entretanto, se a obrigação imposta for convertida em perdas e danos, a decisão que, encerrando incidente de liquidação, certificar o montante a ser pago (quantum debeatur) impõe obrigação de pagar quantia. Sendo assim, por determinação do art. 466 do CPC, ela produz a hipoteca judiciária” (ob cit., p. 336-338).

Não há dúvida da preferência do sistema para a tutela específica de obrigações dessa natureza, mas esse simples fato não autoriza postergar a garantia do credor dessas obrigações à futura e eventual conversão em obrigação de pagar. Garante-se a obrigação pela hipoteca judiciária desde a decisão, ainda que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo, e, depois, caso cumprida pela via da tutela específica, levanta-se a hipoteca.

Nesse caso, a hipoteca judiciária servirá como mais um instrumento legítimo de garantia de que o processo terá resultados, podendo o credor exigir, em primeiro lugar, a tutela específica para o exercício de seu direito (artigo 475-I, primeira parte, do CPC), e, posteriormente, caso não logre êxito por esta via, peça a conversão de seu direito em indenização por perdas e danos, excutindo o bem hipotecado para satisfazer seu crédito.

Caso a tutela específica reste exitosa, a hipoteca extinguir-se-á, normalmente, pela simples razão de a obrigação garantida ter sido cumprida, como pode ocorrer no caso de cumprimento voluntário da obrigação, ainda que garantida por hipoteca judiciária.

Não se revela razoável tolher do credor de obrigação de dar, fazer ou não fazer dos direitos de seqüela e de preferência (inerentes à hipoteca judiciária), forçando-o a requerer a conversão da obrigação em obrigação de pagar (conforme autoriza, mas não impõe, o artigo 461, § 1º, do CPC), sob pena de ficar privado de todos os benefícios da garantia real até decisão de liquidação da obrigação (artigo 475-A a 475-H do CPC).

Além disso, o artigo 1.487 do CC2002 admite que se constitua hipoteca para garantir obrigação condicionada. Se a lei permite a garantia de obrigação que não existe, mas que, sob condição (evento futuro e incerto), possa vir a existir, com mais razão autoriza a garantia de obrigação existente (de dar, fazer ou não fazer), mas que, sob a condição de não ser cumprida, pode converter-se em obrigação de pagar.

Daí porque a decisão que reconhece obrigação de dar, fazer ou não fazer também é título constitutivo de hipoteca judiciária, independentemente de sua conversão em obrigação de pagar.

(D) Obrigação líquida ou ilíquida (“sentença genérica”)

Escrevendo sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, LAFAYETTE entendia que a sentença condenatória em obrigação ilíquida só poderia gerar hipoteca judiciária após prévia liquidação.¹⁶⁹

Contudo, o texto do artigo 466 do CPC atual, autoriza expressamente a hipoteca judiciária ainda que a sentença seja genérica, ou – com mais apuro técnico – ainda que reconheça obrigação ilíquida.

Diante do texto expresso da lei e considerando a autorização do artigo 286 do CPC para que se formule pedido genérico (isto é, pedido que contenha obrigação ilíquida), a hipoteca judiciária deve ser constituída ainda que a obrigação a ser garantida seja ilíquida.¹⁷⁰ Deve-se, entretanto, perquirir a respeito do valor do crédito a ser garantido, o que reverbera na escolha do bem a ser hipotecado.

Parte da doutrina entende que se deve levar em consideração o valor da causa¹⁷¹.

A outra parte da doutrina entende que deve ser feita uma estimativa do valor da obrigação, a qual, obviamente, deverá levar em consideração o que foi decidido na decisão que autoriza a hipoteca judiciária, porque o acessório deve limitar-se à garantia do principal.¹⁷²

¹⁶⁹ Ob. cit., 514.

¹⁷⁰ TJDFT, Apelação Cível 4562497, Relator SÉRGIO BITTENCOURT, 2ª Turma Cível, j. 20/10/1997. Contra: TJRJ, Apelação 2007.001.48251, 15ª Câmara Cível, Relator Ricardo Rodrigues Cardozo, j. 30/10/2007.

¹⁷¹ ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO (ob. cit., p. 484), SCARPINELA (ob. cit., p. 1.482) e MOACYR AMARAL SANTOS (ob. cit., p. 453).

¹⁷² Nesse sentido, TUCCI: “O juiz avaliará, com seu prudente arbítrio, os valores estimados pelo postulante, recorrendo a peritos, se necessário, mas sempre tendo em vista a necessidade de acelerar a inscrição da hipoteca” (ob. cit., p. 72), e também EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO: “No caso de condenação genérica será necessário proceder a uma estimativa da responsabilidade, para delimitar a parcela de bens a ser afetada, o que pode solucionar o problema, eventualmente recorrendo ao ‘auxílio de perito’, como

De fato, considerando que a finalidade da hipoteca é garantir a satisfação do crédito, o mais adequado é estimar o valor das obrigações ilíquidas ao requerer a especialização e o registro da hipoteca judiciária, devendo o juiz decidir a respeito dessa estimativa, recorrendo a perito, se necessário. Deferir a hipoteca judiciária à luz do valor da causa gera distorções. Em primeiro lugar, nem sempre o valor da causa corresponde ao conteúdo econômico dos pedidos. Em segundo lugar, mesmo que o valor da causa guarde essa correspondência, é preciso analisar, à época da constituição da garantia, quais obrigações foram reconhecidas (dentre as diversas que podem ter sido objeto dos pedidos) e o valor econômico atualizado de cada uma delas. Daí a estimativa do valor da obrigação, mediante o saudável contraditório, ser o meio correto de determinação do valor do bem que deverá ser hipotecado.

(E) Contraditório prévio

O artigo 466 do CPC não exige, mas o contraditório é imposto pelo artigo 5º, LIV, da CF. O contraditório é tão importante no processo civil que sua ausência gera invalidade do processo e da decisão nele proferida.

Pode-se discutir se o mais adequado, no caso da hipoteca judiciária, é o contraditório prévio, ou o diferido. Em termos mais claros: requerida a especialização da hipoteca, o juiz deve deferi-la (se, evidentemente, preenchidos os requisitos legais), podendo o devedor exercer o contraditório pela via do recurso contra a decisão, ou o juiz deve intimar previamente o devedor para que se manifeste sobre o requerimento de especialização, concedendo-lhe, inclusive, a oportunidade de defender a ausência de algum requisito legal, ou de oferecer outro bem para ser hipotecado, ou de indicar até outra garantia (caução real ou fidejussória) com a qual o credor concorde (como, por exemplo, o depósito judicial do valor do crédito)?

A garantia constitucional do contraditório significa que ambas as partes devem cooperar com a produção da decisão judicial¹⁷³. A regra é de que o

dispõe o artigo 261, caput, para encontrar o valor da causa (invocável por analogia). Mas deve agir expeditamente, insista-se” (ob. cit., p. 16-17).

¹⁷³ A respeito da necessária oportunidade de se manifestar antes da decisão, mesmo que ao juiz cumpra saber o direito, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, escreveu: “O diálogo judicial torna-se, no fundo,

requerente apresente a “tese”, o requerido a “antítese” e o juiz, pela decisão, a “síntese”. No processo civil, a decisão sem a oitiva da parte requerida é excepcional. Mesmo no caso de tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), só se admite a decisão *inaudita altera par* no caso de a intimação do requerido poder frustrar a efetividade da tutela. Isso não ocorre no caso da hipoteca judiciária¹⁷⁴.

As diferentes manifestações possíveis ao devedor aliadas à gravidade do ônus hipotecário e à ausência de perigo de dano grave ao credor impõem que o contraditório ocorra antes da produção da decisão. O entendimento de que a hipoteca judiciária só poderia ser constituída após a oitiva do devedor foi defendido, pioneiramente, por CRUZ E TUCCI¹⁷⁵. Segundo o professor, se o CPC exige a prévia manifestação do devedor para a penhora de um bem, no caso da hipoteca judiciária, que visa, igualmente, a satisfação do crédito, não poderia ser diferente. Posteriormente, a tese foi acolhida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, com expressa referência ao doutrinador¹⁷⁶, e reverberou nos Tribunais Estaduais^{177 178}.

Assim, embora o direito à constituição da hipoteca resulte da lei no exato momento em que ela é registrada em cartório, a decisão que defere sua especialização e seu registro deve ser precedida, necessariamente, da prévia intimação do devedor para que se manifeste sobre o pleito do credor. A ausência de prévia intimação do

dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra iura novit curia reduzem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito à justiça da causa” (ob. cit., p. 143).

¹⁷⁴ Dificilmente o devedor conseguiria transferir (por venda, doação, integralização de capital, dação em pagamento, etc.) o direito real de propriedade sobre um imóvel no prazo de 5 (cinco) dias para manifestação (artigo 185 do CPC). Mesmo que o fizesse, cometeria fraude contra credor se não deixasse outros bens disponíveis para satisfação da dívida.

¹⁷⁵ A lição é a seguinte: “*Realmente, se para a constituição da penhora – objetivando, igualmente, a garantir a efetividade futura de provimento condenatório – o devedor se manifesta a cada momento (arts. 652, 654, 655, 668, 669), não pode restar dúvida de que, para a hipoteca em apreço, o devedor também necessita ser ouvido!!!*” (Hipoteca judiciária, ob. cit., p. 159).

¹⁷⁶ “*PROCESSO CIVIL. HIPOTECA JUDICIÁRIA. EXIGÊNCIA DO CONTRADITÓRIO. Não obstante seja um efeito da sentença condenatória, a hipoteca judiciária não pode ser constituída unilateralmente; o devedor deve ser ouvido previamente a respeito do pedido. Recurso especial conhecido e provido*”. (STJ, REsp 439.648/PR, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 16.11.2006, DJ 04.12.2006, p. 294)

¹⁷⁷ TJGO, Agravo de Instrumento nº. 80.887-7/180, 3ª Câmara Cível, Relator Stenka I. Neto, j. 16.03.2010; TJPR, 17ª C. Cível, AI 0644675-7, Relator Paulo Roberto Hapner, j. 01.09.2010; TJSP, Agravo de Instrumento 990101204576, 34ª Câmara de Direito Privado, Relator Nestor Duarte, j. 05.07.2010.

¹⁷⁸ Contra: TJSP, Agravo de Instrumento 990103296737, Relator Rosa Maria de Andrade Nery, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 18.10.2010.

devedor invalida a decisão que deferir a constituição da hipoteca, devendo ser anulada e substituída por outra após o exercício, pelo devedor, do direito ao contraditório.^{179 180}

Pelo mesmo fundamento, o credor também tem direito ao contraditório prévio nas hipóteses de o devedor pedir a substituição da hipoteca (ou do bem hipotecado) ou o cancelamento da hipoteca. Não pode o juiz substituir a hipoteca por outra garantia, substituir o bem hipotecado, nem mesmo cancelar a hipoteca, sem que, antes, seja dada ao credor a oportunidade de se participar da produção da decisão.

(F) Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não está expressamente previsto na CF, mas é amplamente utilizado, especialmente no âmbito do Direito Administrativo, especialmente no controle da legalidade dos atos administrativos e legislativos. Pode-se invocar o devido processo constitucional (artigo 5º, LIV, CF), a legalidade (artigo 5º, II, CF) e a não exclusão de princípios implícitos (artigo 5º, § 2º, da CF) para defender sua aplicação no controle da legalidade dos atos jurisdicionais¹⁸¹. A doutrina tem sido profícua nesse sentido¹⁸², especialmente no âmbito da tutela cautelar, da tutela antecipada e da tutela executiva.

Não cabe, neste trabalho, estudar eventual identidade entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹⁸³, razão pela qual ambos serão usados indistintamente para designar a exigência constitucional de harmonia dos direitos

¹⁷⁹ TJPR, 11ª C.Cível, AC 0643072-2, Relator Vilma Régia Ramos de Rezende, j. 07.07.2010.

¹⁸⁰ Contra, entendendo que o contraditório é exercido por meio do recurso de impugnação da decisão: TJDFT, Apelação Cível 20080020135696AGI, Relator Carmelita Brasil, 2ª Turma Cível, j. 26/11/2008.

¹⁸¹ Nesse sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO ensina: “*Diante disto, abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula*” (ob. cit., p. 65-78).

¹⁸² Cite-se, como exemplo, a Dissertação de Mestrado intitulada “*Devido processo legal e proporcionalidade: aplicações ao direito processual civil*”, escrita por Fabiana Regina Siviero sob a orientação de Paulo Henrique dos Santos Lucon e aprovada pela Universidade de São Paulo em 2007.

¹⁸³ Para tanto, vide LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (ob. cit., p. 23-50). Para o referido doutrinador, o princípio da razoabilidade teria origem em decisão judicial proferida na Inglaterra em 1948 (ob. cit., p. 29),

fundamentais.¹⁸⁴ No caso em apreço, o direito constitucional à tutela efetiva e o direito constitucional à propriedade privada, isto é, a necessidade de que o bem hipotecado garanta a obrigação reconhecida de modo a causar o menor transtorno possível ao devedor.¹⁸⁵ MARÇAL JUSTEN FILHO *ET ALL* invocaram a necessidade de a decisão de especialização da hipoteca judiciária atender ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.¹⁸⁶

A proporcionalidade impõe que entre bens de diversos valores, seja hipotecado aquele cujo valor mais se aproxime do *quantum* devido.¹⁸⁷ Daí a importância de que, em obrigações ilíquidas, a estimativa seja a mais conservadora possível. Entre bens de valores parecidos, deverá ser hipotecado o que tiver sido oferecido pelo devedor, desde que não haja prejuízo na liquidez do bem.

Deve-se ter em mente que o bem hipotecado será penhorado¹⁸⁸ (caso o devedor não cumpra espontaneamente a obrigação) e, posteriormente, executido, de modo que pelo produto da venda, ou pela adjudicação, o crédito seja

ao passo que o princípio da proporcionalidade teria origem no desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, tendo conceitos distintos (ob. cit., p. 30).

¹⁸⁴ Segundo LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, o juízo sobre observância do princípio da proporcionalidade passa, no direito alemão, por três requisitos: (a) adequação, no sentido de a medida ser apta a fomentar os objetivos visados (ob. cit., p. 37), (b) necessidade, no sentido de que a consecução do objetivo não possa ser perseguida por outro ato que limite em menor medida o bem atingido (ob. cit., p. 38), e (c) proporcionalidade em sentido estrito, no sentido da intensidade da restrição do direito fundamental em relação à importância do direito fundamental cuja tutela se promove (ob. cit., p. 40). Aplicando-se os critérios para a hipoteca judiciária, concluímos: (i) que a medida é adequada para fomentar a garantia de que o crédito seja satisfeito e a decisão judicial cumprida, (ii) que o bem deve ter valor que mais se aproxime do crédito e (iii) que se justifica atingir, antecipadamente, o direito de propriedade privada do devedor para satisfazer o crédito inadimplido e reconhecido em juízo.

¹⁸⁵ Como resulta da conjugação, na escolha do bem a ser penhorado na execução, do artigo 612 do CPC (segundo o qual a execução deve ser feita no interesse do credor) com o artigo 620 do CPC (que determina a execução seja feita da maneira menos onerosa possível ao devedor). Nesse sentido: DINAMARCO, *Instituições*, v. IV, ob. cit., p. 361-362.

¹⁸⁶ “O próprio juiz (em princípio independentemente do auxílio de peritos), depois de realizado o contraditório, provisoriamente arbitrará um valor-base unicamente para fins de inscrição da hipoteca. Nessa ponderação concreta o juiz levará em conta os princípios da razoabilidade, da finalidade e da proporcionalidade”. (ob. cit., p. 125).

¹⁸⁷ Nesse sentido: TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70000366005, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 28/09/2000; TJMT, Agravo de Instrumento nº. 12.942/2006, Quinta Câmara Cível, Relator Carlos Alberto Alves da Rocha, j. 12.07.2006; TJGO, Agravo de Instrumento nº. 515619-43.2007.8.09.0000, 2ª Câmara Cível, Relator Jerônimo Pedro Villas Boas, j. 23.02.2010; TJPR, 9ª C. Cível, AI 0565176-7, Relator Rosana Amara Girardi Fachin, j. 07.05.2009; TJMG, Agravo nº 1.0034.05.031788-1/002, 12ª Câmara Cível, Relator Alvimar de Ávila, j. 13.03.2008; TJSP, Agravo de Instrumento 990101792354, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Vito Guglielmi, j. 22/07/2010.

¹⁸⁸ Aliás, a penhora deverá recair preferencialmente sobre o bem hipotecado (artigo 655, § 1º, CPC). Nesse sentido: TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70029717618, Décima Segunda Câmara Cível, Relator Cláudio Baldino Maciel, j. 13/08/2009.

satisfeito. Isso, entretanto, não autoriza que a garantia seja constituída apenas sobre uma fração ideal do bem indivisível. Todo o bem deverá ser hipotecado, independentemente da discrepância entre seu valor e o valor da obrigação garantida. Restringir a garantia a fração ideal do imóvel significaria não garantir, a partir de dado momento, por força da mora e da atualização monetária, a obrigação. Diferente é a hipótese em que o bem é co-titulado pelo devedor e por um terceiro (inclusive seu cônjuge, nos casos em que não responder pela obrigação). Nessa hipótese a garantia não pode ultrapassar a fração de propriedade do devedor, ainda que recaia sobre ela toda.^{189 190}

¹⁸⁹ Sobre a possibilidade de constituir hipoteca convencional sobre fração ideal, já decidiram: TJRJ, processo nº 2007.001.56389, Décima Quinta Câmara Cível, j. 28.05.2008; e TJPR, 6ª Câmara Cível, AI 0616602-3, Relator Marco Antonio de Moraes Leite, j. 06.07.2010.

VIII – OUTROS TÍTULOS DE HIPOTECA JUDICIÁRIA

(A) Sentença de Ação Coletiva

Lembre-se, de antemão, que tanto o artigo 19 da Lei 7.347/1985 como o artigo 90 do CDC determinam que as disposições do CPC devem ser aplicadas às ações coletivas no que não lhes contrariar. Como não há nenhuma disposição que contrarie a aplicação da hipoteca judiciária para as decisões de reconhecimento de obrigações proferidas em ação coletiva, conclui-se pelo seu cabimento também nessa hipótese.

Em princípio, não há alterações em relação às ações individuais. Havendo decisão reconhecendo obrigação, os credores de direitos individuais homogêneos, coletivos *stricto sensu* e difusos também têm direito à hipoteca judiciária para garantia da efetividade do processo. Feriria o princípio da isonomia tolher desses credores tal direito. Líquida a obrigação, a especialização do bem a ser hipotecado deve corresponder ao seu valor.

Ilíquida a obrigação, há de se fazer ressalvas. Como se viu anteriormente, no caso de direito individual, em sendo ilíquida a obrigação, a especialização do bem a ser hipotecado deve levar em consideração uma estimativa do valor econômico da obrigação. Em se tratando de direitos coletivos *lato sensu*, essa estimativa nem sempre é fácil de ser feita.¹⁹¹

No caso de direitos difusos e de direitos coletivos *stricto sensu*, a estimativa do valor econômico da obrigação pode ser feita (embora com a dificuldade inerente à natureza de tais direitos), porque a liquidação da obrigação não depende da habilitação dos co-titulares de tais direitos. Mesmo assim, a definição do valor

¹⁹⁰ Reza o artigo 1.420, § 2º, CC 2002: “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”.

¹⁹¹ Nesse sentido, HUGO NIGRO MAZZILLI: “Como mensurar a destruição de paisagem, a danificação de obra de arte, a extinção de espécie animal ou vegetal? Como calcular a indenização em caso de propaganda enganosa? Como atribuir valor econômico à degradação do habitat do ser humano e dos demais seres?! Como avaliar os danos morais em detrimento da coletividade, pela ofensa ao meio ambiente ou a outros interesses fundamentais?” (ob. cit., p. 500).

da estimativa sempre terá ares de discricionariedade. Nesses casos, a jurisprudência deverá nortear as estimativas, que deverão sempre ser feitas à luz do princípio da proporcionalidade, para que o credor exerça seu direito à garantia sem prejudicar o devedor além do limite do que é efetivamente devido.

Em se tratando de direitos individuais homogêneos, a estimativa do valor econômico das obrigações depende de habilitação dos credores. Como é impossível identificar o número de pessoas que promoverão a liquidação e a execução individual de seus créditos, o que inviabiliza a constituição de hipoteca judiciária. Estimar o valor total das obrigações dentro de parâmetros lógicos é de suma relevância para especializar o bem que vai ser hipotecado, pois, se, de um lado, o credor têm direito à garantia do cumprimento da decisão judicial, de outro o devedor tem o direito a que essa garantia não se estenda sobre bens que valham mais do que o necessário para garantir o cumprimento a obrigação.

Mesmo que alguns titulares de direitos individuais homogêneos habilitem-se no pólo ativo da ação coletiva como litisconsortes, não poderão pleitear a especialização da hipoteca judiciária porque a condenação será sempre genérica, limitando-se a declarar a responsabilidade do devedor (artigo 95 do CDC).

Antes da liquidação, munido apenas de decisão de reconhecimento genérico de responsabilidade (independentemente de sua eficácia ter ou não sido impedida por recurso), nem o credor, nem seu substituto processual, podem especializar a hipoteca judiciária. Apenas após a liquidação (individual ou coletiva – artigo 97 do CDC)¹⁹² o valor econômico de cada direito individual virá a lume, viabilizando a especialização e a constituição da hipoteca judiciária.

Não havendo habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano decorrido o prazo de um ano, a liquidação poderá ser feita pelos substitutos processuais para reverter o resultado ao fundo de defesa de direitos

¹⁹² Mesmo que a liquidação seja coletiva, o resultado final será uma decisão que declare o valor de direitos individuais concretos, e não uma mera estimativa (exceto na hipótese do artigo 100 do CDC), uma vez que a execução coletiva é fundada necessariamente em mais de uma certidão de sentença de liquidação (artigo 98, § 1º, CDC).

difusos (artigo 100 do CDC), o que também autorizará a especialização e a constituição da hipoteca judiciária.

(B) Sentença de Ação Popular

A decisão proferida em ação popular também gera direito a hipoteca judiciária, nos termos dos artigos 7º e 22 da Lei 4.717/65, que determinam a aplicação do CPC no que não contrariar a lei e a natureza da ação. Desse modo, havendo reconhecimento de obrigação, seja de indenizar as perdas e danos, seja de pagar custas, multa e honorários, a hipoteca judiciária poderá ser constituída em favor do ente lesado, quer pelo autor da ação, quer por terceiro, quer pela entidade beneficiada, independentemente da existência de recurso que impeça a eficácia da decisão (artigo 17 da Lei 4.717/65), quer pelo Ministério Público quando estiver legitimado para executá-la (artigo 16 da Lei 4.717/1965).

No julgamento do RMS 9.002/PR¹⁹³, o STJ afastou hipoteca judiciária constituída para garantia de honorários advocatícios a que fora condenado autor de ação popular extinta sem julgamento do mérito por indeferimento da inicial. A decisão fundou-se no argumento principal de o artigo 19 da Lei 4.717/65 condicionar a eficácia da decisão ao duplo grau de jurisdição (o que ainda não havia acontecido naquele caso concreto) e no argumento secundário de que permitir o contrário implicaria desencorajar as pessoas a proteger o erário. Qualificou-se a hipoteca judiciária de “antecipação de atos executórios”, cabível no processo civil comum, mas não na ação popular.

Discorda-se. A hipoteca judiciária não se confunde com antecipação de tutela, nem com atos de execução, como se viu anteriormente. Não há nada que justifique tolher o direito real de garantia do crédito reconhecido por decisão proferida em ação popular, mesmo que se trate do crédito de honorários advocatícios e reembolso de despesas processuais. Pior do que o ônus que recai sobre o imóvel do autor popular que perde a demanda é a obrigação de pagar honorários e despesas processuais, risco que necessariamente corre ao propor a demanda¹⁹⁴. Mesmo que a eficácia da decisão de

¹⁹³ (STJ, RMS 9.002/PR, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 11/03/1999, DJ 07/06/1999, p. 42)

¹⁹⁴ Risco que deve correr, sob pena de a ação popular desvirtuar-se de instrumento de proteção do erário para instrumento de pressão política.

improcedência ou de carência sofra o reexame necessário, a hipoteca judiciária se impõe. Afinal, a hipoteca judiciária deriva da decisão pelo simples fato de a decisão existir, independentemente de sua eficácia ser obstada (por recurso ou reexame necessário).

Em decisão mais recente¹⁹⁵, o STJ reconheceu o direito à hipoteca judiciária para garantia de sentença de procedência proferida em ação popular, apesar de não ter sido discutida, nesse caso, a suposta impossibilidade de constituí-la em razão do efeito impeditivo do recurso interposto contra a sentença.

(C) Ordem inicial de pagamento da Ação Monitória

Tem direito à tutela monitoria o credor de obrigação de pagar dinheiro ou coisa dotado de prova escrita sem eficácia de título executivo (artigo 1.102-A do CPC). Ao deferir a tutela monitoria, o juiz determina que o réu cumpra a obrigação, sob pena de a ordem inicial transformar-se em título executivo judicial (artigo 1.102-B do CPC).

Diante desse quadro, o devedor pode (i) cumprir a obrigação, (ii) não se manifestar ou (iii) apresentar embargos.

Se apresentar embargos, suspenderá a eficácia do título executivo (artigo 1.102-C, *caput*, do CPC) até que os embargos sejam rejeitados (artigo 1.102-C, § 3º, do CPC).

CRUZ E TUCCI defende a tese de que essa ordem inicial tem natureza ontológica de sentença¹⁹⁶, razão pela qual autorizaria a constituição de hipoteca judiciária¹⁹⁷. Está rigorosamente correto, a nosso ver, esse entendimento. A ordem inicial de pagamento é decisão de reconhecimento de obrigação calcada em cognição

¹⁹⁵ STJ, REsp 762.230/SP, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 06/11/2008.

¹⁹⁶ Também nesse sentido: RICARDO DE BARROS LEONEL (ob. cit., p. 133).

¹⁹⁷ “Assim, a despeito de ser catalogado entre as interlocutórias (art. 162, § 2º, CPC), tal provimento se equipara, sob o prisma ontológico, a verdadeira sentença potencialmente condenatória, passando a gozar de eficácia executiva plena e imediata” (Ação Monitoria, ob. cit., p. 91) e “Assim, dada a natureza da decisão que determina a expedição de mandado de pagamento ou de entrega de coisa certa, examinada no item anterior, o autor da ação monitoria, com arrimo no disposto no citado art. 466, pode providenciar no

exauriente¹⁹⁸, capaz, portanto, de transitar em julgado validamente, desde que se dê a oportunidade de exercer o **contraditório** (que, nesse caso, é excepcionalmente, **diferido**, no interesse da rápida solução do litígio resolvível pela tutela monitória). A decisão inicial de ação monitória tem, portanto, dignidade idêntica às sentenças de processos de conhecimento, autorizando agregar ao direito de crédito a garantia real.

A ausência de executóriedade da decisão desde sua emissão até o final do prazo de 15 (quinze) dias de que dispõe o devedor para apresentar embargos, ou até a rejeição dos embargos não impede a constituição da hipoteca judiciária. Tudo se opera como no caso das sentenças de reconhecimento de obrigação lançadas noutros processos mas impugnadas por recurso dotado de efeito suspensivo. Os embargos, como os recursos em geral, podem impedir a executóriedade da decisão, mas afastam o fato de que a decisão existe. A lei outorga o efeito de constituir hipoteca judiciária à simples existência da decisão, independentemente de ela ser ou não exeqüível.

Desnecessária, *data venia*, a antecipação de tutela sugerida por TALAMINI¹⁹⁹ para que, só então, a ordem inicial de pagamento possa gerar hipoteca judiciária. A mera antecipação de tutela é feita mediante cognição perfunctória a respeito da existência da obrigação. Esse é o traço distintivo que não autoriza agregar à obrigação o direito real de garantia. Como a ordem inicial de pagamento da ação monitória já está calcada em juízo exauriente, capaz de transitar em julgado, a certeza quanto à existência da obrigação ganha o grau necessário para justificar que a lei outorgue ao credor, em nome da efetividade do processo, a hipoteca judiciária.

Admitir que a ordem inicial de pagamento da ação monitória gere hipoteca judiciária, impõe pensar na situação do credor cujo crédito esteja consubstanciado em título executivo. Parte da doutrina²⁰⁰, interpretando literalmente o artigo 1.102-A do CPC, julga que, se tiver título executivo, o credor não pode pedir a tutela

registro de imóveis a constituição de hipoteca judiciária sobre bem do devedor” (Ação Monitória, ob. cit., p. 95).

¹⁹⁸ Não é esse o entendimento de DINAMARCO, para quem “*em sua feição brasileira, o mandado monitório não tem qualquer eficácia declaratória do direito do autor, a qual pode ocorrer no processo dos eventuais embargos, que não se confundem com o processo monitório nem são fase deste*” (Instituições, v. III, ob. cit., p. 743-744).

¹⁹⁹ Tutela Monitória, ob. cit., p. 119-120.

²⁰⁰ DINAMARCO, *Instituições*, ob. cit., p. 750; e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 25ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 383).

monitória. Se, entretanto, se permite que o credor com título executivo peça tutela condenatória em processo de conhecimento para obter hipoteca judiciária²⁰¹, é forçoso autorizar que possa pedir tutela monitória com o mesmo objetivo, ainda que a lei mencione a necessidade de prova escrita da dívida *sem eficácia de título executivo*.

Propõe-se interpretar a lei no sentido de que essa exigência é o mínimo. Se a prova escrita da dívida constituir título executivo, mas, mesmo assim, o credor preferir a tutela monitória, porque premente da hipoteca judiciária, sua escolha deve ser privilegiada. Tudo porque não há razão para admitir que esse mesmo credor escolha a tutela condenatória (que não tem a benesse de constituir, de imediato, *inaudita altera pars*, decisão capaz de gerar hipoteca judiciária), mas não possa escolher a monitória, tendo de esperar por todo o transcurso de tempo que o procedimento ordinário exige.

(D) Sentença de dissídio individual trabalhista

A hipoteca judiciária não está adstrita ao processo civil, justamente porque, em outros diplomas processuais, também existe a previsão de que o CPC e o CC sejam aplicados subsidiariamente. No processo trabalhista, essa vinculação é feita por força dos artigos 8º, § único, e 769 da CLT. Os doutrinadores do processo trabalhista autorizam a aplicação do CPC ao processo do trabalho quando a CLT é omissa²⁰² e a disposição que se pretende aplicar é compatível com a CLT.

Não há, na CLT, previsão para hipoteca judiciária. Entretanto, a jurisprudência a admite largamente²⁰³. Há julgados de todas as Turmas do TST com competência para julgamento de dissídios individuais no sentido de que o artigo 466 do CPC aplica-se ao processo trabalhista. A Justiça do Trabalho foi além. Entende que a hipoteca judiciária pode ser especializada e registrada de ofício pelo juiz, em razão do

²⁰¹ Como defendeu LIEBMAN e decidiu o STJ (*vide* nota 351).

²⁰² Distinguem, ainda, omissão real de omissão aparente: “O mais difícil é dizer quando existe omissão, pois há afirmações no sentido de que haveria omissão intencional do legislador e não ser aplicável o CPC, como quando se discutia a aplicação da reconvenção no processo do trabalho. Na omissão real há omissão, pois o legislador não tratou do caso. Na omissão aparente ou silêncio eloqüente, o legislador foi deliberado em não prever aquela situação (ex: reconvenção)” (SÉRGIO PINTO MARTINS, ob. cit., p. 796).

²⁰³ Em pesquisa feita em 14.10.2010 no site do TST, as expressões “hipoteca” e “judiciária” resultaram 456 acórdãos (www.tst.jus.br).

interesse do Estado em que suas decisões sejam cumpridas e da natureza alimentar dos créditos reclamados²⁰⁴.

Diante da omissão da CLT, o artigo 466 do CPC pode ser aplicado, inclusive porque não há que autorize tolher do credor trabalhista direito real de garantia outorgado aos outros credores. Não há que se falar em incompatibilidade, uma vez que o credor trabalhista também goza do direito fundamental ao processo efetivo.

No processo do trabalho, como regra, o recurso não tem efeito suspensivo (artigo 899 da CLT). Isso, de todo modo, é irrelevante, porque a hipoteca judiciária decorre do “fato jurígeno” de a decisão existir, independentemente de ter ou não eficácia.

Há uma distinção fundamental, entretanto, que precisa ser posta em relevo: a especialização e o registro da hipoteca judiciária por iniciativa do juiz, sem requerimento do credor. Não se está falando em pedido, externado na inicial, de tutela constitutiva para criar a hipoteca judiciária, mas, sim, do requerimento feito após o reconhecimento do crédito, com a indicação do bem a ser hipotecado.

A Justiça Estadual e na Justiça Federal, cujos processos tramitam, em sua maioria, à luz do CPC, também têm interesse no cumprimento de suas decisões e muitas vezes reconhecem créditos de natureza alimentícia. Nem por isso se defende a idéia da possibilidade da especialização e constituição de ofício.

²⁰⁴ “HIPOTECA JUDICIÁRIA - APLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - INSTITUTO PROCESSUAL DE ORDEM PÚBLICA. 1. Com o objetivo de garantir ao titular do direito a plena eficácia do comando sentencial, em caso de futura execução, o legislador instituiu no art. 466 do CPC, a hipoteca judiciária como um dos efeitos da sentença. 2. -In casu-, o Regional, considerando a norma inserta no indigitado dispositivo legal, declarou de ofício a hipoteca judiciária sobre bens do Reclamado, até que se atinja a quantia suficiente para garantir a execução de débito trabalhista em andamento. 3. Com efeito, a hipoteca judiciária é instituto processual de ordem pública, e nessa qualidade, **além de sua decretação depender de requerimento da parte**, tem o fito de garantir o cumprimento das decisões judiciais, impedindo o dilapidamento dos bens do réu, em prejuízo da futura execução. Agravo de instrumento desprovido”. (TST-AIRR-1362/2006-106-03-40.6, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, DEJT 7/8/2009). No mesmo sentido: (i) TST-RR-162800-62.2008.5.03.0138, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT de 20/8/2010; (ii) TST-RR-144900-09.2008.5.03.0060, 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT de 20/8/2010; (iii) TST-89000-67.2009.5.03.0137, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT de 11/6/2010; (iv) TST-A-RR-1581/2006-152-03-00.1, Relator Ministro Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DEJT 7/8/2009; (v) TST-RR-736/2007-129-03-00.6, Relator Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, DEJT 21/8/2009; (vi) TST-RR-1549/2006-142-03-00.9, Relator Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes,

O que autoriza a constituição de ofício da hipoteca judiciária no processo trabalhista é o fato de que a lei autorizar que o juiz dê impulso à execução de ofício (artigo 878 da CLT). Dessa maneira, se o juiz está autorizado a iniciar a execução mesmo sem requerimento do credor, evidentemente está autorizado a especializar e constituir a hipoteca, que visa, em última análise, a satisfação do crédito pela excussão do bem hipotecado.

Esse entendimento não se aplica ao processo civil, porque, nele, o juiz não tem autorização legal para outorgar tutela executiva sem requerimento da parte (artigos 2º, 262, 475-J, 566 e 567 do CPC). Fazê-lo representaria ofensa ao princípio da demanda, uma vez que o CPC não autoriza que, por impulso oficial, o juiz outorgue tutela executiva, sendo-lhe vedado, conseqüentemente, forçar que o credor exerça o direito real de garantia, mesmo sem requerê-lo.

No processo do trabalho, embora a execução possa ser iniciada de ofício (inclusive a provisória – artigo 876 da CLT) e, conseqüentemente, a hipoteca judiciária também possa ser constituída de ofício, nada impede que o credor trabalhista requeira ambas (execução e hipoteca), ou apenas uma delas, como preferir, logo que proferida a primeira decisão final (ou interlocutória, se tiver havido cognição exauriente) de reconhecimento da obrigação, antes, portanto, do início da execução.

De todo modo, não se pode esquecer que a hipoteca judiciária é direito privado e acessório. Por isso, assim como o credor pode renunciar ao próprio crédito, pode simplesmente renunciar ao direito de garantia. A hipótese é cerebrina, mas não é dado ao Estado impor o exercício de um direito renunciável, ainda que tenha interesse no cumprimento de suas decisões. Mesmo que a hipoteca seja constituída de ofício, o juiz deverá cancelá-la se o credor o requerer.

Antes de especializar e registrar a hipoteca, o juiz trabalhista deve assegurar o contraditório, permitindo que o credor informe quais bens imóveis oferece em garantia. O contraditório prévio é imposição constitucional que nenhum

2ª Turma, DEJT 8/5/2009, (vii) TST-AIRR - 151340-76.2005.5.03.0011 , Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa, DEJT 06/08/2010.

juiz julgador pode afastar, sob pena de invalidade da decis3o, embora possa, nas expresas exceç3es taxativamente previstas na lei, diferi-lo. A hipoteca judici3ria recomenda o contradit3rio pr3vio, e n3o o diferido, primeiro porque a lei n3o o autoriza a postergaç3o e segundo porque a hipoteca representa 3nus grave no patrim3nio do devedor, que, sim, deve sujeitar-se ao cumprimento das decis3es judiciais, mas da maneira que menos o prejudique.

(E) Sentenç3 Penal

O artigo 475-N, II, do CPC confere forç3 de t3tulo executivo judicial 3 sentenç3 penal condenat3ria transitada em julgado. O artigo 935 do CC2002 torna imut3vel a exist3ncia do fato, de autoria e da culpabilidade do autor, reconhecidos na sentenç3 penal condenat3ria que transitar em julgado.

O artigo 91, I, do CP, liga 3 sentenç3 condenat3ria penal (sem nenhuma ressalva quanto ao tr3nsito em julgado) o efeito anexo de tornar certa a obrigaç3o de indenizar o dano. Apesar disso, o artigo 475-N do CPC estipula que 3 t3tulo executivo judicial a sentenç3 condenat3ria que tiver transitado em julgado. Da3 que, embora n3o possa ser executada, a circunst3ncia de tornar certa a obrigaç3o de indenizaç3o autorize a constituiç3o de hipoteca judici3ria, nos termos do artigo 466 do CPC.

N3o se pode descartar, entretanto, o artigo 1.489, III, do CC2002, que confere hipoteca legal ao ofendido ou aos seus sucessores para satisfaç3o do dano causado pelo delito e para pagamento das despesas processuais, a qual, por sua vez, pode ser requerida em qualquer fase do processo (antes, portanto, da sentenç3 condenat3ria), desde que exista certeza quanto 3 exist3ncia do delito e ind3cios suficientes de sua autoria (artigo 134 do CPP).

A hipoteca legal tamb3m constitui direito real de garantia, mas serve para garantir obrigaç3es oriundas de hip3teses taxativamente estabelecidas na lei. Sua especializaç3o deve ocorrer nos termos do artigo 135 do CPP, podendo, entretanto, tramitar perante o ju3zo c3vel (artigo 144 do CPP)²⁰⁵, hip3tese em que o procedimento ser3 o previsto nos artigos 1.205-1.210 do CPC.

²⁰⁵ Essa norma n3o foi repetida no Projeto de C3digo de Processo Penal que tramita no Senado (PLS 159/2009), o que, a nosso ver, 3 salutar, porque 3 mais conveniente deixar ao ju3zo penal que faça a valoraç3o

Não há dúvida de que, a partir do início do processo²⁰⁶ e antes de existir sentença penal condenatória, a única hipoteca viável é a legal. Sobrevindo, entretanto, sentença condenatória, a hipoteca judiciária passaria a ser cabível?

O princípio de que a norma especial se aplica em detrimento da norma geral (artigo 2º, § 2º, da LICC) conduziria à conclusão de que apenas a hipoteca legal continuaria cabível. Esse entendimento, entretanto, representa nítida ofensa ao princípio da isonomia e da economia processual. O problema está em que o artigo 1.491 do CC2002 e o artigo 135, § 6º, do CPP, autorizam a substituição da hipoteca legal por título de dívida pública ou dinheiro, ou por outra garantia, a critério do juiz. Daí que o credor de indenização decorrente de dano provocado por fato criminoso ficaria em situação jurídica inferior aos demais credores cujos créditos fossem reconhecidos em juízo. Em eventual insolvência civil, ou falência²⁰⁷, o credor cuja hipoteca legal fosse substituída por outra garantia teria seu crédito classificado como quirografário, apesar de seu crédito ter sido reconhecido em juízo e, portanto, merecer a proteção da hipoteca judiciária.

Poderia esse mesmo credor pleitear, no juízo cível, indenização, paralelamente à ação penal, como lhe autoriza expressamente o artigo 64 do CPP. Mas nesse caso, em vez de preferir aguardar a condenação penal, seria forçado a mover a ação cível apenas para gozar da hipoteca judiciária. Essa interpretação atenta contra o princípio da economia processual.

Dessa maneira, apenas por força de ser cogente a substituição da hipoteca legal por dinheiro ou título de dívida pública, ou ainda, por outra garantia (nesse caso, a critério do juiz), colocando o credor em situação diversa dos demais credores com créditos reconhecido em juízo, impõe-se afastar o princípio da especialidade para permitir que, após a sentença condenatória (e apenas após ela), a hipoteca judiciária possa ser constituída.

sobre se está comprovado o crime e se há indícios suficientes de sua autoria. Não se ignora, contudo, que, em muitas comarcas, a jurisdição cível e penal seja exercida pelo mesmo magistrado.

²⁰⁶ E só a partir do início do processo, sendo incabível, portanto, no inquérito policial (MORAES PITOMBO, ob. cit., p. 44-45).

Será da competência do juízo criminal especializá-la e registrá-la, nos autos da ação penal, observado o contraditório prévio e a proporcionalidade, admitindo-se sua impugnação por recurso ou mandado de segurança.

(F) Sentença arbitral

Determinados litígios, dependendo da natureza do direito material e de prévio acordo de vontade das partes envolvidas, podem ser processados e julgados por árbitros privados, valendo a decisão como se tivesse sido proferida pelo Poder Judiciário, conforme autoriza a Lei 9.307/96.

A sentença arbitral que reconheça obrigação também gera direito à hipoteca judiciária²⁰⁸. No direito italiano, há previsão expressa nesse sentido (artigo 2.019 do *Codice Civile*) e a doutrina consagra a hipoteca judiciária também para a sentença arbitral estrangeira.²⁰⁹ De fato, não há nenhuma razão que justifique tolher esse direito de garantia do credor que tenha concordado em submeter eventuais litígios à arbitragem. Ademais, a sentença arbitral gera os mesmos efeitos das sentenças proferidas pelo Poder Judiciário por expressa disposição de lei (artigo 31 da Lei 9.307/96). As sentenças arbitrais estrangeiras, desde que homologadas pelo STJ, também produzem hipoteca judiciária²¹⁰.

É facultado, pois, ao credor, ao pedir a execução da sentença arbitral (artigo 475-N, IV, do CPC), especializar os bens do devedor a serem hipotecados em garantia da obrigação. A decisão de deferimento do pleito deverá, entretanto, aguardar o estabelecimento do contraditório, como deve ocorrer no caso das decisões judiciais, para permitir que o devedor indique (sem vincular o juízo) os bens a serem hipotecados e sua justificativa.

²⁰⁷ Podem cometer crimes e falir: empresários individuais, em relação a quaisquer crimes, e pessoas jurídicas empresárias, em relação a crimes ambientais.

²⁰⁸ Nesse sentido: "A equiparação entre a sentença estatal e a arbitral faz com que a segunda produza os mesmos efeitos da primeira. (...). Sendo condenatória, a sentença arbitral constituirá título executivo, e permitirá a constituição de hipoteca judicial." (CARMONA, ob. cit., p. 314).

²⁰⁹ RAVAZZI, ob. cit., p. 250.

²¹⁰ A possibilidade de homologar sentença arbitral estrangeira está prevista expressamente no artigo 34 da Lei 9.307/96 e é reconhecida pela jurisprudência nacional (STJ, SEC 349/JP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 21/03/2007, DJ 21/05/2007, p. 528).

(G) Sentença Estrangeira

A sentença estrangeira é título executivo judicial (artigo 475-N, VI, do CPC), exeqüível na Justiça Federal (artigo 109, X, CR, e 484 do CPC), desde que homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, I, i, da CR, e 483 do CPC)²¹¹.

Uma vez homologadas, as sentenças estrangeiras que reconheçam obrigação de pagar também geram direito de hipoteca porque, no exato momento em que se tornam eficazes no território nacional, o artigo 466 do CPC lhes anexar o efeito de produzir direito à hipoteca judiciária. Antes de homologadas, não geram hipoteca judiciária por lhes faltar eficácia à luz da legislação brasileira.

PONTES DE MIRANDA²¹², escrevendo sob a égide do CPC de 1939, admitiu a hipoteca para sentença estrangeira, mesmo sem expressa previsão legal. O artigo 711 do Código Civil Português em vigor (Decreto-Lei n.º 47.344/66) a prevê expressamente, exigindo que seja homologada e que o país de onde provenha a decisão lhe anexe o mesmo efeito²¹³. O direito italiano também contempla a hipótese (*Codice Civile, articolo 2820*)²¹⁴, exigindo prévia homologação e ausência de disposição contrária em convenção internacional.

Desnecessário, entretanto, prever expressamente a possibilidade e exigir que o mesmo efeito seja observado na legislação em que foi proferida a sentença estrangeira. A homologação pelo Poder Judiciário coloca as sentenças estrangeiras no mesmo patamar das sentenças nacionais, não havendo nenhum motivo que justifique tratamento diferenciado para o credor que tem seu direito reconhecido dentro ou fora do país²¹⁵, a menos que, por exceção à regra, exista convenção internacional com o

²¹¹ A sentença estrangeira deve ter transitado em julgado (cf. Súmula 420 do STF) e deve atender aos requisitos dos artigos 15 e 17 da LICC e da Resolução 09 de 2005 do STJ.

²¹² “Em consequência disso, a sentença estrangeira, sem quebra dos princípios e conceitos científicos, pode ter esse efeito anexo, se a lei do país da situação dos bens lho concede” (ob. cit., p. 71). “Precisa-se de homologação pela justiça brasileira, se estrangeira a sentença” (ob. cit., p. 115).

²¹³ Artigo 711. As sentenças dos tribunais estrangeiros, revistas e confirmadas em Portugal, podem titular o registo da hipoteca judicial, na medida em que a lei do país onde foram proferidas lhes reconheça igual valor.

²¹⁴ Art. 2820 *Sentenze straniere. Si può parimenti iscrivere ipoteca in base alle sentenze pronunziate dalle autorità giudiziarie straniere, dopo che ne è stata dichiarata l'efficacia dall'autorità giudiziaria italiana (Cod. Proc. Civ. 797) salvo che le convenzioni internazionali dispongano diversamente.*

²¹⁵ Insista-se: desde que a sentença se torne eficaz, isto é, seja regularmente homologada.

país de onde provém a decisão de origem no sentido de excluir expressamente o direito à hipoteca judiciária.

(H) Decisão interlocutória

O artigo 466 do CPC prevê a hipoteca judiciária como efeito da sentença. Sentença, nesse caso, deve incluir as sentenças propriamente ditas, os acórdãos e as decisões monocráticas proferidas em substituição aos acórdãos em segundo grau de jurisdição, porque tais decisões têm a mesma natureza de sentença, diferindo delas apenas porque são proferidas pelos tribunais. Outras decisões, mesmo que não proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário também constituem hipoteca judiciária, desde que tenham natureza jurisdicional, como, por exemplo, as sentenças arbitrais.

A dúvida que se põe, entretanto, diz respeito à possibilidade de decisão interlocutória também valer como título de hipoteca judiciária, desde que contenha o reconhecimento de obrigação de uma das partes. É o caso da decisão que, em antecipação de tutela, impõe obrigação de pagar valor incontroverso, ou a que impõe a obrigação de pagar multas processuais.²¹⁶

A resposta, a nosso ver, é: depende.

De fato, algumas decisões interlocutórias podem ensejar hipoteca judiciária. O traço distintivo decorre da circunstância de a decisão interlocutória ser produto de cognição sumária (ou perfunctória) ou de cognição profunda (ou exauriente).

Se a decisão interlocutória constituir antecipação de tutela, fruto de cognição perfunctória e passível, portanto, de revisão, como, por exemplo, a decisão que impõe multa (*astreintes*) pelo descumprimento de decisão liminar²¹⁷, não há

²¹⁶ MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES CAMPOS sugeriu, à luz da legislação portuguesa, que os “*despachos de condenação e multa ou em custas*” também autorizariam a constituição de hipoteca judiciária (ob. cit., p. 149).

²¹⁷ Incorreto, portanto, a decisão: TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70010808251, Nona Câmara Cível, Relator Luís Augusto Coelho Braga, j. 22/02/2006, porque, mesmo que as *astreintes* sejam impostas por sentença proferida em ação cautelar, a decisão não é fruto de cognição exauriente, tanto que podem ser alteradas em razão do reconhecimento da improcedência do pedido principal (artigo 273, §2º, CPC).

como considerá-la apta para gerar hipoteca judiciária.^{218 219} Evidentemente, se a decisão interlocutória, depois, for confirmada por sentença, resultado de juízo exauriente, a hipoteca judiciária tornar-se-á cabível, mas sua origem não é a decisão interlocutória, e sim a própria decisão final que, ao confirmá-la, a substitui.

Se, entretanto, a decisão interlocutória impuser obrigação e resultar de juízo exauriente, como é o caso da decisão interlocutória que condena ao pagamento de multa por litigância de má-fé, por embargos ou recurso protelatório, ou de indenização por dano processual, então a decisão interlocutória ensejará hipoteca judiciária, devendo o juiz, a requerimento da parte, determinar sua averbação na matrícula do imóvel indicado pela parte vencedora, por simples mandado, ainda que seja possível reformar a decisão em grau de recurso²²⁰.

A razão da distinção está precisamente no fato de que o juízo perfunctório não confere à obrigação o atributo de certeza quanto à existência, o que é indispensável para o surgimento do direito à garantia.

²¹⁸ TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70026186957, Sétima Câmara Cível, Relator Vasco Della Giustina, j. 19/11/2008.

²¹⁹ Autorizando hipoteca de decisão concessiva de alimentos provisórios, mas com o (forte) argumento de que os alimentos provisórios não se repetem: TJRS, Apelação Cível Nº 70021126016, Sétima Câmara Cível, Relator Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/12/2007.

²²⁰ Pode-se imaginar que essa seja uma questão de somenos importância sob o ponto de vista prático. Entretanto, as multas processuais podem variar de 1 a 20% do valor da causa de um processo. A cada dia que passa, os processos contam com valores mais elevados, não sendo difícil encontrar processos em que 10% do valor da causa represente R\$50 mil ou R\$100 mil reais, quantia equivalente a (ou maior do que) o valor de muitos imóveis.

IX – QUESTÕES RELEVANTES

(A) Impossibilidade de constar petição inicial e da sentença

A hipoteca judiciária é direito real de garantia que o credor exerce independentemente de formular pedido na inicial. O fato jurígeno que dá ensejo ao direito real de hipoteca judiciária é a existência de decisão jurisdicional de reconhecimento de obrigação. Esse direito decorre diretamente da lei, e não deve constar da sentença²²¹, nem da petição inicial.²²² Aliás, todo e qualquer efeito secundário de determinada decisão nasce independentemente de declaração judicial, justamente porque não fazem parte do objeto do processo, nem da sentença^{223 224 225}. Se não faz parte do pedido, não pode ser objeto de antecipação de tutela.²²⁶

Se a parte formular pedido de constituição de hipoteca judiciária na inicial, o pedido deverá ser excluído do processo por falta de interesse de agir do autor, uma vez que a tutela se revela absolutamente desnecessária. Mesmo que o óbice processual pudesse ser afastado, o pedido seria improcedente, porque no momento da propositura da demanda, existe direito real de hipoteca judiciária. Tal direito só nasce a partir do momento em que vem ao mundo a decisão de reconhecimento da obrigação.

Não se deve confundir, entretanto, o direito à garantia da obrigação, que pode ter fundamento legal, como, por exemplo, na hipótese dos artigos 477

²²¹ MOACYR AMARAL SANTOS (ob. cit., p. 455-456).

²²² OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA (ob. cit., p. 478).

²²³ “*Tale é appunto il caso della ipoteca giudiziale: la quale si produce non perchè l’attore l’abbia domandata, e non perchè il giudice abbia deciso favorevolmente su tale petitum, ma perchè colla sentenza che pronuncia sul credito (e non sul diritto d’ipoteca) sorge il fatto costitutivo del diritto d’ipoteca, che prima non esisteva. Appare dunque inaccettabile la costruzione, da me affacciata nella sopra ricordata nota, dell’azione costitutiva diretta ad ottenere l’ipoteca giudiziale, che sarebbe implicita ad ogni azioni di condanna: in realtà tale azione non esiste, neanche implicita, perchè il giudice, che è chiamato a decider sul credito, non è chiamato a decidere sulla ipoteca giudiziale, e non potrebbe, in quanto decidere sull’azione di condanna, nè riconoscere anticipatamente un diritto di cui manca finora il fatto costitutivo, nè negare in anticipo un effecto giuridico che, in quanto sia pronunciata la condanna, deriverà immancabilmente dalla legge e non dalla pronuncia del giudice*” (CALAMANDREI, ob. cit., p. 746).

²²⁴ LIEBMAN (ob. cit., p. 75).

²²⁵ Correta, portanto, decisão que afasta alegação de que a hipoteca judiciária seria *extra petita* porque não requerida na inicial: TJMT, Apelação nº 29475/2009, 1ª Câmara Cível, Relator Rubens de Oliveira Santos Filho, j. 21.09.2009; e TJGO, Apelação Cível nº. 48694-2/188, 1ª Câmara Cível, Relator Antonio Nery da Silva, j. 01.07.1999.

e 590 do CC2002²²⁷, ou contratual, com o direito à garantia real que todo e qualquer credor passa a ter a partir do momento em que seu direito é reconhecido por decisão jurisdicional. Aquele deve ser objeto de pedido e decisão constitutiva. A hipoteca judiciária, não.

Em razão do princípio da congruência, a hipoteca judiciária também não deve constar da sentença.²²⁸ Conseqüentemente, não deve ser objeto de apelação. Se for, o apelo não deve ser conhecido quanto ao ponto.²²⁹

(B) Desnecessidade de processo autônomo para especialização da hipoteca judiciária

O procedimento de especialização da hipoteca judiciária é feito mediante simples petição instruída com certidão de matrícula ou transcrição do imóvel que será objeto da hipoteca. Após permitir o contraditório com o devedor, o juiz deve ordenar o registro da hipoteca mediante a expedição de mandado, que será apresentado ao oficial de registro de imóveis competente pelo próprio credor.

Embora exista entendimento de que a especialização da hipoteca judiciária dependa de processo à parte, nos moldes da hipoteca legal²³⁰, havendo, inclusive, julgamento de pedidos formulados nesses moldes²³¹, verdade é que não há nenhuma necessidade de especializar a hipoteca judiciária mediante o procedimento previsto para hipoteca legal.²³² Nos casos de hipoteca legal, não há processo em curso, razão pela qual se torna indispensável iniciar um para esse desiderato, sob pena de ofensa ao devido processo legal.

²²⁶ Apesar disso, registre-se precedente admitindo a constituição da hipoteca na propositura da demanda, a título de antecipação de tutela, mas mediante caução: TJDFT, Agravo de Instrumento nº. 19990020034303AGI, Relator Jeronymo de Souza, 3ª Turma Cível, j. 02/10/2000.

²²⁷ Direito do mutuante de constituir, em determinadas hipóteses, garantias para a satisfação de seus créditos.

²²⁸ “A hipoteca judiciária não está compreendida no *petitum*, nem no *decisum*” (PONTES DE MIRANDA, ob. cit., p. 70).

²²⁹ Conhecendo da matéria em apelação, embora sem justificativa: TJMS, Medida Cautelar Preparatória 2001.000577-0/0000-00, 1ª Turma Cível, Relator Atapoã da Costa Feliz, j. 14/09/2004.

²³⁰ “O registro da hipoteca judiciária depende de prévia especialização por procedimento próprio de jurisdição voluntária (arts. 1.205 e segs.)” (ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, ob. cit., p. 799).

²³¹ TJRS, Apelação Cível Nº 598052066, Sexta Câmara Cível, Relator Vencido:Lúcia de Castro Boller, Redator para Acórdão João Pedro Pires Freire, j. 09/12/1998.

²³² TJPR, 8ª C.Cível, AI 0508409-5, Relator Arno Gustavo Knoerr, j. 13.08.2009; TJPR, 3ª C.Cível, AI 0137833-8, Relator Ruy Fernando de Oliveira, j. 13.05.2003.

A hipoteca judiciária não precisa dessa formalidade e deve ser efetivada da forma mais simples possível, inclusive porque a parte os artigos 1.205 a 1.210 do CPC são designados expressa e especificamente para a hipoteca legal^{233 234}.

O processo de especialização previsto nos artigos 1.205 a 1.210 do CPC não é, portanto, cabível para especializar hipoteca judiciária, de modo que eventual processo que contenha pedido de especialização de hipoteca judiciária deve ser imediatamente extinto sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir do requerente, nos termos do artigo 267, IV, do Código de Processo Civil.

(C) Desnecessidade do trânsito em julgado e irrelevância do efeito suspensivo (ou impeditivo) recursal

Questão de grande relevância é desvendar se a hipoteca depende do trânsito em julgado da decisão em que se apóia e se o efeito suspensivo (ou impeditivo) do recurso, concedido *ex vi legis* ou *ope judicis*, é capaz de obstá-la.

PONTES DE MIRANDA, na vigência do CPC de 1939, escreveu que a hipoteca judiciária dependia do trânsito em julgado da decisão²³⁵. Assim também entendiam WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO²³⁶, AFFONSO FRAGA²³⁷, AFFONSO DIONYSIO GAMA²³⁸ e JOSÉ LOPES DE OLIVEIRA²³⁹.

O trânsito em julgado da decisão revela-se, entretanto, desnecessário.²⁴⁰ A hipoteca judiciária é um dos instrumentos do exercício do direito

²³³ Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO ET ALL: “Em primeiro lugar, descarte-se o uso do procedimento de ‘especialização de hipoteca’ (CPC, arts. 1.205 a 1.210). O Código reservou-o exclusivamente à hipoteca legal. E isso tem razão de ser: cumpre ao órgão jurisdicional presidir a atividade de transformação de uma garantia abstrata em gravame patrimonial concreto, quando não há acordo entre as partes (art. 1.210), sob pena de ofensa ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Mas a necessidade de sua concretização de hipoteca judiciária surge já no curso da própria atividade jurisdicional. Daí que se torna dispensável o recurso a um procedimento específico” (ob. cit., p. 125).

²³⁴ No mesmo sentido, EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO (ob. cit., p. 16-17) e TUCCI (ob. cit., p. 72).

²³⁵ “A hipoteca judiciária não está compreendida no *petitum*, nem no *decisum*. A lei de direito material (no Brasil, privado) anexa esse efeito à sentença, depois de passar em julgado” (Comentários ao CPC, Tomo V, arts. 444 – 475, p. 70).

²³⁶ “O direito a essa hipoteca surge apenas com o julgamento definitivo” (ob. cit., p. 403).

²³⁷ Ob. cit., p. 761.

²³⁸ Ob. cit., p. 316.

²³⁹ Ob. cit., p. 314.

²⁴⁰ TJPR, 11ª C.Cível, AC 0353856-5, Relator Eraclés Messias, j. 20.02.2008.

fundamental à efetividade das decisões jurisdicionais. Permitir que ela só fosse cabível após o trânsito em julgado da decisão seria esvaziar o instituto porque ao longo de toda a fase recursal o credor ficaria sem garantia (prática e efetiva) de que seu crédito seria exercido. Corretamente, a lei não exige o trânsito em julgado, não havendo razão para criar requisito que a lei não prevê. Também corretamente, a lei estipula que a decisão gera hipoteca ainda que seja possível a execução provisória, ou seja, quando a decisão ainda não transitou em julgado (porque do contrário a execução seria definitiva).

Quanto à possibilidade de constituir hipoteca apesar de a decisão ser impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo, a discussão é mais complexa. Se o efeito suspensivo obsta os efeitos processuais da sentença (o processo não se extingue) e os efeitos materiais (a obrigação alegada não se torna certa), a conclusão, ao menos sob o ponto de vista da lógica formal, é de que também obsta os efeitos acessórios ou anexos da sentença (por exemplo, a constituição do direito real de hipoteca judiciária)²⁴¹

A doutrina majoritária posiciona-se, entretanto, em sentido contrário²⁴², assim como a jurisprudência²⁴³.

²⁴¹ Nesse sentido, ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO: *“Na verdade, a possibilidade de execução provisória – e não o trânsito em julgado, atente-se – é sempre requisito indispensável para que se viabilize tanto a especialização como o registro da hipoteca judiciária, uma vez que, se o recurso interposto suspende o momento da produção dos efeitos principais, logicamente suspende o momento da produção dos efeitos secundários da sentença, entre os quais se inclui a hipoteca judiciária”* (ob. cit., p. 485). Na mesma toada, embora sem declinar o motivo, LUIZ FUX: *“a definitividade da condenação não é requisito à inscrição da hipoteca judiciária, tanto que pode requerer sua inscrição o credor beneficiado por sentença pendente de recurso sem efeito suspensivo”* (ob. cit., p. 805). *Idem*, TITO FULGÊNCIO (ob. cit., p. 219).

²⁴² Nesse sentido, embora sem declinar o fundamento da assertiva: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: *“Decorre imediatamente da sentença condenatória, sendo irrelevante a interposição ou não de recurso contra ela”* (Curso, ob. cit., p. 521); SCARPINELLA: *“É correto afirmar, portanto, que a hipoteca judiciária age independentemente de a execução já estar garantida por outros mecanismos ou da possibilidade de eficácia imediata da sentença, isto é, independentemente de eventual recurso de apelação interposto pelo devedor vir a ser recebido sem efeito suspensivo”*. (ob. cit., p. 1.482); e também PONTES DE MIRANDA *“Aliás, no direito brasileiro, a sentença cuja exequibilidade ainda não começou, sobrevivendo confirmação, ou alteração que não lhe retire a carga condenatória, tem, pelo menos, eficácia executiva mediata, gerando hipoteca judiciária”* (ob. cit., p. 114). Interessantemente, PONTES DE MIRANDA lembra que, nas Ordenações Filipinas, o recurso com efeito suspensivo não obstava a hipoteca judiciária: *“Já as Ordenações Filipinas (Livro III, Título 84, § 14) cogitavam de sentença ainda não trântita em julgado (aliás, com recurso suspensivo)”* (ob. cit., p. 116-117).

²⁴³ TJRS, Agravo de Instrumento Nº 598110385, Oitava Câmara Cível, Relator Breno Moreira Mussi, j. 20/08/1998; TJSP, Agravo de Instrumento nº. 990103819594, 5ª Câmara de Direito Privado, Relator Silvério Ribeiro, j. 10.11.2010.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que se filia a essa corrente, defende que o efeito suspensivo recursal abrange “*toda a eficácia da decisão*”, **salvo exceções previstas na lei**²⁴⁴. Na seqüência, declina 3 (três) hipóteses nas quais a decisão produz efeitos ainda que impugnada por efeito suspensivo: artigos 814, 822, II, e 466 do CPC. Quanto à hipoteca judiciária, aduz que, se a lei a outorga quanto a execução é possível, com mais razão (*a fortiori*), autorizaria quanto a execução não é possível, tendo em vista o objetivo da hipoteca judiciária de garantir o cumprimento da decisão^{245 246}.

Quando essa questão foi posta à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, a Terceira Turma manifestou-se no sentido da doutrina majoritária: “*A hipoteca judiciária constitui um efeito secundário da sentença condenatória e não obsta a sua efetivação a pendência de julgamento de apelação recebida em ambos os efeitos*”.²⁴⁷

Nesse julgado, a decisão fundou-se no mesmo argumento utilizado por BARBOSA MOREIRA, embora com mais clareza²⁴⁸.

²⁴⁴ “Diz-se que o recurso tem efeito suspensivo quando impede a produção imediata dos efeitos da decisão. Seria impróprio aludir, em termos restritos, ao fato de não se poder promover a execução; esse é o traço mais saliente, mas não esgota o conceito, pois as decisões meramente declaratórias e as constitutivas, que não comportam execução (no sentido técnico do direito processual), também podem ser impugnadas mediante recursos de efeito suspensivo. Salvo exceção consagrada na lei (vide, *infra*, o comentário nº. 264 ao art. 521), a suspensão é de toda a eficácia da decisão, não apenas de sua possível eficácia como título executivo” (ob. cit., p. 257).

²⁴⁵ “No item anterior, referimo-nos a efeitos que se antecipam ao trânsito em julgado, quando não suspensiva a apelação. Há, porém, casos especialíssimos de efeitos que a sentença opera apesar de sujeita ainda a recurso (inclusive apelação) dotado de suspensividade. São efeitos que, por assim dizer, escapam não só à força inibitória da recorribilidade in genere, mas também – o que é absolutamente excepcional – à força inibitória da recorribilidade por meio suspensivo. (...). Outro efeito que entra nesta classe é o de constituir título para hipoteca judiciária. (...). Ora, se se concede a hipoteca judiciária mesmo que a sentença seja provisoriamente executável, isto é, quando o recurso cabível não tenha efeito suspensivo, a fortiori quando o tenha, e por conseguinte não haja lugar para a penhora ou medida equivalente. Em tal hipótese, precisamente, é que a hipoteca poderá revelar-se mais útil” (ob. cit., p. 481-482).

²⁴⁶ BARBOSA MOREIRA apóia-se no que escreveram, segundo ele, JOSÉ ALBERTO DOS REIS acerca do artigo 676, 5ª alínea, do Código português de 1961, CASTRO MENDES acerca do artigo 710 do Código Civil português de 1967, e alguns doutrinadores italianos (GORLA, ZAPPULLI, D’ONOFRIO, VELLANI e PROTO PISANI): “A fonte provável do art. 466, parágrafo único, nº III, foi o artigo 676, § 2º, do Código português de 1939, ou o dispositivo correspondente (art. 676, 5ª alínea), na versão de 1961 (...). Mas a doutrina sublinhava a incidência dessa regra também na hipótese de ser suspensivo o recurso. O mesmo se dava na Itália, quanto às sentenças não executáveis provisoriamente. E igual entendimento deve adotar-se entre nós” (ob. cit., p. 482-483, especialmente as notas de rodapé 151 e 152).

²⁴⁷ STJ, REsp 715.451/SP, Relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 06.04.2006, DJ 02.05.2006, p. 310). Num segundo julgado (STJ, AgRg no REsp 823.990/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 15.10.2007, p. 259), apenas transcreveram-se os fundamentos do precedente anterior.

²⁴⁸ Os fundamentos do acórdão do REsp 715.451/SP foram os seguintes: “Ora, se o dispositivo permite inferir que a hipoteca judiciária é efeito normal da sentença pendente de recurso e que ela deve ocorrer mesmo quando a apelação for recebida também no efeito devolutivo, decorrência lógica é o seu cabimento quando a apelação for recebida também no efeito suspensivo. Essa é justamente a situação na qual a

De fato, o efeito suspensivo do recurso não obsta a constituição de hipoteca judiciária, porém o fundamento é outro.

A disposição do inciso III do artigo 466 do CPC (que estipula a hipoteca mesmo quando for possível a execução provisória) tem a finalidade de garantir o direito de seqüela (e, a partir da vigência do Código Civil de 2002, também o direito de preferência) ainda que possam ser praticados atos executivos. Como se viu anteriormente, a hipoteca judiciária tem natureza jurídica diversa dos atos de execução. Seu objetivo é garantir a satisfação de um crédito pela excussão relativamente preferencial de um determinado bem do devedor (ou transferido pelo devedor a terceiro). Não se confunde, pois, com execução, podendo o credor exercer o direito à hipoteca judiciária, sem promover a execução provisória, ou concomitantemente à promoção da execução provisória²⁴⁹ ou definitiva.

O direito à constituição da constituir hipoteca judiciária nasce apesar do efeito suspensivo (ou impeditivo) do recurso precisamente pelo fato de que a decisão jurisdicional de reconhecimento da obrigação existe, independentemente de poder ou não ser executada. A existência da decisão jurisdicional de reconhecimento de obrigação é o **fato jurígeno**²⁵⁰ ao qual a lei atribui o efeito de criar direito real (e material) de hipoteca. É certo afirmar, portanto, que o efeito suspensivo (ou impeditivo) do recurso obsta que a decisão projete seus efeitos para as relações de direito material nela discutidas e também os efeitos para a relação processual na qual ela foi produzida, mas não obsta os efeitos que a lei atribui à sua simples existência.²⁵¹

justificativa para a sua ocorrência é maior, pois nessa hipótese não se pode promover desde já a execução provisória e a hipoteca servirá como um mecanismo para assegurar a efetividade do processo”.

²⁴⁹ Nesse sentido, SÉRGIO GILBERTO PORTO: “Por derradeiro, também nas hipóteses autorizativas de execução provisória (inc. III), nada obsta que o credor dê preferência pela hipoteca judiciária, em detrimento da execução ou em paralelo a execução” (ob. cit., p. 137-138).

²⁵⁰ Repitam-se as palavras de LIBEMAN nesse sentido: “é a sentença considerada pela lei como fato produtor de efeitos jurídicos preestabelecidos pela própria lei e não dependentes do comando contido na sentença. Podemos falar nestes casos da **sentença como fato jurídico em sentido restrito**” (ob. cit., p. 72).

²⁵¹ “A inscrição da hipoteca judiciária prevista no art. 466, do CPC, independe do trânsito em julgado da sentença, já que no caso de apelação recebida no duplo efeito o que fica suspenso é a eficácia própria ou natural da sentença e não seus efeitos anexos que não dependem de pedido e pronunciamento” (TJRS, Agravo Nº 70024361438, Décima Quinta Câmara Cível, Relator Angelo Maraninchi Giannakos, j. 28/05/2008); TJRS, Agravo de Instrumento Nº 586006140, Quinta Câmara Cível, Relator Araken de Assis, j.

Noutras palavras, o efeito suspensivo impede a executoriedade da decisão²⁵², mas isso não quer dizer que a decisão deixa de existir.

Esse também é o entendimento de FREDIE DIDIER JÚNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA²⁵³.

(D) Impossibilidade de especialização e registro de ofício (exceto no processo trabalhista)

Ao contrário do que ocorre no processo trabalhista, no processo comum a hipoteca judiciária não poder ser especializada e registrada de ofício²⁵⁴, isto é, independentemente de requerimento da parte.²⁵⁵ Falta aos demais julgadores (que não exercem jurisdição trabalhista) o poder legal de outorgar tutela executiva de ofício, o que, por via de consequência, lhes impede de constituir a hipoteca em garantia da efetividade do processo.

Relembre-se de que a hipoteca judiciária é direito real de garantia acessório ao direito de crédito. Assim como não se pode tutelar o direito de crédito (principal) *ex officio*, também não se pode constituir direito de garantia (acessório), sob pena de ofensa aos princípios da demanda (ou da inércia).

Especializar e constituir hipoteca não se insere no poder do juiz de dar impulso oficial ao processo (artigo 262 do CPC). O impulso oficial do processo

20/03/1997; e TJMG, Agravo nº 1.0702.05.227969-3/001, 14ª Câmara Cível, Relator Elias Camilo, j. 24.01.2008.

²⁵² "As eficácias do efeito suspensivo dos recursos são todas direcionadas para a não executoriedade da decisão impugnada" (NELSON NERY JÚNIOR, ob. cit., p. 377).

²⁵³ "Concordamos com a conclusão – quanto à produção da hipoteca judiciária ainda que a decisão tenha sido impugnada por recurso com efeito suspensivo -, mas não com o fundamento. A redação do art. 466, par. ún., III, simplesmente alerta que, nos casos em que o recurso interposto não tem efeito suspensivo, em vez de promover a execução provisória do julgado, pode o credor registrar a hipoteca judiciária. (...). Portanto, a intenção do referido dispositivo é tão-somente de reconhecer interesse de agir ao credor que opta pela hipoteca judiciária em lugar da execução provisória. O efeito suspensivo atribuído ao recurso não impede a produção da hipoteca judiciária porque ele apenas suspende os efeitos principais da decisão recorrida, isto é, aqueles que decorrem de seu conteúdo. Não suspende os efeitos anexos porque esses decorrem, como já se viu, da simples existência da decisão judicial". (ob. cit., p. 339 – grifou-se).

²⁵⁴ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso*, ob. cit., p. 460.

²⁵⁵ RDTJRJ 22/116; e TJMG, Apelação Cível nº 394.627-0, 5ª Câmara Cível, Relator Elias Camilo, j. 07.08.2003.

impõe ao juiz o dever de conduzir o processo de ofício até seu final²⁵⁶, mas não de impor o exercício de um direito privado e renunciável (como é o direito real de hipoteca), sob pena, inclusive, de ofensa ao princípio da igualdade.

Nesse sentido, é de grande valia a diferença entre tutela cautelar e hipoteca judiciária. Considerando que há interesse do Estado na efetividade de suas decisões, alguns doutrinadores admitem que, por impulso oficial, a tutela cautelar seja outorgada de ofício. Embora a hipoteca judiciária também seja instrumento de garantia da efetividade do processo, não tem natureza de tutela cautelar, mas, sim, de direito real de garantia, ou seja, mero acessório do principal (a obrigação que garante). Sua natureza é de direito material e, por conta disso, não pode ser exercido senão pela vontade de seu titular.

(E) Ordem de formalização de hipoteca judiciária: decisão ou despacho?

A ordem de especialização e registro da hipoteca não é mero despacho. Fosse mero despacho, não caberia recurso^{257 258}, como, aliás, defenderam MARÇAL JUSTEN FILHO *ET ALL*: “a atuação do juiz na resolução desse incidente é controlável pela via recursal”²⁵⁹.

Se se considerar literalmente o texto do artigo 162 do CPC, há de se concluir que a ordem judicial que especializa e ordena o registro da hipoteca judiciária consiste em despacho, porque a decisão não implica nenhuma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do CPC.

Ocorre, porém, que o conceito haurido na doutrina para decisão interlocutória vai além do que consta da letra fria da lei. Decisão interlocutória é toda decisão que não implica nenhuma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do CPC e possa trazer prejuízo a qualquer uma das partes.

²⁵⁶ “O fundamental dever do juiz, relacionado com o impulso processual, é o de dar curso aos procedimentos como um todo, sem depender ou esperar por constantes e reiteradas provocações das partes, e sem a necessidade absoluta da participação ativa destas”. (DINAMARCO, v. II, item 730, p. 624).

²⁵⁷ TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70001072388, Quinta Câmara Cível, Relator Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. 29/06/2000; TAPR, Sexta C. Cível, AI 0195895-8, Relator Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, j. 30.09.2002.

²⁵⁸ Contra, deixando de conhecer do recurso nos termos do artigo 504 do CPC: TJRJ, Apelação 2004.001.09539, 4ª Câmara Cível, Relator Sidney Hartung, j. 03/08/2004.

²⁵⁹ Ob. cit., p. 125.

Nesse sentido, é evidente que o ônus da hipoteca traz prejuízo ao devedor, assim como traz prejuízo ao credor a decisão que indefira a constituição de hipoteca, apesar de presentes os requisitos legais, ou então que autorize seu cancelamento, sua substituição por outra garantia (pessoal, inclusive), ou que autorize a troca do bem hipotecado. Se estiverem atendidos os requisitos legais, o prejuízo é legítimo e, ainda que haja recurso, a decisão deverá ser mantida. Se, entretanto, não estiverem presentes os requisitos legais, o prejuízo é ilegítimo, devendo ser reformada a decisão.²⁶⁰

Há inúmeras hipóteses em que os requisitos legais podem não estar presentes.²⁶¹ É possível, por exemplo, que o juiz especialize hipoteca sobre imóvel que comprovadamente estiver sendo negociado, embora outro imóvel, de valor suficiente para garantir a satisfação do crédito, pudesse ter sido oferecido pelo devedor, caso fosse previamente intimado para exercer o direito ao contraditório. Poderá haver, ainda, ofensa ao princípio da razoabilidade no caso de a hipoteca recair sobre imóvel de valor muito superior ao da obrigação, embora oferecido outro imóvel, de menor valor, mas apto para garantir a satisfação de todo o crédito. Pode indeferir a hipoteca, por exemplo, em razão de não ter sido requerida na inicial (embora eventual pedido seja de todo incorreto), ou então em razão de não ser possível a execução provisória da decisão. Conforme o entendimento do julgador, pode-se indeferir a hipoteca sob o entendimento de que deva ser especializada em procedimento próprio, à moda da hipoteca legal. A jurisprudência é pródiga em exemplos nos quais a hipoteca é incorretamente indeferida.

Inegável, portanto, que a ordem judicial de especialização e registro da hipoteca judiciária, assim como a de indeferimento, cancelamento, substituição (da garantia ou do bem garantido) da hipoteca tem natureza de decisão interlocutória, devendo ser garantido o direito ao duplo grau de jurisdição, inclusive por mandado de segurança, se deferida em fase do processo na qual não exija previsão de recurso.

²⁶⁰ Admitindo ser impugnável via agravo de instrumento a decisão que determina o registro da hipoteca: TJGO, Agravo de Instrumento nº. 515619-43.2007.8.09.0000, 2ª Câmara Cível, Relator Jerônimo Pedro Villas Boas, j. 23.02.2010.

²⁶¹ Defendemos, aqui, que decisões que condenam a obrigação de fazer representam título constitutivo de hipoteca judiciária, mas nada impede que o vencido, por ausência de disposição legal nesse sentido, defenda o contrário, num caso concreto em que a decisão tiver acolhido essa tese. Diga-se o mesmo em relação à sentença penal e ao laudo arbitral.

(F) Substituição do bem hipotecado, ou da garantia

Também por força do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, o devedor terá direito à troca do bem hipotecado, a qualquer momento, desde que (i) ofereça outro que garanta a obrigação e tenha liquidez semelhante ao hipotecado e (ii) comprove a necessidade da troca (como, por exemplo, a necessidade de negociá-lo). O devedor poderá, inclusive, oferecer bem de terceiro, desde que o terceiro o autorize, assumindo a responsabilidade pela satisfação do crédito (e não a obrigação)²⁶². Nesse caso, o terceiro deverá ser citado (e não apenas intimado da penhora como determina o artigo 655, § 1º, do CPC) para que participe do pólo passivo da execução²⁶³, evidentemente quando e se houver execução.

Se comprovar (e não simplesmente alegar) necessidade de troca do bem hipotecado (com, por exemplo, uma proposta de compra por escrito e assinada), a propriedade (dele ou de terceiro, acompanhada da assunção de responsabilidade deste) e a liquidez do bem oferecido em troca, o devedor terá direito à substituição, sendo irrelevante, nesse caso, a mera vontade do credor de não substituir o bem hipotecado.

O pedido de substituição da hipoteca judiciária por qualquer outra garantia, como fiança, ou caução mediante o depósito da quantia devida, não confere ao devedor o direito à substituição.^{264 265} Nesse caso, se – e somente se – concordar o

²⁶² Se a coisa deteriorar, o terceiro não é obrigado a substituir nem a reformar a garantia (artigo 1.427 do CC2002). O devedor, entretanto, é (artigo 466 do CPC).

²⁶³ O direito ao contraditório impõe que o terceiro garantidor participe do pólo passivo da execução (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições*, v. IV, p. 155 e 175). Nessa hipótese, há que se realizar citação na fase de cumprimento de sentença, o que não é nenhum absurdo, dado que a exigência tem natureza constitucional.

²⁶⁴ Contra, entendendo que o depósito em juízo do valor da obrigação autoriza o cancelamento da garantia: TJES, Agravo Regimental Recurso Especial Embargos de Declaração em Apelação Cível, 35010018618, Relator: Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Tribunal Pleno, j. 18/03/2010; TJSP, Agravo de Instrumento 990101349817, 20ª Câmara de Direito Privado, Relator Luis Carlos de Barros, j. 30.06.2010. Discordamos porque, se sobrevém falência, insolvência, liquidação extrajudicial ou recuperação do devedor, o dinheiro é arrecadado para a massa e o credor fica obrigado a habilitar seu crédito como quirografário. Habilitaria, entretanto, como credor com garantia real, segundo se defende nesta dissertação, caso a hipoteca judiciária fosse mantida. Se, por hipótese, o valor do imóvel for muito superior ao da obrigação (como era o caso do segundo precedente anteriormente citado, o devedor deve adquirir bem hipotecável e pedir a substituição da garantia. Dessa maneira, satisfaz-se o princípio da proporcionalidade e garante-se o direito de preferência do credor em eventual concurso especial de credores. O devedor ainda fica com a vantagem de poder auferir os rendimentos pelo aluguel do imóvel, talvez em valor superior à correção e juros da poupança (TR + 0,5%), protegendo-se melhor, portanto, do aumento da dívida provocado pela correção monetária e acréscimo de juros de mora.

credor, a substituição deverá ser deferida. Se discordar, deverá ser indeferida. Não se aplica, por suposta analogia, o artigo 1.491 do CC2002, que autoriza a substituição da hipoteca legal, a pedido do devedor, por título de dívida pública, federal ou estadual, ou por outra garantia, nesse caso, a critério do juiz. A hipoteca legal funda-se no interesse em garantir determinadas obrigações, quer por força de sua natureza, quer por força da fragilidade do credor frente ao devedor. A hipoteca judiciária funda-se no interesse público de que a tutela jurisdicional seja efetiva. Daí a impossibilidade de que se autorize a substituição da garantia sem o consentimento expresso do credor.

A hipoteca judiciária confere ao credor direito de preferência na excussão do bem hipotecado, inclusive no caso de falência, insolvência civil ou liquidação extrajudicial, conforme o caso, direito que nenhuma garantia pessoal oferece²⁶⁶. Em suma, o devedor terá direito à substituição, independentemente da vontade do credor, apenas se não houver prejuízo à qualidade (direito real sobre bem imóvel) e à extensão (valor do imóvel frente o valor da obrigação) da garantia^{267 268}.

O credor não tem direito à substituição da garantia.²⁶⁹ Pode requerer sua ampliação, caso descubra outro bem hipotecável do devedor e a obrigação não esteja completamente garantida.

²⁶⁵ A favor, mas sob o incorreto argumento de que o depósito prejudicaria o direito do credor porque seria acrescido apenas de correção e juros da poupança (TR + 0,5%): TJSP, Agravo de Instrumento 990101735113, 27ª Câmara de Direito Privado, Relator Benenice Marcondes Cesar, j. 18/05/2010. O fundamento para indeferir o pleito é o fato de que o depósito seria arrecadado em favor da massa no caso de falência, insolvência civil ou liquidação do devedor. A diferença entre a correção e juros da poupança (que remuneram o depósito) e os encargos impostos pela sentença (via de regra, correção por índices de inflação e juros de mora de 1% ao mês) são de responsabilidade exclusiva do devedor, que, em vez de pagar, recorre.

²⁶⁶ Em tese, seria possível que o devedor constituísse penhor em favor do devedor mediante ato bilateral, ou seja, desde que obtivesse o consentimento do credor. Nesse caso, não seria preciso discutir a aplicação do princípio da proporcionalidade, porque desnecessária a substituição da vontade das partes pelo Poder Judiciário.

²⁶⁷ Aqui considerando a possibilidade de o devedor oferecer em substituição imóvel objeto de hipoteca convencional, mas cujo valor seja de tal maneira expressivo que garanta a obrigação objeto da hipoteca convencional e a obrigação reconhecida na decisão jurisdicional em maior extensão do que a hipoteca judiciária inicialmente constituída.

²⁶⁸ Incorreta, portanto, a decisão proferida a decisão que substitui a hipoteca por constituição de capital: “*Já a pretensão de hipoteca judiciária, resta substituída por constituição de capital, nos termos do artigo 602 do CPC*” (TJRS, Apelação Cível Nº 70009519927, Décima Câmara Cível, Relator Luiz Ary Vessini de Lima, j. 25/11/2004), porque o credor não tem preferência sobre a exclusão do capital, ao contrário do que ocorre se tiver direito à hipoteca judiciária. O artigo 602 do CPC foi revogado pela Lei 11.232/2005.

²⁶⁹ RAFAELE FRAGA registrou a jurisprudência italiana nesse sentido: “*Secondo una risalente decisione di merito è da escludere che il debitore abbia il diritto di sostituire all’ipoteca giudiziale altra garanzia (Trib. Macerata 9 maggio 1951, Monit. trib. 1951, 249)*” (ob. cit., p. 1.104, item 19).

(G) Hipoteca judiciária e preclusão

A preclusão é a extinção de faculdade, direito ou poder processual pelo (i) decurso de prazo para prática do ato (preclusão temporal), (ii) pela prática de determinado ato processual de maneira incompleta (preclusão consumativa), ou (iii) pela conjunção de ambos os eventos anteriores (preclusão mista).

O direito à hipoteca judiciária não está sujeito à preclusão porque é um direito material acessório ao direito de crédito reconhecido em juízo.²⁷⁰ Embora decorra de um fato processual, a hipoteca judiciária não é um direito processual. De nada importa que decorra de norma constante do Código de Processo Civil. A hipoteca judiciária, antes de ser judiciária, é hipoteca e, como tal, nada mais é do que direito real de garantia, de natureza puramente material.

Como não ser passível de preclusão, a constituição da hipoteca judiciária pode ser requerida a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição, independentemente do tempo que transcorrer entre a publicação da decisão que a embasar e o requerimento do credor.

O credor pode, inclusive, requerer que a hipoteca recaia sobre determinado imóvel e, depois, descobrindo que o devedor é proprietário de outro imóvel, requerer que a hipoteca recaia também sobre ele, desde que o primeiro não garanta, sozinho, a satisfação das obrigações reconhecidas.

A possibilidade de o credor exercer o direito à hipoteca judiciária a qualquer tempo não exclui, entretanto, o trânsito em julgado da decisão que a indeferir ou deferir. A decisão que a indeferir, correto ou não seu fundamento, transitará em julgado, nos termos do artigo 471 do CPC, a menos que seja impugnada pela via recursal. Se a parte que se sentir prejudicada não impugnar a decisão pela via adequada, estará precluso o direito recursal²⁷¹, o que, entretanto, não se confunde com a (impossível) preclusão do direito à constituição da hipoteca.

²⁷⁰ IOLANDA MOREIRA LEITE, ob. cit., p. 76.

²⁷¹ TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70030489900, Décima Oitava Câmara Cível, Relator Pedro Celso Dal Pra, j. 23/07/2009.

(H) Extinção do direito real de hipoteca judiciária

As causas genéricas de extinção da hipoteca estão lançadas no artigo 1.499 do CC2002.²⁷² Direito acessório que é, a hipoteca extingue-se quando se extingue ou cessa exigibilidade da obrigação garantida, ou ainda quando a obrigação principal for declarada nula ou for anulada. O perecimento da coisa hipotecada e a resolução da propriedade (por nulidade, anulação ou ineficácia do ato de transmissão pelo qual o devedor hipotecário recebeu o bem) também extinguem a hipoteca. A arrematação ou adjudicação do imóvel também é causa de extinção da hipoteca, quer seja feita pelo credor hipotecário, quer seja feita por terceiro, mas, neste caso, desde que o credor hipotecário tenha sido intimado judicialmente a respeito da penhora.

O Código de Processo Civil não estipula causa especial de extinção da hipoteca judiciária. EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO menciona a prescrição, a extinção do crédito, a arrecadação de bens na execução contra o devedor insolvente e a penhora na execução contra devedor solvente²⁷³. A arrecadação e a penhora, entretanto, não extinguem a hipoteca judiciária, assim como não extinguem as outras hipotecas. No caso da arrecadação, a extinção ocorrerá pelo pagamento do crédito, se ocorrer, ou com a declaração de extinção das obrigações. No caso da penhora, a hipoteca vai extinguir-se pelo pela arrematação ou adjudicação do bem.

A hipoteca judiciária tem uma causa especial de extinção, que não vale para as demais hipotecas. Trata-se da reforma integral da decisão com base na qual foi constituída.

EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO defende que, diante da reforma da decisão, a extinção ou não da hipoteca judiciária depende de o recurso do credor ser dotado de efeito suspensivo.²⁷⁴ ²⁷⁵ LUIZ ALBERTO HOFF defende que a

²⁷² TJPR, 14ª C.Cível, AI 0423213-3, Relator Rubens Oliveira Fontoura, j. 10.10.2007.

²⁷³ Ob. cit., p. 18-19.

²⁷⁴ “Eliminada, porém, a condenação, aí sim cai a hipoteca. Resta verificar, todavia, se a cessação da eficácia da hipoteca depende de a supressão da condenação provir de julgamento tornado imutável (art. 467) ou não. Há que distinguir. Se o julgamento que cassou a condenação ficar exposto a recurso com efeito suspensivo (embargos infringentes, p. ex.) por força desse efeito conservar-se-á em vigor a hipoteca; se, porém, o recurso não tiver efeito suspensivo (recurso extraordinário, p. ex.) cessará a eficácia da hipoteca,

hipoteca se extingue com a reforma da decisão independentemente da concessão de efeito suspensivo ao recurso de impugnação da decisão reformadora.²⁷⁶ Seus argumentos são isonomia, uma vez que a hipoteca é constituída ainda que a decisão seja impugnada por recurso com efeito suspensivo, e a substituição da decisão anterior pela nova decisão nos termos do artigo 512 do CPC²⁷⁷.

O segundo argumento de LUIZ ALBERTO HOFF é, a nosso ver, o correto.²⁷⁸ A hipoteca judiciária é direito real de garantia que decorre do fato de uma obrigação ter sido reconhecida judicialmente. Se a decisão for reformada, o “fato” deixa de existir, de modo que a hipoteca judiciária perde seu lastro e, portanto, deve ser cancelada por mandado judicial expedido a requerimento do suposto devedor.²⁷⁹ O efeito suspensivo do recurso do credor, mesmo que impeça a eficácia da decisão reformadora, não altera a realidade de que o *fato do reconhecimento da obrigação* deixou de existir. Se, em terceira decisão, a obrigação for reconhecida, o credor terá direito a nova hipoteca.²⁸⁰

(I) Efeito da reforma parcial da decisão geradora de hipoteca judiciária

A reforma parcial da decisão pode implicar as seguintes situações: (i) exclusão de obrigação (remanescendo outra), (ii) inclusão de obrigação, (iii) diminuição do valor da obrigação ou (iv) aumento do valor da obrigação. Se o credor não tiver constituído a hipoteca judiciária, evidentemente deverá fazê-lo nos limites do que

pois assim como o julgamento pendente do recurso asseguraria o direito à execução provisória (art. 587, 2ª parte), em prol do vencedor (isto é, quem ficara vencido e tivera seus bens atingidos pela hipoteca em virtude do julgamento cassado) opera igualmente a extinção da hipoteca, que não pode mais prevalecer; perdeu sua razão de existir” (ob. cit., 15).

²⁷⁵ Nesse sentido, porém com apoio na doutrina de PONTES DE MIRANDA (ob. cit., p. 117), TJMS, Agravo Regimental em Apelação Cível 1000.072597-7/0003.00, 2ª Turma Cível, Relator Joenildo de Sousa Chaves, j. 10.04.2007.

²⁷⁶ No mesmo sentido, embora sem declinar fundamentos, MARINONI e MITIDIERO, ob. cit., p. 443.

²⁷⁷ “Ora, se o que constitui a hipoteca é uma sentença condenatória e o tribunal decidiu que aquela sentença não tem mais validade, deixa de existir a condenação que ensejou a hipoteca e, por consequência, deve o gravame ser desconstituído, com novo mandado do juiz, desta vez para cancelar a sua inscrição” (LUIZ ALBERTO HOFF, p. 85).

²⁷⁸ TJMS, Agravo 2001.007004-9, 1ª Turma Cível, Relator Atapoã da Costa Feliz, j. 16.10.2001.

²⁷⁹ Em Portugal, o Tribunal ordena de ofício ou a requerimento do devedor o cancelamento da hipoteca (MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES CAMPOS, ob. cit., p. 150). Considerando que lá a hipoteca se constitui mediante a apresentação de certidão da decisão, ao devedor dever-se-ia conferir a possibilidade de cancelar a hipoteca mediante a apresentação de certidão de reforma da decisão anterior.

²⁸⁰ Nesse sentido, corretamente, EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO: “Restabelecida porém a sentença (proveniente do recurso extraordinário, p. ex.) poderá ser inscrita nova hipoteca, que será outra hipoteca (a garantia do vencedor no intervalo entre a cessação da primeira e a efetivação da segunda regular-se-á pelo disposto nos arts. 592, V, e 593)” (ob. cit., p. 16)

tiver sido decidido por último. Se, entretanto, a hipoteca judiciária tiver sido constituída nos limites da decisão reformada, cabe questionar as possibilidades para credor e devedor.

No caso de exclusão de obrigação, o devedor terá direito à expedição de mandado para alterar a hipoteca. Tem interesse em fazê-lo porque pode, por exemplo, constituir garantia sobre o mesmo bem, o que eventualmente não conseguiria se a matrícula contivesse o registro da garantia da obrigação excluída.

Havendo diminuição do valor da obrigação, o devedor terá direito ao cancelamento das hipotecas excedentes, mantendo-se apenas as necessárias para garantir a satisfação do crédito que permaneceu reconhecido.²⁸¹ Não terá direito, entretanto, ao cancelamento de todas as hipotecas, mesmo que o valor da obrigação seja muito menor do que o valor do imóvel.²⁸² Se o valor da obrigação for diminuído, igual direito assistirá ao devedor.

Supondo que mais de um imóvel tenha sido hipotecado, o devedor terá direito ao cancelamento de todas as hipotecas desnecessárias para a garantia das obrigações remanescentes. Não se aplica, aqui, o princípio da indivisibilidade dos direitos reais (artigo 1.422 do CC2002), segundo o qual o pagamento parcial da dívida não reduz a garantia proporcionalmente²⁸³, porque a reforma parcial da decisão não significa pagamento, mas apenas alteração do título hipotecário.

Havendo inclusão ou aumento do valor da obrigação, o credor deverá requerer novo mandado para criar nova hipoteca sobre o mesmo bem, ou sobre outro, se o valor do primeiro não suportar garantir a nova obrigação. Repita-se: nova hipoteca. Não é lícito ao credor aumentar a mesma hipoteca. Admiti-lo implicaria permitir o prejuízo a outros credores do devedor comum. Se um segundo credor realiza, sobre o mesmo bem, hipoteca de segundo grau (judiciária, convencional ou legal), o primeiro credor que obtém o reconhecimento de outra obrigação ou de valor maior deve constituir

²⁸¹ Na Itália, o credor o faz mediante procedimento de redução da hipoteca (ALBERTO RAVAZZI, ob. cit., p. 267).

²⁸² Cancelando a hipoteca após diminuição do valor da obrigação, mesmo sem o trânsito em julgado, embora extinguindo, incorretamente, todas elas: TJPR, 18ª C.Cível, AI 0634913-9, Relator Mário Helton Jorge, j. 10.02.2010.

²⁸³ MARCO AURÉLIO S. VIANA, p. 705-706.

hipoteca de terceiro grau para garantia desse acréscimo. O tratamento deve ser isonômico, atendendo-se ao princípio da especialidade e da anterioridade do registro.^{284 285}

(J) Responsabilidade civil do credor, do juiz e do Estado em razão de o título ser reformado

Seria possível responsabilizar a parte, o juiz ou o Estado pelos prejuízos decorrentes de hipoteca judiciária que, posteriormente, se extingue em razão da reforma (definitiva) da decisão que lhe deu ensejo?

EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO defende a idéia da responsabilidade objetiva da parte vencedora.²⁸⁶ MARÇAL JUSTEN FILHO *ET ALL* defendem que a responsabilidade seja subjetiva²⁸⁷.

A especialização e registro da hipoteca judiciária constitui exercício regular de direito. *A priori*, não há como responsabilizar o credor por eventual dano decorrente da reforma da decisão com base na qual a hipoteca foi constituída. Como a hipoteca judiciária não constitui tutela executiva, tutela cautelar, nem antecipação de

²⁸⁴ Também assim na Itália (RAVAZZI, ob. cit., p. 268).

²⁸⁵ E em Portugal: “É evidente que, revogada a sentença que serviu de fundamento ao registo da hipoteca, esta perde a sua eficácia, desde que a revogação incida sobre o próprio facto da condenação, e não apenas, por exemplo, sobre o seu quantitativo. Mas, se este quantitativo é aumentado, a hipoteca não produzirá efeito, no que respeita à diferença, senão a partir da data em que ele ficar a constar do registo, de acordo com os princípios em matéria de registo predial” (VAZ SERRA, *Hipoteca*, ob. cit., p. 295).

²⁸⁶ “Situação semelhante pode apresentar-se em relação a providências cautelares e à execução provisória da sentença. Em ambas, quem as promoveu ficará objetivamente sujeito a ressarcir os danos que houver ocasionado (...). Dadas essas disposições, vê-se que a lógica do sistema sugere tratamento igual para o vencedor que requeira a inscrição da hipoteca judiciária, mas, depois, sai vencido em grau de recurso. Parece justificado, porém, que à cassação da sentença acresça o trânsito em julgado, pois enquanto isso não ocorrer a condenação poderá vir a ser restaurada em novo julgamento também em grau de recurso, afastada qualquer possibilidade de indenização” (ob. cit., p. 51).

²⁸⁷ “Também porque não é ‘tutela de urgência’, não há que se falar em ‘responsabilidade objetiva’ do beneficiário (CPC, art. 811) no caso de cassação ou reforma da sentença-título constitutiva da hipoteca. A regra do art. 811 do CPC – explícita para as cautelares, extensível às antecipatórias – que tem na sua base a consideração de que aquele que requer a medida arca com os riscos de prejuízo para o adversário, se derrotado ao final. É o mesmo princípio que rege a responsabilidade objetiva na execução provisória (art. 588, I): o suposto credor tem a opção de desde logo dar início à atuação executiva ou aguardar o trânsito em julgado – e assume o risco ao optar pela segunda alternativa. Mas não se pode impor semelhante risco àquele que pura e simplesmente obteve sentença condenatória, por si só bastante para a hipoteca. Não se concebe responsabilidade objetiva em virtude da obtenção de sentença depois revista. Eventualmente, a parte beneficiada pela hipoteca até será responsabilizada por danos que causou ao adversário. Mas requisito indispensável para tanto é o de que tenha litigado de má-fé para conseguir a sentença condenatória. Em suma, a responsabilidade por futuros e eventuais prejuízos decorrentes da hipoteca judicial é subjetiva. Mais ainda, avalia-se a responsabilidade em face do exercício abusivo do direito de ação, e não propriamente, na hipoteca judiciária” (ob. cit., 127).

tutela²⁸⁸, não há como atrair ao credor a responsabilidade objetiva prevista para aquelas hipóteses. Além disso, a hipoteca judiciária não implica impossibilidade jurídica de alienação do bem hipotecado. Seria desprestigiá-la a garantia e o próprio órgão julgador outorgar a hipoteca judiciária ao credor, mas expondo-o ao risco de ter de indenizar (independentemente de culpa) o suposto devedor se a decisão fosse reformada.

De outro lado, se a parte age com dolo para obter decisão constitutiva de hipoteca judiciária, poderá ser responsabilizada, não apenas pela hipoteca, mas também pela própria decisão condenatória, nos termos do artigo 16 do CPC²⁸⁹, desde que preenchidos todos os demais requisitos legais da responsabilidade *aquiliiana* (nexo causal direito e imediato e dano).

Também não poderá o suposto devedor responsabilizar o juiz (nem, conseqüentemente, o Estado), a menos que decida com dolo de prejudicar o suposto devedor, ou se omita sem justo motivo, apesar de notificado pelo escrivão, a requerimento da parte, conforme artigo 133 do CPC²⁹⁰. Nesse caso, o Estado responderá objetivamente pela obrigação (artigo 37, § 6º, da CF).

Na Itália, a registro da discussão sobre a responsabilidade do credor e do oficial de registro de imóveis²⁹¹, discussão que faz sentido, naquele sistema, porque a hipoteca é registrada mediante requerimento do credor instruído com decisão de reconhecimento de seu crédito. Não há, pois, necessidade de mandado, o que, no nosso sentir, é uma desvantagem em relação ao nosso sistema, tendo em vista que a exigência de mandado permite o controle da idoneidade do título, a observância do contraditório e da proporcionalidade.

De todo modo, a responsabilidade é de difícil configuração mesmo no caso em que a hipoteca deriva de *decreto ingiuntivo*, porque fica condicionada à

²⁸⁸ O que foi discutido anteriormente neste trabalho.

²⁸⁹ Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

²⁹⁰ Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, opor intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

²⁹¹ PASQUALE DE LISE e LUIGI COSSU, ob. cit., p. 182-183.

inexistência do direito ou à resistência, com dolo ou culpa grave, do credor no procedimento de redução de hipoteca.²⁹²

²⁹² FRANZONI, ob. cit., p. 2.185; MACARIO, ob. cit., p. 267-268; CARPRI, COLESANTI e TARUFFO, ob. cit., p. 2.176.

X - FORMALIZAÇÃO DA HIPOTECA JUDICIÁRIA

(A) Competência para determinar o registro da hipoteca nos diferentes graus de jurisdição e direito ao duplo grau de jurisdição

A competência para determinar a constituição da hipoteca é do próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão de reconhecimento da obrigação, exceto (i) no caso de sentença estrangeira e sentença arbitral e (ii) no caso de recurso.

As diretrizes que devem nortear a determinação do órgão competente para apreciar a hipoteca judiciária são duas: a garantia do duplo grau de jurisdição e o exercício da jurisdição.

No caso de sentença estrangeira e de sentença arbitral, a competência para decidir o requerimento será do juízo perante o qual tais decisões serão executadas. O órgão jurisdicional estrangeiro carece de poder para decidir com eficácia no território nacional. Ao conselho arbitral também falta esse poder, uma vez que sua atividade jurisdicional tem fim com feitura do laudo arbitral. Por isso, o credor cujo crédito tiver sido reconhecido em sentença estrangeira ou arbitral deverá requerer a constituição da hipoteca judiciária ao juízo competente para processar a execução.

No tocante à competência dos órgãos julgadores de recursos ordinários e extraordinários, discute-se se o momento a partir do qual o órgão que deixa de ter competência para determinar a constituição da hipoteca. A antiga redação do artigo 463 do CPC rezava que, publicada a sentença, “*o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional*”, o que levou CLÁUDIO TEIXEIRA DA SILVA²⁹³ à conclusão de que após a sentença o juiz que proferiu a sentença não poderia decidir a respeito da hipoteca judiciária. MARÇAL JUSTEN FILHO *ET ALL* afastam esse óbice sob o argumento de que a ordem de especialização e registro da hipoteca teria natureza de despacho²⁹⁴, razão pela qual poderia ser proferida independentemente do término da jurisdição do juiz que prolatou a decisão.

²⁹³ Ob. cit., p. 46-47.

²⁹⁴ Ob. cit., p. 122-123.

O artigo 463 do CPC não contém mais a expressão “*termina sua atividade jurisdicional*”. Na redação atual, o dispositivo limita-se a proibir que a decisão final seja alterada pelo órgão que a prolatou, a menos no caso de embargos declaratórios ou erro material. Dessa maneira, mesmo após decisão final, o órgão julgador permanece com competência para decidir a respeito da hipoteca judiciária, porque o artigo 466 do CPC lhe outorga essa atribuição.

Assim como compete ao juiz decidir a respeito dos efeitos da apelação (artigo 518, *caput*) e a respeito da admissibilidade do apelo (artigo 518, §§ 1º e 2º, do CPC), também deve decidir a respeito da hipoteca judiciária (artigo 466 do CPC). Do contrário, seria preciso admitir que a decisão sobre a hipoteca fosse tomada apenas pelo órgão julgador do recurso, ou que o juiz determinasse a constituição da hipoteca na própria sentença, o que é inviável porque não pode deferi-la de ofício (exceto no processo do trabalho), nem pode a parte torná-la objeto do processo pela inserção, na inicial, de pedido com o propósito de constituí-la.

Se a hipoteca tiver como fundamento decisão interlocutória de caráter definitivo (como a decisão que impõe multa processual), o pleito será formulado ao juiz de primeiro grau, ao menos até o momento em que for possível pedir a constituição da hipoteca para garantia da decisão final.

Se o fundamento for a decisão final, o requerimento deverá ser decidido pelo juiz que prolatou a sentença, desde que formulado a partir do registro da sentença em cartório até o despacho que determinar o envio dos autos ao órgão de segundo grau. O juízo de primeiro grau continua presidindo o processo mesmo entre a decisão que recebe a apelação²⁹⁵ e o despacho que determina o envio dos autos ao órgão superior, tanto que pode reexaminar os requisitos de admissibilidade após a apresentação de contrarrazões, razão pela qual mantém a competência para apreciar o requerimento de constituição da hipoteca. Assim como na hipótese anterior, a parte impugnar a decisão pela via do agravo de instrumento.

A regra geral do artigo 522 do CPC é de que o agravo deve ser retido, salvo as exceções legais. À míngua de exceção específica para o caso da decisão

que especializa e determina o registro da hipoteca judiciária, o jurisdicionado deve demonstrar a presença de lesão grave e de difícil reparação. Essa situação nem sempre se faz presente. Nesse caso, a parte não teria direito a recorrer?

O agravo retido não é possível porque precisaria ser reiterado na apelação, ou nas contrarrazões de apelação.²⁹⁶ Melhor seria que a lei acrescentasse outra exceção à regra geral, admitindo agravo de instrumento não apenas para impugnar a decisão que declara os efeitos em que a apelação é recebida, mas também a decisão que julga requerimento de constituição, cancelamento ou substituição de hipoteca judiciária. Mesmo na ausência do texto legal, deve-se admitir o agravo de instrumento, como admite a jurisprudência nas questões incidentais ao processo de execução, ainda que não exista prejuízo de dano irreparável ou de difícil reparação, justamente pela ausência de oportunidade futura de encaminhar a questão para julgamento.

Depois do despacho que ordena o envio dos autos ao órgão superior, o requerimento deve ser apreciado pelo relator do apelo (ou pelo presidente do tribunal enquanto não houver relator sorteado), caso em que a parte contrária poderá impugnar a decisão junto ao órgão colegiado.²⁹⁷ O CPC não prevê recurso para decisão do relator sobre essa questão, mas alguns regimentos internos prevêem os chamados agravos regimentais para submeter ao colegiado decisões monocráticas que não julguem o recurso, mas que tragam prejuízo à parte²⁹⁸. Se não constar meio de impugnação no regimento do tribunal, a parte exercerá seu direito ao duplo grau de jurisdição pela via do mandado de segurança.

²⁹⁵ TJPR, 8ª C.Cível, AI 0508409-5, Palmas, Relator Arno Gustavo Knoerr, j. 13.08.2009.

²⁹⁶ Conhecendo de agravo retido interposto depois da apelação (e, portanto, não reiterado no apelo), TJMG, Apelação Cível nº 1.0271.01.002319-7/001, 9ª Câmara Cível, Relator Osmando Almeida, j. 02.06.2009. Nesse julgado, afirmou-se que a irresignação deveria constar do apelo. Discordamos porque a hipoteca judiciária não faz parte do objeto do processo e também porque o credor poderia requerer a hipoteca apenas após a interposição do apelo, de modo que o problema só se resolveria pela previsão de hipótese excepcional de cabimento de agravo de instrumento.

²⁹⁷ O TJMS deixou de apreciar requerimento porque não foi formulado ao juízo *a quo* e porque formulado em contrarrazões de apelação (TJMS, Apelação Cível 2004.007640-1, 4ª Turma Cível, Relator Rêmolo Letteriello, j. 17.08.2004). Embora o requerimento, de fato, tenha sido feito em peça equivocada, julgamos que a competência para apreciar o pleito era do tribunal.

²⁹⁸ Como, por exemplo, o artigo 253 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Art. 253. Salvo disposição em contrário, cabe agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, das decisões monocráticas que possam causar prejuízo ao direito da parte.

Mesmo que a apelação não seja dotada de efeito suspensivo, o requerimento deverá ser formulado ao órgão que estiver presidindo o processo.²⁹⁹ O expediente da formação de autos para execução provisória não serve para a constituição da hipoteca, simplesmente porque ela não consiste em ato de execução.

De outra banda, se o apelo for parcial, o requerimento de hipoteca para a garantia da parte da decisão que transitou em julgado deverá ser feita ao juízo exequendo. A hipoteca para a garantia da parte da decisão impugnada, ao órgão que, por força do recurso, estiver presidindo o processo.

Após o julgamento da apelação, o requerimento deve ser dirigido ao juízo exequendo, a menos seja cabível ou penda julgamento de embargos infringentes, hipótese na qual o relator permanecerá com competência para decidir eventual requerimento de constituição, substituição ou cancelamento de hipoteca. Findo o julgamento dos embargos infringentes, o requerimento deverá ser dirigido ao juízo exequendo.³⁰⁰

Depois que julgam os recursos ordinários, os órgãos de segundo grau de jurisdição deixam de presidir o processo, cessando, portanto, a competência para decidir a respeito da hipoteca. Mesmo que sejam interpostos recursos especial e extraordinário, não competirá ao órgão responsável pelo juízo de admissibilidade apreciar o requerimento, quer porque sua função limita-se ao juízo de admissibilidade, quer pela impossibilidade de a parte contrária exercer direito ao duplo grau de jurisdição. Muito mais sensato, portanto, é que o requerimento seja feito ao juízo exequendo, no bojo dos autos da execução provisória.

Se forem admitidos recursos extraordinários e se lhes for concedido efeito suspensivo, impossibilitando a execução provisória (e, via de consequência, o exercício de jurisdição pelo juízo exequendo), o requerimento deverá ser

²⁹⁹ Admitindo pedido de inscrição de hipoteca judiciária perante o juízo de primeiro grau em autos apartados, apesar de se tratar de ação de prestação de contas (na qual a apelação é dotada de efeito suspensivo): Agravo de Instrumento Nº 70016924573, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 13/02/2007.

³⁰⁰ Contra, deferindo a hipoteca requerida após a publicação do acórdão de apelação, com base em disposição regimental segundo a qual atos de execução do acórdão competem ao relator, TJPR, 2ª Câmara Cível, Agravo Regimental 0068714-9/02, Des. Relator Marques Cury, j. 18/11/1999.

formulado perante o relator do recurso extraordinário dotado de efeito suspensivo. A decisão poderá ser impugnada pela via do agravo regimental, e, na falta de previsão, pela via do mandado de segurança, assegurando-se, sempre, o direito ao duplo grau de jurisdição.

O mesmo raciocínio anteriormente exposto deve ser aplicado no caso de o recurso especial ou extraordinário impugnar parcialmente o acórdão. A parte da decisão que transitar em julgado poderá ser executada em caráter definitivo, competindo, portanto, ao juízo exequendo decidir a respeito da hipoteca judiciária.

Os órgãos que tiverem competência para decidir a respeito da constituição de hipoteca também serão competentes para apreciar eventual requerimento de cancelamento ou substituição da hipoteca (ou do bem hipotecado). Antes de decidir e em qualquer hipótese, deverão observar o princípio do contraditório, assegurando que devedor ou credor (conforme o caso) participem, com antecedência, do processo decisório.

(B) Procedimento para especializar e registrar

Uma vez que a hipoteca judiciária não depende do processo de especialização relativo à hipoteca legal (artigos 1.205 a 1.210 do CPC), seu registro, devidamente previsto no artigo 167, I, 2, da LRP, deve ocorrer mediante mandado judicial, por expressa determinação do artigo 466 do CPC de que seja feito conforme a LRP.

Basta, portanto, que o credor indique os bens imóveis sobre os quais pretende recaia a hipoteca, comprovando-lhes o valor, apontando, ainda, o valor do crédito. Após estabelecer o contraditório, o juiz decidirá a respeito do pleito, determinando a expedição de mandado para registro no banco de dados perante o qual o bem for registrado.

O artigo 221 da LRP estabelece o rol taxativo de títulos registráveis. De todos os tipos de documentos judiciais previstos no artigo 221 da LRP, o mandado é o que mais se amolda ao registro da hipoteca judiciária.³⁰¹ A carta de sentença

³⁰¹ O item 54 do Capítulo IV do Tomo I das normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo prevê, entre outros documentos, a expedição de mandado para registro, averbação e de retificação,

refere-se à execução da sentença³⁰² e deve ser usada, por exemplo, para registrar a sentença de especialização de hipoteca legal. O formal de partilha diz respeito, obviamente, às sentenças que homologam a partilha de bens, como ocorre nos inventários, separações ou divórcios. As certidões não contêm ordem judicial, não podendo, portanto, ser utilizadas para hipoteca judiciária, uma vez que o artigo 466 do CPC exige que o ato seja praticado “*por ordem*” do juiz.³⁰³

Caso o requerimento de especialização da hipoteca judiciária seja deferido por tribunal, a ordem deve ser instrumentalizada por mandado assinado pelo desembargador relator, ou por mandado expedido no bojo de carta de ordem dirigida ao juízo que lhe for subordinado³⁰⁴.

Totalmente desnecessário que o mandado com ordem de registro da hipoteca seja protocolado no cartório de registro de imóveis por oficial de justiça. Nem todo mandado precisa ser cumprido por oficial de justiça. A intermediação do oficial de justiça só se faz necessária nos casos em que a lei determinar. O mandado de levantamento de valores depositados à disposição do juízo, que a parte apresenta à instituição financeira depositária, é um exemplo de mandado que não se cumpre por meio de oficial de justiça. O mandado de prisão que é enviado à Polícia Judiciária também é exemplo de mandado que não se cumpre por oficial de justiça. O mandado de renovação de contrato de aluguel e o mandado de abertura de matrícula para usucapião, ambos entregues à parte interessada, são, igualmente, exemplos, dentre diversos outros, de mandados para cujo cumprimento é dispensada a participação do oficial de justiça.

determinando que o escrivão-diretor autentique e confira as peças que o instruírem, certificando, ainda, a autenticidade da assinatura do juiz que subscrever.

³⁰² Conforme artigo 484 do CPC (execução de sentença estrangeira homologada), artigo 475-O, § 3º, do CPC, que substituiu o revogado artigo 589 do CPC, embora sem mencionar a expressão “carta de sentença” e artigo 521 do CPC.

³⁰³ Note-se que a averbação de distribuição de execução prevista no artigo 615-A do CPC é feita mediante certidão, em consonância com o artigo 97 da LRP, que aceita “*petição acompanhada de certidão*” para realizar averbações. Nesse sentido, é equivocada a referência à averbação de penhora feita no artigo 659, §§ 4º e 6º, do CPC (inserido pela Lei 11.382/2006), uma vez que a penhora é ato objeto de registro (e não de averbação), nos termos do artigo 167, I, 5, da LRP (que, embora anterior, é mais específico e, na antinomia de leis de mesmo nível hierárquico, prevalece, cf. artigo 2º, § 2º, da LICC).

³⁰⁴ O artigo 358 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça determina que os atos de seus desembargadores sejam executados por mandado, carta de ordem, ofício, ou devolução dos autos ao juízo de origem. Cada Tribunal, por óbvio, tem seu próprio regimento interno, mas não se afigura absurda a expedição de mandado pelo Tribunal, ainda que não exista previsão regimental, quer quando atuando em razão de competência originária, quer quando atuando em razão competência recursal.

Bem por isso, é desnecessária a expedição de carta precatória (artigo 200 do CPC) para registrar a hipoteca na matrícula de imóvel que se localize fora Comarca de onde provém a decisão.³⁰⁵

Se houver condições materiais, o mandado poderá ser expedido e entregue de forma eletrônica ao oficial de registro de imóveis diretamente pelo juízo.³⁰⁶

Em se tratando de bem sujeito a registro nos escritórios imobiliários, o mandado judicial deve conter todas as características do imóvel, nos termos do artigo 225 da LRP, e todos os dados do credor e do proprietário, como nome, endereço, números de registro geral de identificação civil e de cadastro de pessoa física ou jurídica junto ao Ministério da Fazenda.³⁰⁷ Caso tais informações não constem dos autos do processo, ou da matrícula do imóvel, o juiz deverá determinar, a requerimento do credor, que o devedor forneça as informações, sob pena de multa pelo cometimento de ato de má-fé, desleal e atentatório à dignidade da justiça (artigos 14, II, e 125, III, do CPC). Caso o devedor não preste as informações, o juiz deverá requisitá-las junto aos órgãos competentes (sem prejuízo das sanções processuais e penais cabíveis). Uma vez ordenada a inscrição, não pode o oficial de registro de imóveis recusar o registro, sob pena de responsabilidade civil.³⁰⁸ Tudo isso a fim de viabilizar a constituição do direito real de hipoteca judiciária.

³⁰⁵ Como ocorre, igualmente, na penhora de bem localizado fora da Comarca perante a qual tramita a execução.

³⁰⁶ A ARISP – Associação dos Registradores de Imóveis de São Paulo mantém convênio com o Poder Judiciário do Estado de São Paulo pelo qual é possível que os juízes realizem bloqueios, averbações de penhoras e outros atos construtivos nos imóveis registrados nos 20 (vinte) escritórios da Comarca de São Paulo-SP. No futuro, talvez todos os escritórios judiciais e escritórios de registro estejam informatizados e integrados.

³⁰⁷ O artigo 41 da Seção II, do Capítulo IV, do TOMO I das normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo estabelece que: “*Deverão constar das cartas de sentença, de adjudicação ou arrematação e das certidões e mandados referentes a imóveis, a matrícula, ou o registro anterior, seu número e cartório, assim como, se possível, os números de R.G. e do C.P.F. dos intervenientes*”.

³⁰⁸ STJ, RMS 8.310/RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 10/03/1998, DJ 18/12/1998, p. 356.

XI - BENS HIPOTECÁVEIS

(A) Presentes e futuros

O rol de bens hipotecáveis consta do artigo 1.473³⁰⁹ c/c 1.230³¹⁰ do CC2002.³¹¹

Esses mesmos bens servem para todas as espécies de hipoteca. Por isso, para fins de estudo da hipoteca judiciária, é desnecessário estudar cada um deles. Basta que o credor sempre tenha em mente a necessidade de que a hipoteca seja registrada na forma estipulada na lei para o bem que tiver apontado, atendendo-se, assim, aos princípios da publicidade e da especialidade.

São hipotecáveis os bens do próprio devedor, ou de terceiro, caso este concorde em oferecê-los. Podem ser hipotecados, ainda, bens de terceiro quando se lhes estender a responsabilidade pelo pagamento da obrigação, como ocorre na desconsideração da personalidade jurídica. Os bens alienados ou onerados em fraude contra credores ou em fraude à execução podem ser hipotecados desde o ato seja anulado ou declarado ineficaz previamente.³¹²

Cumprе anotar que não há uma característica que os reúna. O legislador entendeu serem hipotecáveis bens tão diferentes como um apartamento, estradas de ferro, aeronaves e recursos minerais.

Também é digno de destaque que podem ser objeto da garantia todos os bens hipotecáveis do devedor (e não de terceiros, a menos que o devedor

³⁰⁹ Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca: I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II - o domínio direto; III - o domínio útil; IV - as estradas de ferro; V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI - os navios; VII - as aeronaves. VIII - o direito de uso especial para fins de moradia; IX - o direito real de uso; X - a propriedade superficiária. § 1º A hipoteca dos navios e das aeronaves rege-se-á pelo disposto em lei especial. § 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos IX e X do caput deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

³¹⁰ Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

³¹¹ Mantendo, erroneamente, a hipoteca judiciária sobre dinheiro do devedor: TJPR, 10ª C.Cível, AI 0649077-1, Relator Nilson Mizuta, j. 06.05.2010.

os indique com o consentimento do proprietário), presentes e futuros. Essa questão não é objeto de análise da nossa doutrina, mas sempre presente, concluindo no sentido anteriormente exposto, no direito italiano³¹³ e no direito português³¹⁴.

A razão pela qual os bens futuros também estão sujeitos à hipoteca é simples. O direito à hipoteca judiciária permanece íntegro até o limite do crédito, enquanto existir o crédito e a decisão que o reconhecer. Por isso, se a hipoteca é constituída sobre determinado bem, mas, depois, o devedor vem adquirir mais um bem hipotecável, o credor pode constituir hipoteca sobre esse bem mais recente, desde que – evidentemente – o primeiro não sirva para garantia de toda a obrigação.

(B) Dever de indicá-los

Para fins de hipoteca judiciária, interessa saber de que é do credor o ônus de descobrir bens do devedor. Como não se trata de execução, o credor que pretenda hipotecar bem do devedor não terá à sua disposição os mecanismos que a lei confere no contexto da execução, como a intimação do devedor para indicar bens à penhora, sob pena de multa (artigo 600 do CPC), e a quebra do sigilo fiscal mediante requisição de cópia da declaração de imposto de renda do devedor, entre outros.

Realizar a pesquisa de imóveis por conta própria é impraticável.³¹⁵ No Brasil, existe um número gigantesco de cartórios de registro imobiliário, cada um com seu banco de dados próprio, que não se comunica com os demais. Afinal, essa pesquisa requer que cada cartório, a alto custo, seja instado a realizar pesquisa no nome do proprietário, sem a menor garantia de que o bem será efetivamente

³¹² TJSP, Agravo de Instrumento 990104179912, 23ª Câmara de Direito Privado, Relator José Marcos Marrone, j. 24.11.2010.

³¹³ *“In forza dell’art. 2828, l’ipoteca giudiziale può essere iscritta su uno qualunque degli immobili appartenenti al debitore ed che su quelli che entrano nel suo patrimonio dopo la condanna. Infatti, i beni che possono esser colpiti da ipoteca giudiziale sono tutti quelli presenti e futuri del debitore (osservandosi al riguardo che ‘il principio di specialità viene rispettato al momento dell’iscrizione’: Chianale, 1993, 170)”* (FRANCESCO MACARO, ob. cit., p. 267).

³¹⁴ *“A hipoteca pode ser registada sobre os bens presentes e futuros a partir do momento que entrem no património dele”* (VAZ SERRA, *Hipoteca*, ob. cit., p. 291).

³¹⁵ EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO escreveu há quase 30 (trinta) anos algo que, infelizmente, continua válido: *“Os brasileiros não exploram adequadamente o notável auxílio que o registro público imobiliário pode proporcionar à eficácia do processo”* (ob. cit., p. 11).

encontrado, mesmo que ele efetivamente exista. Fossem informatizados os cartórios e reunidas todas as informações num único banco de dados, a pesquisa tornar-se-ia viável.

Como um banco de dados unificado não existe, o credor (i) ou sabe que o devedor é proprietário de bem hipotecável, ou (ii) simplesmente não constitui a garantia. Se a decisão for exequível, o credor pode iniciar a execução, lançar os meios necessários para descobrir bens à penhora e, descobrindo bens hipotecáveis, constituir sobre eles hipoteca judiciária.

Não parece ser adequado, entretanto, diferenciar as situações, de modo que só a partir do momento em que a decisão se tornar exequível seja possível descobrir, com auxílio do juízo, a existência de bens hipotecáveis. Parece-nos que o dever de lealdade impõe ao devedor a obrigatoriedade de indicar bens hipotecáveis caso o juiz determine. Assim, se o credor demonstrar que esgotou os meios pelos quais poderia localizar bens hipotecáveis, exibindo certidões de pesquisa de imóveis nos escritórios imobiliários das Comarcas em que o devedor tiver domicílio, o juiz deverá determinar que o devedor informe ter ou não bens hipotecáveis³¹⁶. Se necessário, o juiz deve requisitar declaração de imposto de renda ao órgão público competente (porque seu compromisso é com a efetividade do processo), de modo a assegurar o exercício do direito de garantia pelo credor.

(C) Bem de família

Outro ponto que também já foi objeto de debate no Superior Tribunal de Justiça é a possibilidade de constituir hipoteca judiciária sobre bem de família.³¹⁷ A Quarta Turma decidiu pela impossibilidade^{318 319}, assim como o fizeram outros tribunais³²⁰. Esse também é o posicionamento da doutrina³²¹.

³¹⁶ Deferindo a intimação do devedor para exhibir instrumento de aquisição de imóvel cuja existência foi declarada pelo próprio devedor em depoimento pessoal: TJPR, 5ª C.Cível, AC 0165294-2, Relator Domingos Ramina, j. 01.03.2005.

³¹⁷ Não se deve esquecer que o bem é impenhorável *relativamente* a determinadas obrigações. Se a impenhorabilidade não for oponível à obrigação objeto do processo, a discussão não tem cabimento.

³¹⁸ “Mandado de segurança contra ato judicial. Hipoteca judiciária sobre bem residencial impenhorável. Cabimento do “mandamus”. Lei 8.009/90. Art. 266 do CPC. necessidade de citar os litisconsortes. Pelas circunstâncias da espécie, e cabível o mandado de segurança contra o ato judicial que determinou a constituição da hipoteca legal sobre o imóvel residencial do impetrante, pois esse instituto está subsumido na área de abrangência do art. 1. da Lei 8.009/90. (...)” (STJ, RMS 8.281/RJ, Relator Ministro Barros

De outro lado, a Terceira Turma³²², adotando posição mais prudente, decidiu que essa matéria deve ser decidida posteriormente, em execução de sentença.

A nosso ver, esse entendimento é o mais correto, pois pode acontecer de o bem não se enquadrar mais na condição de bem de família quando da execução do julgado, devendo a condição de impenhorabilidade ser aferida no momento da eventual efetivação de penhora, que pode não vir a ser necessária.

Dessa maneira, deve-se constituir a hipoteca e, quando de eventual execução, o juiz, antes de deferir a penhora sobre o bem hipotecado, deverá conferir ao devedor a oportunidade de comprovar que se trata de bem de família, e, portanto, impenhorável. Se nenhum bem for encontrado, o crédito prescreverá e a hipoteca, conseqüentemente, extinguir-se-á, devendo, só então, ser cancelada.

(D) Bens de pessoa jurídica de Direito Público

Se o devedor for pessoa jurídica de Direito Público, integrante, portanto, da Fazenda Pública, a hipoteca judiciária não é viável.³²³ Segundo o artigo 730 do CPC³²⁴, o processo de execução em face da Fazenda Pública é especial. Não há penhora e o pagamento é feito mediante precatório. Acrescente-se, ainda, a inutilidade de destacar um bem do patrimônio público para sobre eles exercer preferência, porque não

Monteiro, Relator p/ acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 16.12.1997, DJ 27.04.1998, p. 164).

³¹⁹ No mesmo sentido, mesmo com relação à fração ideal do cônjuge proprietário falecido: TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70013776851, Sétima Câmara Cível, Relator Luiz Felipe Brasil Santos, j. 25/01/2006.

³²⁰ TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70001693639, Sexta Câmara Cível, Relator João Pedro Pires Freire, j. 06/12/2000; TJPR, 8ª C.Cível; AI 0446328-7; Relator Gil Francisco de Paula Xavier F Guerra, j. 31.07.2008.

³²¹ “Como o escopo principal da hipoteca judiciária é assegurar o sucesso da posterior execução, deverão ser observadas as regras sobre impenhorabilidade quando se determinar o bem objeto da hipoteca.” (MARÇAL JUSTEN FILHO ET ALL, ob. cit., p. 125). No mesmo sentido, PAULO LEME FERRARI e ADRIANO AUGUSTO CORREA LISBOA (ob. cit., p. 96) e ARTHUR JOSÉ FAVERET CAVALCANTI (ob. cit., p. 35).

³²² “Impenhorabilidade do bem de família, em face de hipoteca judiciária, cuja inscrição fora ordenada pelo juiz. Questão a ser suscitada noutro momento, acompanhada da prova da destinação do imóvel. Inocorrência de afronta a lei n. 8.009/90. Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 52.933/SP, Relator Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 11.10.1994, DJ 14.11.1994, p. 30.957).

³²³ CARVALHO SANTOS (*Código de Processo Civil Interpretado*, ob. cit., p. 126), sob o argumento de que os bens são inalienáveis. Atualmente, o argumento não se sustenta porque, preenchidos certos requisitos, os bens públicos podem ser alienados (BANDEIRA DE MELO, ob. cit., p. 780, item 23).

há concurso de credores quando o devedor é a Fazenda Pública. Os créditos são pagos conforme a ordem de chegada do precatório, diferenciando-se apenas em créditos de pequeno valor (definido em lei), créditos de natureza alimentícia (titulados por pessoas com mais de 60 anos ou com doença grave, e titulados pelas demais pessoas) e os demais créditos, todos previamente reconhecidos em juízo (artigo 100 da CF, com redação dada pela EC 62/2009).

(E) *De lege ferenda*, penhor judiciário

Conforme já foi amplamente discutido neste trabalho, a hipoteca judiciária fundamenta-se no direito ao processo efetivo e no interesse de que as decisões de caráter jurisdicional sejam cumpridas.

A lei outorga ao credor o direito real de garantia pelo fato de seu crédito ter sido reconhecido em juízo. A garantia só se viabiliza, entretanto, se o devedor for proprietário de bens imóveis. Impedir o direito a uma garantia única e exclusivamente porque o devedor não é proprietário de bem imóvel não parece ser, contudo, o mais adequado. Afinal, não há absolutamente nada que diferencie a hipótese do crédito devido contra quem é proprietário de bem imóvel da hipótese do crédito devido contra quem não os tem. Esse credor também tem direito ao processo efetivo e também há interesse público no cumprimento da decisão que reconhecer seu crédito.

Nas Ordenações Manuelina e Filipina, o devedor que não tinha imóveis era obrigado a conceder fiança, ao passo que o devedor que os tivesse ficava sujeito à hipoteca. Na evolução do instituto, a garantia foi mantida e ampliada para os credores de devedores proprietários de imóveis, esquecendo-se, entretanto, dos credores de devedores proprietários de outros bens, que, no mundo contemporâneo, podem, muitas vezes, ser mais valiosos do que os imóveis.

Por imperativo de justiça e de isonomia, esse segundo tipo de crédito deveria contar com o penhor judiciário, figura desconhecida do nosso ordenamento jurídico.

³²⁴ Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO *ET ALL* (ob. cit., p. 121).

Existem bens empenháveis que são registrados tão ou mais eficazmente que os imóveis. É o caso dos automóveis³²⁵ e também de alguns direitos, como os títulos emitidos pelo tesouro, certificados de ouro, quotas sociais, ações e outros papéis negociados em bolsa. Todos os bens empenháveis que sejam registrados em banco de dados poderiam, em tese, ser objeto de penhor judiciário. O requisito de os bens e sua transmissão serem registrados decorre da necessidade de viabilizar o exercício do direito de seqüela e de preferência. A venda de um automóvel para um terceiro seria facilmente identificável, facilidade que não se encontraria caso fosse preciso apontar o comprador de 1.000 (mil) quilos de soja, por exemplo. Ambos são bens empenháveis, mas só o automóvel é registrado com o rigor semelhante ao registro imobiliário. O componente da segurança jurídica tem relevo fundamental nesse caso.

Na Itália, foi muito discutida a possibilidade de realizar a hipoteca judiciária sobre automóveis.³²⁶ Melhor seria (porque mais consentâneo com o critério de distinção da hipoteca e do penhor) que, em vez de considerar automóveis hipotecáveis, como nosso ordenamento jurídico faz com aeronaves e navios, fosse possível instituir o penhor judiciário sobre eles. A medida certamente não cobriria todas as hipóteses, porque há devedores que não tem bem nenhum, assim como há outros devedores proprietários de bens móveis não registrados, mas, certamente, faria o benefício legal estender-se para um número maior de credores.

³²⁵ Interessante precedente revela que foi deferida a constituição de hipoteca judiciária sobre automóvel. A decisão, entretanto, não passou pelo crivo do órgão de segundo grau de jurisdição porque foi anteriormente reconsiderada sob o argumento de que os automóveis não se incluem no rol taxativo de bens hipotecáveis. (TJSP, Agravo de Instrumento 990100975420, 31ª Câmara de Direito Privado, Relator Francisco Casconi, j. 15/06/2010)

XII - DIREITO DE PREFERÊNCIA

Na vigência do Código Civil de 1916, ficou assente, na doutrina brasileira, que o ordenamento jurídico conferia à hipoteca judiciária apenas o direito de seqüela (isto é, o direito de perseguir e expropriar o bem ainda que ele tenha sido alienado a terceiro), uma vez que o direito de preferência, inerente às hipotecas convencionais (e não excluídos no caso das hipotecas legais) era expressamente tolhido da hipoteca judiciária pelo artigo 824 do CC1916³²⁷.

A divergência sobre o direito de preferência na hipoteca judiciária precedeu o Código Civil de 1916, conforme bem destacam PONTES DE MIRANDA³²⁸ e AMILCAR DE CASTRO³²⁹. ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES registra que essa controvérsia continuou após a promulgação do CC1916.³³⁰ Além de J. J. C. PEREIRA E SOUZA³³¹, REBOUÇAS e LACERDA DE ALMEIDA³³², citados por PONTES DE MIRANDA, defenderam o direito de preferência

³²⁶ PASQUALE DE LISE e LUIGI COSSU, ob. cit., p. 157-162.

³²⁷ TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70001693639, Sexta Câmara Cível, Relator João Pedro Pires Freire, j. 06/12/2000; TJRS, Agravo de Instrumento Nº 586053951, Terceira Câmara Cível, Relator Luiz Melício Uiracaba Machado, j. 20/08/1987.

³²⁸ “Discutia-se no direito anterior ao Código Civil de 1916 se apenas dava direito de seqüela (J. H. Correia Teles, *Digesto Português*, II, § 1.298; Teixeira de Freitas, *Consolidação*, nota ao art. 835, § 3º), ou se era como as outras hipotecas (J. J. C. Pereira e Sousa, *Execuções*, § 628, *Segundas Linhas*, I, 705, Rebouças, nota ao artigo 835, § 3º, da *Consolidação*; Lacerda de Almeida, *Direito das Coisas*, § 160, nota). A última era a lição de Francisco de Caldas, no século XVII, e de Silvestre Gomes de Morais, no começo do século XVIII, bem como a solução do direito francês e do austríaco. O Código Civil de 1916 decidiu-se pela opinião de Correia Teles” (ob. cit., p. 110).

³²⁹ “A verdade, porém, é que algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a italiana, ainda conservam a hipoteca judicial como um direito munido de preferência, mas nós, desde a publicação da lei nº. 1.237, de 24 de setembro de 1864, sempre a tivemos sem aquele efeito (...)”. (ob. cit., p. 80).

³³⁰ “O texto do art. 824 do Código Civil, quando diz – sem importar preferência, fez surgir, entre os comentadores, a dúvida sobre a extensão dos efeitos da hipoteca judiciária. Clóvis Beviláqua, de um lado, seguido por outros comentadores, deduz das palavras do texto supra, que a hipoteca judicial não importa preferência, e assim, acrescenta o mestre, sempre foi no direito pátrio (ob. cit., observ. ao art. 824). Azevedo Marques, de outro lado, acompanhado por menor número de comentadores, sustenta que, não obstante a expressão legal, a hipoteca judicial importa preferência, e argumenta: ‘Sendo certo que todas as hipotecas devem ser inscritas e uma vez inscritas valem contra terceiros (Código Civil, arts. 824, 828, 831 e 848); sendo certo que a preferência existe em virtude das inscrições e na ordem destas (artigo 833, § único); sendo inegável que, no concurso de preferentes, o crédito real prefere ao pessoal (arts. 1.560 e 1.561); e, portanto, que todos os titulares de direitos reais preferem uns aos outros na ordem das suas inscrições (art. 833, § único), sendo enfim, indubitável que a sentença pode ser inscrita com especialização de imóveis (art. 824), é indiscutível que a hipoteca judicial inscrita terá, no concurso de preferentes, a colocação que lhe for determinada pelo número de sua inscrição (Carvalho Santos, ob. et loc. cit., pág. 128)’” (ob. cit., p. 359).

³³¹ Na edição consultada, atualizada por TEIXEIRA DE FREITAS, afirma-se que a hipoteca judiciária não tem direito de preferência (ob. cit., nota 853, p. 375, e nota 875, p. 391).

³³² “Terá porém essa hypotheca os dous effeitos ou somente cumprirá o direito de seqüela? Estão pelo primeiro parecer: Lobão, *Execuções* 628, e *Segund. Lin.*, nota 575 (ao qual se pode acrescentar P e Souza, no. 575), e Rebouças, *Obs. á Consolid.*, not. Ao art. 835, §3º Em sentido contrário C. Telles, *Dig. Port.*, III,

da hipoteca judiciária AZEVEDO MARQUES³³³ e AFFONSO DYONÍSIO GAMA³³⁴ (este apenas concordando com aquele). Em Portugal, à mesma época, COELHO DA ROCHA³³⁵.

O debate travado entre AZEVEDO MARQUES³³⁶ E CLOVIS BEVILACQUA³³⁷ não extrapola o concurso comum de credores. A discussão ficou adstrita à preferência do credor em receber o produto da venda do imóvel em detrimento de outros credores que obtinham penhora do bem depois de registrada a hipoteca judiciária. AZEVEDO MARQUES, mesmo defendendo o direito de preferência, não afirmou que, sobrevivendo falência ou qualquer outro concurso especial de credores, o crédito com hipoteca judiciária teria de ser classificado como crédito com garantia real.

Procurando uma solução intermediária entre os pontos de vista de BEVILACQUA e MARQUES, CARVALHO SANTOS propôs interpretar o artigo 824 do CC1916 de tal maneira que a hipoteca judiciária não gerasse preferência em relação aos créditos constituídos antes do início do processo no bojo do qual foi constituída, mas garantisse preferência em relação aos créditos constituídos depois do início do processo. Segundo ele, estes últimos teriam contra si a presunção de fraudulentos, razão pela qual não poderiam ser colocados no mesmo patamar dos últimos.³³⁸

1298 e T de Freitas, *Consol. not. 19 ao cit. art. e § da Consolid. Em minha humilde opinião, a Ord. não é clara, como não é a Lei de 20 de junho, mas a hypotheca, a que em termos vagos se referem a Ord. e Lei citadas, parece ser a hypotheca tal como se apresenta de ordinário*” (ob. cit., p. 276, parte final da nota 3 – grifou-se).

³³³ Ob. cit., p. 167-170.

³³⁴ Ob. cit., p. 311-312.

³³⁵ “Depois de pagos os credores privilegiados e simples hypothecarios seguem-se os chirographarios. Taes são aquelles cujas dividas constam: 1º por escriptura publica celebrada sem hypotheca nos termos da L. de 20 de Junho, § 42; 2º por letras de cambio, ou risco. Alv. de 15 de Maio de 1776, § 2. Todos estes preferem entre si conforme á prioridade das dividas. Cit. L. § 42. **Porém se antes da abertura do concurso obtiveram hypotheca judicial, passam para a classe dos hypothecarios**”. (ob. cit., § 660, p. 527 – grifou-se).

³³⁶ “E quanto á preferência que tem havido opiniões dissidentes, sustentando que a hypotheca judicial não produz preferencia alguma. Esta affirmacão é actualmente insustentavel, não obstante a linguagem da lei: ‘sem importar preferencia’. Si assim fosse, tornar-se-ia completamente inútil a hypotheca judicial, porque a sequela, por si só, de nada valeria. Ter o direito de penhorar e vender um immovel inscripto e especializado, sem ter o direito de disputar e gosar a preferencia decorrente da inscripção, seria extravagante, equivaleria a possuir alimento com a condição de morrer de fome...” (ob. cit., p. 168).

³³⁷ “Não tem razão Azevedo Marques em attribuir preferencia á hypotheca judiciaria. O Codigo é expresso em sentido contrário: sem importar preferencia diz elle. Assim sempre foi no direito pátrio (dec. N. 3.453, de 26 de Abril de 1865; dec. 370, de 2 de Maio de 1890, art. 108). E nunca discrepou a lição dos nossos autores depois da lei de 24 de setembro de 1864 (...).” (Código Civil, ob. cit., p. 425).

³³⁸ Código de Processo Civil Interpretado, ob. cit., p. 127-130 e Código Civil Interpretado, ob. cit., p. 393-395.

A discussão mantida entre REBOUÇAS e TEIXEIRA DE FREITAS³³⁹ ficou limitada a definir se a hipoteca convencional posterior seria ou não eficaz em relação à hipoteca judiciária prévia, defendendo REBOUÇAS que sim e TEIXEIRA DE FREITAS³⁴⁰ também, mas apenas se comprovada a má-fé e, depois, sem esse requisito, em razão de a Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864, e o Decreto 3.453, de 26 de abril de 1865, exigirem, para valer a hipoteca, o registro no ofício imobiliário. Analisando os dois textos, JOSÉ FURTADO DE MENDONÇA³⁴¹ concluiu que a exclusão da preferência prevista no artigo 111 do Decreto 3.453, de 26 de abril de 1865, referia-se apenas às hipotecas anteriormente constituídas.

Para os doutrinadores contemporâneos³⁴², é pacífico que a hipoteca judiciária não gera direito de preferência.^{343 344} Não poderia ser diferente, porque o artigo 824 do CC1916 o excluía expressamente.

EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO defendeu que a hipoteca geraria preferência em relação a credores com hipoteca legal ou convencional posteriormente constituída sobre o mesmo bem e em relação a outros credores quirografários com crédito constituído antes ou depois da hipoteca judiciária, desde que ela precedesse eventual arresto ou penhora, por força do princípio *prior tempore portior iure*³⁴⁵. TITO FULGÊNCIO registrou precedente da Relação de São Paulo nesse sentido.³⁴⁶

³³⁹ Ob. cit., p. 502-503 e 746-749.

³⁴⁰ Para TEIXEIRA DE FREITAS, em relação a credores quirografários, o credor de hipoteca judicial teria preferência (sem mencionar o contexto da falência ou qualquer outro concurso especial de credores), cf. ob. cit., p. 746, nota 31, com apoio no artigo 835, § 3º, do mesmo diploma.

³⁴¹ Ob. cit., p. 72.

³⁴² Por exemplo, ERNANE FIDÉLIS, ob. cit., p. 223; CÉSAR FIÚZA, ob. cit., p. 937.

³⁴³ Por todos, SÍLVIO DE SALVO VENOSA: “O art. 824 exclui o direito de preferência nessa hipoteca judicial subtraindo-lhe a principal vantagem. Temos que considerar atualmente inútil o dispositivo. Ademais, para exercer o direito garantido pelos princípios da fraude de execução, o exequente não necessita de inscrição imobiliária, condição essencial para a hipoteca judicial. Está, porém, presente no ordenamento para quem nela encontrar serventia. O novo Código não mais se refere a essa modalidade de hipoteca” (ob. cit., p. 515-516).

³⁴⁴ Também WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, sob o argumento de que a possibilidade de imediata execução e penhora tornavam a hipoteca judiciária inútil (ob. cit., p. 404), o que não procede porque ela se constitui ainda que a sentença não seja exequível.

³⁴⁵ “Credores com garantia hipotecária anteriormente constituída não serão afetados, por óbvias razões; os supervenientes não terão do que se queixar, pois a publicidade do registro imobiliário constitui advertência bastante para acautelá-los. Credores quirografários, mesmo por dívidas anteriormente constituídas, igualmente não terão do que se queixar, pois também a penhora gera preferência para o mais diligente – prior tempore portior iure (anterior no tempo preferente no direito) – o que lhes dá igual proteção na concorrência entre os títulos executivos extrajudiciais (que asseguram penhora quase imediata, precedida de

A discussão sobre o direito de preferência alcançou importância ainda maior em razão da ausência de dispositivo equivalente ao artigo 824 do CC1916. Isso foi considerado, por alguns, indício de obsolescência da hipoteca judiciária.³⁴⁷ É possível, inclusive, que os redatores do CC2002 tenham tencionado eliminá-la³⁴⁸, na linha do que defendia ORLANDO GOMES^{349 350}.

Com respeito às opiniões contrárias, não é esse o caso.

A ausência de dispositivo legal que lhe tolha o direito de preferência, em vez de deixar o instituto cair definitivamente em desuso, deve servir para que ele seja disseminado e cada vez mais usado como mecanismo de garantir a efetividade do processo, porque o direito de preferência lhe acrescenta uma vantagem muito significativa³⁵¹.

arresto no caso do art. 653), e a própria sentença apta a ensejar hipoteca judiciária, porque esta não suplanta penhoras anteriormente inscritas” (ob. cit., p. 51).

³⁴⁶ “Não obstante a hipoteca judicial não estabelecer a preferência sobre os credores de hipotecas convencionais, todavia, no concurso de credores quirografários habilitados por sentença, ela estabelece a preferência, e a prioridade se regula pela data da inscrição (*Relação de São Paulo, Revista de Direito, XXVII, pág. 229*)” (ob. cit., p. 223).

³⁴⁷ “A hipoteca judiciária é instituto obsoleto, inteiramente em desuso. O projeto do Código Civil, em curso no Congresso Nacional, não encerra qualquer dispositivo similar ou equivalente ao art. 824 do vigente” (ALEXANDRE DE PAULA, ob. cit., p. 1.889).

³⁴⁸ Embora nada conste da Exposição de Motivos do Código Civil de 2002, disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/70319/2/743415.pdf> (consulta em 28.12.2010).

³⁴⁹ “conforme acentua a maioria dos escritores, constitui uma excrescência. Transformar uma sentença judicial em título constitutivo do direito real de hipoteca é, realmente, aberrante. 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 semelhante à de outros credores, contrariando-se a regra de que o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores” (ob. cit., p. 360-361).

³⁵⁰ A hipoteca judiciária também foi suprimida no Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes, datada de 1963 (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ob. cit., p. 404).

³⁵¹ A vantagem é de tal ordem, que justifica o interesse processual em pleitear a condenação do devedor em processo de conhecimento, ainda que o crédito já esteja consubstanciado em título executivo extrajudicial, hipótese que, aliás, LIEBMAN defendia mesmo quando a hipoteca judiciária gerava apenas o direito de seqüela: “Num caso determinado, todavia, pode muito bem acontecer que à parte interesse muito mais a hipoteca judicial do que a condenação, porque, por exemplo, já está ela munida de título executório extrajudicial, e pode ainda ocorrer que o juiz esteja plenamente consciente dessa situação de fato, no momento em que pronuncia a sentença. Mas nem por isso a hipoteca judicial passará a ser efeito principal e a condenação efeito secundário da sentença”. E, em nota de rodapé, acrescenta: “Lembro a questão que se agitou no passado, na jurisprudência, acerca da admissibilidade da ação de condenação por parte do credor cambiário, e resolvida em sentido afirmativo, precisamente em razão do interesse que tem ele de conseguir o título para a hipoteca judicial” (Liebman, ob. cit., p. 74). Julgando nesse sentido: STJ, REsp 717.276/PR, Relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 21/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 581; TJSC, Apelação Cível n. 2006.006471-0, 2ª Câmara de Direito Comercial, Relator Wilson Augusto do Nascimento, j. 26.05.2009.

A despeito de apenas o direito de seqüela já garantir à hipoteca judiciária grande utilidade prática, tendo em vista (i) limitar o tempo disponível para que o devedor aliene seus bens imóveis e (ii) facilitar a constrição de bem imóvel no patrimônio de terceiro (considerando que os requisitos da fraude de execução são de difícil comprovação), **a revogação do artigo 824 do CC1916, sem que outro dispositivo idêntico lhe tenha substituído**³⁵², resulta em que a hipoteca constituída na vigência do CC2002³⁵³ gera direito de preferência, como a hipoteca voluntária e a legal, nos termos da norma geral do artigo 1.422 do CC2002.

Sim, pois, antes de judiciária, ela é hipoteca³⁵⁴ e, portanto, deve conter todos os direitos inerentes à hipoteca convencional, isto é, não apenas o direito de seqüela, mas também o de preferência, tendo em vista que o artigo 824 do CC1916 foi expressamente revogado, não existindo, no ordenamento jurídico brasileiro, outra norma que exclua, expressamente, o direito de preferência da hipoteca judiciária. Manifestaram-se nesse sentido, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA³⁵⁵ e FREDIE DIDIER JÚNIOR, PAULO SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA³⁵⁶.

De certo, a ausência de dispositivo que lhe tolha o direito de preferência conduz a essa conclusão. Trata-se de argumento relevante, embora de ordem

³⁵² Há quem tenha visto nisso uma prova de decadência do instituto, como, por exemplo, MARIA HELENA DINIZ: “Nosso Código Civil de 1916 admitiu-a no seu art. 824 (...). O atual a ela não faz menção por estar em franca decadência” (ob. cit., p. 557).

³⁵³ Por força do princípio da irretroatividade da lei (artigo 5º, XXXVI, CF), as hipotecas judiciárias constituídas sob a vigência do artigo 824 do CC1916 não conferem ao credor direito de preferência.

³⁵⁴ Contra, entendendo, à luz do CC1916, que a hipoteca era instituto de direito processual, como o arresto, razão pela qual o crédito, em concurso especial, não poderia ser classificado como crédito com direito real de garantia: AMILCAR DE CASTRO, ob. cit., p. 82-83 e 85-86.

³⁵⁵ “A revogação do artigo 824 do velho Código Civil, cuja disposição não foi reproduzida no atual, retirou o caráter especialíssimo da hipótese judiciária, **estabelecendo, indiretamente, a preferência do credor**, ao lado do direito de seqüela, características próprias dos direitos reais de garantia (Código Civil, artigos 1.419 e 1.422). Assim, a hipoteca judiciária no direito brasileiro se aproxima ainda mais da prevista no direito francês e no direito italiano. Em virtude do direito de seqüela, pode o credor fazer com que a execução recaia sobre o bem judiciarmente hipotecado, esteja esse em poder de quem quer que seja. E a preferência assegurada ao credor lhe atribui, com exclusividade, o resultado da alienação judicial daquele bem, até o valor do seu crédito” (ob. cit., p. 304 – grifou-se).

³⁵⁶ “Por fim, alguns autores ainda sustentam que a hipoteca judiciária gera apenas direito de seqüela, sem importar direito de preferência. Dizem-no porque essa era a redação do art. 824 do Código Civil de 1916. Sucede que, como se viu, esse dispositivo não foi repetido no Código Civil de 2002. Dessa forma, **não parece ser correto, atualmente, dizer que a hipoteca judiciária, somente por ser efeito anexo de uma decisão judicial, não geraria para o credor um direito de preferência**. Deve-se aplicar aqui, à falta de norma que trate especificamente do assunto, o art. 1.422 do CC, que determina que ‘o credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de executar a coisa empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro’, ressalvada, naturalmente, a preferência instituída por leis específicas a outros créditos (art. 1.422, par. ún., CC)” (ob. cit., p. 339-340 – grifou-se).

formal.³⁵⁷ Mas isso não é só. Sob o ponto de vista do conteúdo, sempre se discutiu se o crédito mereceria preferência, apesar de idêntico a diversos outros, apenas porque foi reconhecido em juízo. TITO FULGÊNCIO³⁵⁸ colocou a questão de maneira objetiva: “A preferência seria o preço da corrida, ou o resultado de conluios, ou mesmo do acaso, segundo fôsse mais ou menos rápido o expediente das demandas contra o mesmo devedor. Negando-a o legislador melhorou o instituto, que, se abolido, teria de ser substituído por alguma coisa, como se deu na Bélgica, na Rússia e na Espanha”.

CLÓVIS BEVILAQUA, autor do texto do artigo 824 do CC 1916, opinava no sentido de que a lei não poderia outorgar preferência à hipoteca judiciária, sob pena de quebra da *par conditio creditoris*³⁵⁹. Também foi esse o argumento de LYSIPPO GARCIA³⁶⁰ para impugná-la.³⁶¹

Na Itália, ZAPULLI³⁶² e GENTILE³⁶³ registraram a oposição que se fazia à hipoteca judiciária.

³⁵⁷ Em Portugal, o mesmo argumento (ausência de exclusão da preferência) foi utilizado para afastar a alegação de que crédito com hipoteca legal deveria ser classificado como quirografário na falência do devedor, apesar de existirem disposições expressas de extinção da hipoteca judiciária e dos privilégios creditórios na falência, o que autorizaria estender o efeito à hipoteca legal, conforme defendeu, ao comentar a decisão, CATARINA SERRA (ob. cit., p. 77).

³⁵⁸ Ob. cit., p. 220-221.

³⁵⁹ “A hipoteca judicial é a que a lei atribui à sentença condenatória, e consiste no direito real conferido ao exequente sobre os imóveis do executado, para o efeito de responderem pela execução da sentença. Caracteriza-se por um simples direito de seqüela, sem preferência. **Nem poderia ter preferência o credor, que a não convencionou, nem a lei poder dar em detrimento dos outros credores**”. (Direito das Coisas, ob. cit., p. 425).

³⁶⁰ “A exposição da vida accidentada da hypotheca judicial em tempos mais recentes, mesmo no seu paiz de origem, evidencia o seu vicio capital: - a preferência. Esta, dando a um dos credores uma vantagem enorme sobre todos os outros, faz que a sentença condemnatoria resvale da pessoa do devedor condenado, para prejudicar os demais credores, estranhos ao pleito, contra a regra – *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*” (ob. cit., p. 105).

³⁶¹ A mesma crítica existiu na França: “L’obbiezione è, certo, delle più grave: pur tuttavia è insufficiente per abbattere le critiche che indiscutibilmente merita l’ipoteca giudiziale. Conferendo a colui che ne trae vantaggio un diritto di prelazione opponibile agli altri creditori del medesimo debitore, questa ipoteca distrugge l’uguaglianza voluta dall’art. 2093 e la distrugge, talvolta, e forse anche spesso, a vantaggio di creditori meno importanti. Bisogna, adunque, fare sparire questa causa di preferenza, poiche é ingiusta. Ecco perchè siamo per l’abolizione dell’ipoteca giudiziale” (BAUDRY-LACANTINERIE e LOYNES, ob. cit., v. I, p. 85).

³⁶² “Fu un tempo molto discussa l’ipoteca giudiziale, e non poche furono i suoi avversari i quali, tra l’altro, rilevavano che la sentenza non fa che dichiarare diritti preesistenti e non può crearne dei nuovi onde, se il creditore non siasi premunito stipulando l’ipoteca convenzionale, non deve acquisitare un diritto di prelazione in seguito alla sentenza di condanna. Rilevavano ancora che l’ipoteca giudiziale giona chi à più saltro e sollecito nell’ottenere la sentenza di condanna, e che essa provoca l’allarme negli altri creditori, affrettando cosa la rovina del debitore” (ob. cit., p. 507-508).

³⁶³ “Il nuovo codice civile ha creduto di conservare questo tipo d’ipoteca, che già il Chiesi (Sist. Ipotec. Illustrato – Nuovi studi – Torino, 1863, n. 69) aveva definito violatrice dei principi di puro diritto civile, di

Em Portugal, VAZ SERRA registrou que esse argumento também foi usado para afastar o direito de preferência no processo de falência, à insolvência civil, às concordatas e ao acordo de credores.³⁶⁴ Entretanto, também anotou que, na legislação italiana vigente em 1961³⁶⁵, a preferência da hipoteca judiciária era mantida mesmo na falência do devedor, exceto se registradas no período suspeito.³⁶⁶

Ao não excluir o direito de preferência, nem mesmo no caso de falência, insolvência civil, recuperação ou liquidação extrajudicial, o ordenamento jurídico brasileiro caminhou nesse sentido.

Além de não excluir expressamente o direito de preferência da hipoteca judicial, o que, por si só, conduz à conclusão de que ele se mantém mesmo nos concursos especiais de credores, os argumentos que se opõe ao direito de preferência não se sustentam.

Quanto à possibilidade de conluio mencionada por TITO FULGÊNCIO, é muito mais fácil que ocorra por meio da hipoteca voluntária, que se lavra mediante simples escritura pública, do que por meio de processo presidido por órgão equidistante das partes. Quanto à obra do acaso ou da corrida, não se pode negar que o tempo entre o pedido e a decisão final de primeira instância varia muito, de comarca para comarca, de juízo para juízo, existindo vários fatores determinantes do tempo de conclusão da demanda³⁶⁷. Esse problema, entretanto, não basta para afastar o interesse público de que o credor cujo crédito foi reconhecido em juízo receba preferencialmente na excussão de

equità e di gisustizia, essendo scopo precipuo della sentenza quella di decidere le controversie tra le parti e non di creare privilegi di una parte a danno dei creditori chirografari del soccombente” (ob. cit., p. 344).

³⁶⁴ “O Código Civil manteve a supressão, com o aplauso de Guilherme Moreira, o qual entendia que a hipoteca judicial fora com razão rejeitada, porque **‘reconhecendo-se apenas pela sentença a existência do direito, não deve atribuir-se-lhe a forma de transformar o crédito pessoal em real’**” (ob. cit., p. 263-264 – grifou-se) e, noutra passagem, “... logo se entendeu que também à hipoteca, de que tratava o artigo 84 do Decreto nº 21.287, **não podia reconhecer-se a preferência no processo de insolvência, por ele repugnar, tal como a da penhora, ao princípio da consideração igualitária dos credores. E assim se veio a resolver expressamente no artigo 89, § 2º, do Código de Falências, aprovado pelo Decreto nº. 25.981, de 26 de outubro de 1935**” (ob. cit., p. 269-270 – grifou-se).

³⁶⁵ Vigente até hoje, embora com alterações, mas não nas disposições referentes à hipoteca judiciária, uma vez que o *Codice Civile* foi promulgado em 1942 e o *Codice di Procedura Civile* em 1940.

³⁶⁶ Ob. cit., p. 270.

³⁶⁷ Entre os quais podem ser citadas, *grosso modo*, a litigiosidade das partes, a complexidade da demanda e a eficiência do juízo e ofícios responsáveis pelo processo.

determinado bem do devedor. Isso sem considerar o brocardo latino de que *vigilantibus, non dormientibus, jura succurrunt*.

Aquilo que autoriza adicionar garantia real ao crédito antes meramente quirografário consiste exatamente no interesse público de que as decisões jurisdicionais sejam cumpridas.³⁶⁸ A hipoteca judiciária, embora tenha natureza de direito material, decorre de um fato processual relevante: o reconhecimento de obrigação em juízo. O interesse de que o processo cumpra seus escopos jurídico, político e social e o direito fundamental ao processo efetivo justificam que ao crédito reconhecido em juízo seja adicionada a garantia real.

O simples fato de a hipoteca jurisdicional decorrer imediatamente da lei e mediatamente da decisão jurisdicional não justifica que se lhe retire o direito de preferência, diferenciando-a da hipoteca voluntária e da legal.

Na hipoteca convencional, o crédito tem garantia real por conta da autorização do devedor, que, no exercício de sua autonomia de vontade (livre arbítrio), estipula preferência a determinado credor no recebimento do crédito pela excussão do bem dado em garantia. Na hipoteca legal, da qual nunca se retirou o direito de preferência, é a lei, e não a vontade do devedor, que permite adicionar ao crédito a garantia real. Assim como a lei reconhece existirem situações especiais nas quais os créditos são merecedores do direito de preferência (hipoteca legal), também pode³⁶⁹ (e deve) a lei adicionar a garantia e o direito de preferência ao credor cujo crédito não foi pago, desde que seja reconhecido em juízo, mediante o exercício do direito ao devido processo constitucional por credor e devedor, dado o interesse público de que a decisão seja efetivamente cumprida. Trata-se de corolário do direito fundamental ao processo efetivo.

Nada há na hipoteca voluntária, nem na legal, que autorize diferenciá-las da hipoteca judiciária, porque todas são, a rigor, exceção à *par conditio creditoris*³⁷⁰, com a diferença de que a voluntária resulta da vontade do devedor e as outras

³⁶⁸ “Interessa grandemente à ordem social que as decisões dos juízes e tribunaes recebam a mais plena e completa execução” (AFFONSO DYONÍSIO GAMA, ob. cit., p. 309).

³⁶⁹ Foi o que fez o legislador ao não repetir no CC2002 o conteúdo do artigo 824 do CC1916.

³⁷⁰ Nesse sentido, RAVAZZONI: “In primo luogo, va ricordato che il disposto dell’art. 2818 (in relazione alla già rilevata caratteristica della normativa ipotecaria, di deroga al principio generale della par conditio

duas da lei. Nesse sentido, o argumento de LYSIPPO GARCIA (de que a sentença não pode prejudicar o direito de terceiros) não procede. Se a penhora gera preferência em prejuízo dos credores que não executaram, ou não a obtiveram, porque não pode gerá-la a hipoteca judiciária? Ao negociar com o devedor, cabe ao credor cuidar para que seu crédito seja consubstanciado em título executivo e dotado de direito real de garantia. Se não o fizer, correrá o risco de não lograr êxito na satisfação de seu crédito (em caso de inadimplemento), quer porque o devedor tenha constituído hipoteca voluntária em favor de outros credores, quer porque os bens do devedor tenham sido arrestados ou penhorados, quer ainda porque os bens do devedor tenham sido objeto de hipoteca judiciária. Em todas essas situações, entretanto, o credor estará protegido pela ação pauliana e pela ineficácia dos atos de alienação e oneração em fraude à execução.

Nessa linha de idéia, VAZ SERRA reuniu argumentos de defesa do direito de preferência da hipoteca judiciária, mesmo nos concursos especiais de credores. São eles:

- (a) se o devedor pode constituir hipoteca voluntária para crédito posterior, não parece estranho que se conceda a credores pretéritos um meio de se precaver contra as preferências que o devedor possa outorgar a outros credores posteriores;^{371 372 373}
- (b) nas obrigações que derivam de atos ilícitos e que, por esse fato, justificam proteção maior, não é dado ao credor a oportunidade de obter, pela via da negociação, a outorga de hipoteca voluntária;³⁷⁴

creditorum) ha sicuramente natura tassativa, con applicazione dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, con esclusione, quindi, della interpretazione analogica e, viceversa, con la possibilità di una causa applicazione della interpretazione estensiva" (ob. cit., p. 258).

³⁷¹ Ob. cit., p. 275.

³⁷² Também CARVALHO SANTOS argumentou nesse sentido, embora sem tanta profundidade quanto VAZ SERRA: "*E isto porque conservando o devedor o direito de alienar ou crear novos debitos concorrentes, claro equivaleria a nullificar os efeitos do julgamento, conferindo-lhe taes poderes, com graves danos para a ordem publica, interessada no prestigio da justiça"* (Código de Processo Civil comentado, ob. cit., p. 121).

³⁷³ No mesmo sentido, COVIELLO: "*D'altra parte se il debitore, pur essendo decotto, può consensualmente dare ipoteca anche ad un nuovo creditore, è giusto che si protegga il creditore antico, dandogli il modo di assicurarsi contro le eventuali preferenze, che si accordassero ad altri"* (ob. cit., p. 177).

³⁷⁴ Ob. cit., p. 275.

- (c) é conveniente outorgar ao credor cujo crédito não foi pago uma garantia que ele, no momento da negociação, não obteve ou simplesmente não pediu ao devedor, porque isso o coloca em posição de certo modo (porque mais tardia) semelhante a de outros credores que obtiveram a hipoteca voluntária;³⁷⁵

Acrescente-se, ainda, o argumento de CARVALHO SANTOS, segundo o qual o simples fato de o crédito não ter sido adimplido, apesar da confiança depositada pelo credor no devedor, autoriza que se outorgue garantia real ao credor.³⁷⁶

Os argumentos são sólidos e justificam que a lei possibilite alçar-se o credor a condição idêntica ao titular de hipoteca voluntária.

Dessa maneira, salvante as hipóteses nas quais a constituição de hipoteca (voluntária, legal ou judiciária) for fraudulenta³⁷⁷, não há mesmo razão para impedir que o credor cujo crédito foi reconhecido em juízo tenha preferência nos concursos especiais de credores, gozando dos mesmos benefícios dos demais credores titulares de outras garantias reais³⁷⁸.

Poder-se-á eventualmente argumentar que o titular de qualquer título executivo deveria ter o direito real de preferência, porque do título deflui a presunção de certeza da existência da obrigação (o que, aliás, autoriza o credor a pleitear a tutela executiva).

³⁷⁵ Ob. cit., p. 276.

³⁷⁶ “De facto, quem empresta dinheiro sem garantia o faz porque considera garantido suficientemente o seu direito com o crédito pessoal do devedor; si este no termo convencionado não honra a confiança que lhe foi depositada, subtrahindo assim a garantia aceita pelo credor, o crédito pessoal cede lugar ipso facto á obrigação de dar outra garantia, a garantia real, e a sentença que autoriza a inscrição hypothecaria não faz outra coisa senão declarar e tornar realidade a obrigação de considerá-la nascida ex post facto, isto é, ao facto de ter o devedor falhado á confiança nelle depoistada (cf. Pacifi Mazzoni, obr. Cit., n. 143)”. (Código de Processo Civil Interpretado, ob. cit., p. 121).

³⁷⁷ VAZ SERRA, ob. cit., p. 279.

³⁷⁸ Nesse sentido, VAZ SERRA escreveu: “Poderia, pois, reconhecer-se à hipoteca judicial, quando admitida, preferência mesmo nos processos de falência ou de insolvência, excepto se fosse vitoriosamente impugnada, tal como se se tratasse de uma hipoteca voluntária. Desta maneira, respeitar-se-iam, em toda a sua eficácia, as hipotecas judiciais constituídas em termos de não poder ver-se nelas afronta inaceitável ao direito dos demais credores. Constituídas nesses termos, são tão legítimas (se forem tidas como procedentes as razões que podem invocar-se a seu favor) como as hipotecas convencionais em análogas condições” (ob. cit., p. 285 – grifou-se).

Há, todavia, uma diferença fundamental entre o crédito reconhecido em decisões jurisdicionais aptas a transitar em julgado e o crédito contido nos demais títulos executivos. Nestes, o crédito é reconhecido pelo devedor, podendo ser (mesmo assim) discutido em juízo. Naquelas, é reconhecido por órgão com competência para estabelecer o direito em caráter definitivo. Essa diferença fundamental impõe que o credor cujo crédito foi reconhecido em juízo tenha direito à garantia real.

Por isso, o credor quirografário que detiver título executivo não constitutivo de hipoteca judiciária poderá escolher a tutela de conhecimento, a tutela monitória, ou a executiva. Ao escolher a tutela, escolherá os riscos que prefere correr. No processo de conhecimento, levará mais tempo para receber seu crédito, mas, uma vez reconhecido seu crédito, terá direito à garantia real. Na ação monitória, poderá constituir a hipoteca judiciária com base na ordem inicial de pagamento, mas ficará sujeito à possibilidade de o devedor impedir a eficácia executiva por meio de embargos. Na execução, poderá constranger o patrimônio do devedor mais rapidamente, entretanto, caindo o devedor em falência, insolvência, ou liquidação, ou ainda se pedir recuperação, terá direito de credor meramente quirografário, sem nenhuma preferência.

XIII – O DIREITO DE PREFERÊNCIA NO CONCURSO DE CREDITORES

(A) Concurso comum

Estabelece o artigo 711 do CPC³⁷⁹ que o produto da alienação judicial dos bens será partilhado entre os credores conforme suas preferências. A hipótese é de concurso comum de credores, em que o devedor não se encontra insolvente. Para aquelas nas quais o devedor é insolvente, a lei reserva a falência, a insolvência e a liquidação extrajudicial, conforme o caso.

Nesse caso, o direito de preferência da hipoteca judiciária não prejudicará credor que tenha averbado execução, arresto ou penhora na matrícula do imóvel antes da constituição da hipoteca judiciária, porque – reitere-se – ela não pode valer nem mais nem menos do que a hipoteca voluntária. Deve ter exatamente o mesmo valor. Com efeito, se o devedor constituir hipoteca voluntária sobre imóvel em cuja matrícula tenha sido previamente averbada execução, arresto ou penhora, cometerá fraude à execução, de modo que a hipoteca voluntária será ineficaz em relação ao credor exequente, que o preferirá no concurso de credores comum. Da mesma maneira, se um credor constituir hipoteca judiciária sobre imóvel em cuja matrícula conste execução, arresto ou penhora, não terá preferência sobre o credor exequente.

Admitir o contrário daria azo a que o devedor, em conluio com terceiro, forjasse documento de dívida com data pretérita e, sendo intencionalmente omissa em sua defesa, desse ensejo à rápida constituição de hipoteca judiciária, tudo com o fim específico de burlar a lei e impedir que o credor com averbação da execução, arresto ou penhora não satisfizesse seu crédito.

Quando em concorrência com credores com hipoteca de outras espécies (legal ou voluntária), o credor com hipoteca judiciária tem preferência desde que sua hipoteca tenha sido constituída anteriormente. Nada impede que o devedor

³⁷⁹ Artigo 711. Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que

cujo bem tenha sido hipotecado para garantia de crédito garantido em juízo (hipoteca judiciária) constitua sobre o mesmo bem hipoteca de segundo grau.³⁸⁰ O importante é que a hipoteca garanta preferência ao credor em relação à hipoteca posterior, independentemente da espécie de hipoteca. Mesmo antes da revogação do CC1916, não seria lícito defender que a hipoteca voluntária posterior preferiria a hipoteca judiciária prévia. Configurar-se-ia verdadeira fraude à futura execução, ainda que por via transversa, uma vez que o devedor poderia constituir a hipoteca voluntária apenas para frustrar o crédito garantido pela hipoteca judiciária.

De todo modo, o credor que lançar execução, arresto ou penhora na matrícula do imóvel terá o ônus de promover a intimação do credor que gozar de hipoteca judiciária sobre o mesmo bem, nos termos do artigo 615, II, do CPC, sob pena de ineficácia da alienação perante o credor hipotecário, conforme artigo 619 do CPC.³⁸¹ Nesse caso, se a decisão que embasa a hipoteca não for exeqüível, a alienação do bem não deverá ser obstada, mas o dinheiro que couber ao credor titular de hipoteca judiciária deverá ficar depositado à disposição do juízo que ordenou a hipoteca.

(B) Falência

Se a falência do devedor é decretada, as execuções são suspensas por força dos artigos 6º e 99, V, da Lei 11.101/2005, e as penhoras, conseqüentemente, são revogadas. Como a lei não exclui o direito de preferência da hipoteca judiciária, o crédito garantido por direito real de hipoteca judiciária deve ser incluído no quadro geral de credores como crédito com direito real de garantia, como se tivesse a garantia de uma hipoteca voluntária^{382 383 384}.

promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora.

³⁸⁰ Como admitem os italianos: FRASCA e ROSELLI, ob. cit., p. 1.104, item 17.

³⁸¹ TJSP, Agravo de Instrumento 990101369699, 25ª Câmara de Direito Privado, Relator Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 27.07.2010.

³⁸² Contra, SCARPINELA: “Embora a hipoteca judiciária não garanta ao credor direito de preferência sobre os bens sobre os quais recaia, garante o denominado direito de seqüela, isto é, é dado ao credor perseguir os bens hipotecados onde quer que se localizem. No caso de o devedor, no entanto, falir ou cair em insolvência, o credor concorrerá na classe dos quirografários” (ob. cit., p. 1.482).

³⁸³ Igualmente contra, com base na doutrina de SCARPINELA e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, mas sem discutir o fato de que o CC2002 não exclui o direito de preferência da hipoteca judiciária: TJES, Classe: Apelação Cível, 35970106858, Relator Jorge Góes Coutinho, Relator Substituto Willian Silva, Terceira Câmara Cível, j. 14/07/2009.

A hipoteca judiciária não representará ofensa à *par conditio creditorum* desde que o regime de ineficácia e anulação da hipoteca voluntária lhe seja igualmente aplicado.

Se a hipoteca judiciária for registrada contra devedor insolvente ou que se torne insolvente por conta do crédito garantido pela hipoteca judiciária, os demais credores poderão pleitear sua anulação por meio da ação pauliana, nos termos dos artigos 159³⁸⁵, 163³⁸⁶ e 165 do CC2002³⁸⁷.

Se for registrada no termo legal da falência³⁸⁸, deverá ser declarada ineficaz em relação à massa, nos termos do artigo 129, III e *parágrafo único*,³⁸⁹ da Lei 11.101/2005^{390 391}.

³⁸⁴ Também contra, mas acertadamente, porque julgado à luz do artigo 824 do CC1916: TJRS, Apelação Cível N° 70001447184, 5ª Câmara de Direito Privado, Relator Sergio Pilla da Silva, j. 26.10.2000.

³⁸⁵ Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

³⁸⁶ Art. 163. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

³⁸⁷ Art. 165. Anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores. *Parágrafo único*. Se esses negócios tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, sua invalidade importará somente na anulação da preferência ajustada

³⁸⁸ O momento adequado para aferir se a hipoteca foi ou não constituída em prejuízo à massa não é a data de produção da decisão, mas, sim, a data do registro da hipoteca judiciária: “*Si deve dunque concludere che per la impugnativa delle ipoteche giudiziali il momento che conta, per stabilire la frode, non è nè quello della condanna, nè quello, anteriore, della domanda giudiziale, ma soltanto quello della iscrizione*” (CALAMANDREI, ob. cit., p. 752).

³⁸⁹ Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: (...) III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada; (...). *Parágrafo único*. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo.

³⁹⁰ Especialmente quanto a essa hipótese, se a decisão que embasa a hipoteca judiciária tiver sido proferida à véspera do início do termo legal, não se poderia tolher o direito de preferência do credor apenas porque o registro foi feito dentro do termo legal, desde que o credor requeira a especialização e o registro antes do termo legal e desde que a demora para o registro não lhe possa ser imputada. VAZ SERRA sugeriu que se concedesse o prazo de 15 (quinze) dias, renováveis pelo mesmo tempo, para que o credor registrasse a hipoteca judiciária com base em decisão proferida às vésperas do termo legal (ob. cit., p. 284-285). A sugestão não cabe no direito brasileiro porque, em Portugal, o registro é feito pelo credor apenas com certidão da sentença, ao passo que, no Brasil, a especialização e o registro dependem de decisão judicial e expedição de mandado.

³⁹¹ “*No tocante ao devedor fallido, a hypotheca judiciaria não produzirá effeitos si fôr inscripta no período legal da fallencia*” (CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil Interpretado*, ob. cit., p. 127).

Finalmente, se tiver havido conluio do devedor com o credor para que a sentença seja rapidamente obtida e a hipoteca judiciária constituída, a hipoteca judiciária pode ser impugnada pela via da ação revocatória, no prazo de 3 (três) anos contados do decreto de falência, nos termos dos artigos 130³⁹² e 132³⁹³ da Lei 11.101/2005.

O artigo 83 da Lei 11.101/2005 determina que o acervo do falido seja utilizado para pagamento dos créditos na seguinte ordem: (i) créditos derivados da legislação trabalhista (inclusive de acidentes de trabalho), limitados 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, (ii) créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado, (iii) créditos tributários, exceto multas tributárias, (iv) créditos com privilégio especial, (v) as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; (vi) créditos subordinados. Antes de observar essa ordem, deverão ser pagos os créditos extraconcursais (artigos 67 e 84), os valores previstos nos artigos 150 e 151 e as restituições em dinheiro (artigo 86).³⁹⁴

O artigo 83, II,³⁹⁵ da lei de falência e recuperação não faz distinção quanto aos créditos com garantia real. Engloba todos, mas até o limite do valor do bem gravado. Se o crédito for superior ao valor do bem, será habilitado como quirografário, como determina a alínea *b* do inciso VI do artigo 83.

O artigo 83, VI, c, determina que os créditos trabalhistas que excederem 150 (cento e cinquenta) salários mínimos sejam habilitados como quirografários. Há de indagar, então, se, estando garantido por hipoteca judiciária, não deveriam ser classificados como créditos com garantia real. Até o limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos não há razão para alterar a classificação do crédito, porque isso se operaria em prejuízo ao trabalhador. Acima desse limite, a resposta é igualmente negativa, pela simples razão de que a limitação foi feita com a finalidade de impedir que,

³⁹² Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.

³⁹³ Art. 132. A ação revocatória, de que trata o art. 130 desta Lei, deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público no prazo de 3 (três) anos contado da decretação da falência.

³⁹⁴ MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, ob. cit., p. 212-213.

³⁹⁵ Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: (...) II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; (...);

pela criação de créditos trabalhistas fictícios, o devedor frustrasse os outros créditos.³⁹⁶ Outorgar aos trabalhadores o direito de receber o valor excedente com preferência até o limite do valor do bem hipotecado representaria, além de viabilizar a fraude em razão da qual o limite foi criado, diminuir-lhes demais as consequências da falência, o que contraria o princípio implícito na ordem de classificação dos créditos de que os credores devem sofrer os prejuízos da falência conforme a natureza de seus créditos.

(C) Insolvência civil

Na insolvência civil, regulada pelos artigos 955 a 965 do CC2002 e 748 a 786-A do CPC, cabível nos casos em que a lei não autoriza a falência, nem a liquidação extrajudicial. O artigo 961 do CC2002³⁹⁷ estabelece que o crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie, sem fazer nenhuma distinção entre os créditos com garantia real, do que se conclui que também na insolvência os credores titulares de hipoteca judiciária receberão com preferência em relação aos credores quirografários. A preferência, como na falência, limita-se ao valor do bem hipotecado.³⁹⁸ A hipoteca judiciária também poderá ser impugnada se constituída com fraude, com fundamento nos artigos 956 do CC2002 e 768 do CPC.

(D) Liquidação extrajudicial

Artigo 2º da Lei 11.101/2005 exclui o regime da falência e da recuperação judicial às empresas públicas, sociedades de economia mista e algumas sociedades empresárias de objeto social específico, como instituições financeiras, cooperativas de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização etc.

³⁹⁶ A respeito da razão pela qual o limite foi imposto, MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, embora discordando do mecanismo, registra: *“Houve muita discussão sobre a limitação do crédito trabalhista ao teto correspondente a 150 salários mínimos. Dizia-se que esse limite era necessário para que fossem evitados os créditos maquiados, normalmente criados às vésperas da falência, em favorecimento a pessoas que nunca haviam trabalhado ou a pessoas que teriam, na realidade, um crédito muito menor”*. (ob. cit., p. 213).

³⁹⁷ Art. 961. O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral.

³⁹⁸ CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e SÉRGIO CAVALIERI FILHO, ob. cit., p. 487.

Se caírem em insolvência, essas sociedades são liquidadas extrajudicialmente pelos órgãos governamentais de controle dos setores em que atuam. No caso das instituições financeiras, por exemplo, a liquidação extrajudicial é presidida pelo Banco Central do Brasil, nos termos da Lei 6.024/74.

Além da liquidação extrajudicial em razão da insolvência, a liquidação também pode ocorrer em razão da dissolução da sociedade decorrente de deliberação dos sócios ou decisão judicial. Nesses casos, também determina a lei (artigos 1.106 do CC2002 e 214 da Lei das Sociedades Anônimas) que os créditos sejam pagos com estrita observância das preferências dos credores.³⁹⁹

Independentemente dos procedimentos especiais que existam, na classificação de créditos, o crédito dotado de hipoteca judiciária deverá ter o mesmo tratamento dispensado a outros créditos com garantias reais diferentes. O tratamento só não deverá ser igual se eventualmente a lei de regência da liquidação extrajudicial contiver disposição distinguindo expressamente o crédito com hipoteca judiciária dos demais créditos com garantia real. Da mesma maneira, os meios de impugnação à fraude válidos para questionar, nas liquidações extrajudiciais, hipotecas convencionais serão válidos para fazer frente às hipotecas judiciárias.⁴⁰⁰

(E) Recuperação

Na recuperação, o crédito com hipoteca judiciária também deverá gozar dos mesmos privilégios outorgados aos demais créditos com garantia real. Também na recuperação, a lei não faz distinção entre os credores com direito real de garantia. Reúne a classe sob o critério de se tratarem de *“titulares de créditos com garantia real”*.

O respectivo credor votará na Assembléia Geral de Credores na classe dos credores com garantia real (artigo 41, II e § 2º, da Lei 11.101/2005) até o

³⁹⁹ FÁBIO ULHOA COELHO, ob. cit., p. 462.

⁴⁰⁰ Questionou-se a validade de hipoteca judiciária constituída contra devedor em liquidação extrajudicial perante o Superior Tribunal de Justiça (REsp 260492/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 21/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 314). A *quaestio iuris* não foi julgada porque a liquidação

limite do valor do bem hipotecado. No que exceder, votará com os credores quirografários. Se o devedor propuser, no plano de recuperação, a venda do bem sobre o qual recai hipoteca judiciária para pagamento da dívida, a alienação, supressão da garantia ou substituição somente serão possíveis se o credor concordar (artigo 50, § 1º, da Lei 11.101/2005).

A reforma da decisão que embasa a hipoteca judiciária não projetará nenhum efeito às deliberações que tiverem sido tomadas com o cômputo dos votos do respectivo crédito na classe dos credores com garantia real, mesmo que a contagem na classe dos credores quirografários possa alterar a decisão tomada. Opera-se o mesmo que aconteceria caso a classificação de algum crédito fosse questionada e alterada depois da aprovação do plano de recuperação, como permite o artigo 19⁴⁰¹ da Lei 11.101/2005.

Na recuperação extrajudicial, o crédito com hipoteca judiciária também deverá ser negociado em conjunto com os demais credores com garantia real, dependendo a alienação do bem, supressão ou substituição da garantia de consentimento do credor.

A hipoteca judiciária constituída para garantir créditos trabalhistas não lhes altera a classe na recuperação judicial. Isso porque a lei reserva aos credores trabalhistas regime especial de tratamento, com reunião numa classe específica (artigo 41, I), cômputo dos votos por cabeça, e não pelo valor do crédito (artigo 45, § 2º), e imposição de que os vencidos até a data do pedido de recuperação sejam pagos em até 1 (um) ano (artigo 54). A natureza dos créditos trabalhistas autoriza que a lei lhes dê tratamento melhor do que o dispensado aos demais credores (como, de fato, dá), não havendo razão, portanto, para que a constituição de hipoteca judiciária os prejudique.

extrajudicial cessou, perdendo o recurso seu objeto. Se isso não ocorresse, a decisão, a nosso ver, deveria ser pela invalidade da hipoteca judicial, porque constituída depois de decretada a liquidação extrajudicial.

⁴⁰¹ Art. 19. O administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o representante do Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores.

XIV – CONCLUSÕES

- 1) Os jurisdicionados têm direito constitucional ao processo célere e efetivo. A hipoteca judiciária deve ser tratada como um dos meios de atribuição efetividade ao processo, isto é, de cumprimento do dever de prestação jurisdicional, especialmente se garantir ao credor direito (relativo) de preferência na excussão do bem hipotecado.
- 2) A hipoteca judiciária, como a voluntária e a legal, é espécie de hipoteca, constituindo, portanto, direito real de garantia que deve respeitar os princípios de especialidade, publicidade e indivisibilidade. A hipoteca judiciária outorga ao credor direito de seqüela e, diante da revogação do artigo 824 do CC1916, direito de preferência, interpretação que ainda não foi confirmada pelos tribunais.
- 3) A origem histórica da hipoteca judiciária é controvertida. Alguns doutrinadores enxergam sua origem no direito romano. Outros, acreditam que tenha origem no direito francês, tendo sido contemplada nas Ordenações de *Moulin* de 1566. Embora tenha sido prevista nas Ordenações Manuelinas em 1521 (anos antes da previsão no normativo francês), textos de Portugal apontam a origem do instituto no direito consuetudinário francês.
- 4) A hipoteca judiciária também é prevista nos ordenamentos de Portugal e Itália, de forma bastante semelhante ao ordenamento do Brasil. Em Portugal, o direito de preferência é expressamente tolhido em concurso especial de credores e o registro é feito mediante requerimento do credor instruído com a sentença, sem necessidade de ordem judicial. Na Itália, o direito de preferência vigora inclusive em concurso especial de credores (exceto quando for constituída em razão de ordem de pagamento proferida em ação monitória), podendo, entretanto, ser impugnada a hipoteca por ação revocatória.
- 5) Embora decorra de um fato processual, a hipoteca judiciária tem natureza de direito real de garantia. Não representa tutela cautelar, nem executiva, e

também não constitui antecipação de tutela, razão pela qual não está sujeito aos requisitos desses institutos.

- 6) A utilidade da hipoteca não se esvai diante do direito de anular alienação ou oneração feita em fraude contra credores, nem diante do direito de penhorar bens alienados ou onerados em fraude à execução. O direito de seqüela decorrente da hipoteca judiciária garante o direito de excutir o bem hipotecado independentemente de alegar e comprovar os requisitos da ação pauliana ou da fraude à execução (cf. o caso). A utilidade da hipoteca judiciária reforça-se à medida que se lhe reconheça direito de preferência relativa nos concursos comuns e especiais de credores.
- 7) O arresto não prejudica a hipoteca judiciária, e pode coexistir com ela, desde que se refira a obrigação ou a parte da obrigação diferente daquela garantida pela hipoteca judiciária. A hipoteca determina a revogação do arresto anteriormente constituído se se referir à mesma obrigação ou à mesma parte da obrigação.
- 8) A possibilidade e a existência de execução provisória ou definitiva não prejudicam a constituição da hipoteca judiciária. O credor que possa exercer a execução provisória pode preferir simplesmente constituir a garantia, sem nada penhorar. Mesmo que inicie execução provisória ou definitiva, o credor tem interesse em constituir a garantia para exercer preferência no caso de sobrevir falência, insolvência civil, liquidação extrajudicial ou recuperação do devedor.
- 9) Os requisitos especiais para constituição da hipoteca judiciária são: (i) obrigação reconhecida por decisão jurisdicional mediante cognição exauriente (apta a transitar em julgado materialmente, portanto), sem necessidade de preceito condenatório, (ii) observância do contraditório prévio e (iii) observância do princípio da proporcionalidade. A obrigação garantida pode ser de pagar, dar, fazer ou não fazer, e, nesses últimos 3 (três) casos, independentemente de conversão em indenização por perdas e danos. A obrigação pode ser líquida ou ilíquida (hipótese na qual o crédito será estimado).

- 10) As sentenças proferidas em processo de conhecimento de rito comum ou especial, individual ou coletivo, podem constituir hipoteca judiciária, assim como os laudos arbitrais e as sentenças ou laudos arbitrais estrangeiros. A ordem inicial de pagamento, por ter natureza ontológica de sentença, também gera hipoteca judiciária. A sentença de dissídio individual trabalhista gera hipoteca judiciária e, apenas nesse caso, pode ser constituída de ofício. A sentença penal também gera hipoteca judiciária, embora o credor possa, antes dela, constituir hipoteca legal. As decisões interlocutórias podem gerar hipoteca judiciária, desde que reconheçam obrigações em caráter potencialmente definitivo, como, por exemplo, as decisões que impõem multa por litigância de má-fé.
- 11) A hipoteca judiciária não faz parte do objeto do processo, razão pela qual não deve integrar a inicial, a sentença, nem os recursos para reforma da decisão final.
- 12) Não é cabível o processo de especialização de hipoteca previsto nos artigos 1.205 a 1.210 do CPC para a hipoteca legal. A hipoteca judiciária deve ser especializada nos autos em que a decisão que a embasa foi proferida, ou, no caso de laudo arbitral ou sentença estrangeira, perante o juízo exequendo.
- 13) A hipoteca judiciária é constituída mesmo antes do trânsito em julgado e independentemente de a decisão ser ou não exeqüível, não porque, não sendo exeqüível a decisão, maior sua relevância, mas porque decorre da própria existência da decisão. O efeito suspensivo (ou impeditivo) recursal obsta a execução, mas não obsta a existência da decisão.
- 14) Não pode ser constituída de ofício, exceto no dissídio individual trabalhista, em razão de a CLT autorizar a execução de ofício.
- 15) A ordem que especializa e ordena o registro da hipoteca judiciária tem natureza de decisão interlocutória, sendo controlável, portanto, pela via do agravo de instrumento, se proferida em primeira instância, ou do agravo regimental, se

proferida por Tribunal, ou, não havendo previsão regimental, pela via do mandado de segurança.

- 16) O devedor tem direito à substituição do bem hipotecado, desde que prove necessidade de aliená-lo ou onerá-lo e desde que ofereça outro imóvel, seu ou de terceiro, que garanta a obrigação com mesma liquidez e na mesma extensão. Se o credor concordar, a hipoteca judiciária pode ser substituída por outro tipo de garantia. O credor não tem direito à substituição da garantia, mas apenas à sua ampliação, se o bem hipotecado não satisfizer o valor da obrigação reconhecida.
- 17) O direito à constituição da hipoteca judiciária não está sujeito à preclusão, mas pode precluir o direito à reforma da decisão que deferir ou indeferir a constituição da hipoteca judiciária.
- 18) A hipoteca judiciária extingue-se em razão dos fatos extintivos previstos em lei, genericamente, para todas as hipotecas, e também pela reforma da decisão com base na qual foi constituída, mesmo que, contra tal decisão, seja interposto recurso dotado de efeito suspensivo (impeditivo).
- 19) A reforma parcial da decisão autoriza, conforme o caso, que credor constitua hipoteca sobre outro bem, ou que o devedor cancele a hipoteca excedente (se houver), observado, sempre, o princípio da proporcionalidade.
- 20) A parte não pode ser responsabilizada por perdas e danos do suposto devedor caso a decisão que embasou a hipoteca seja reformada, a menos que a decisão tenha sido obtida por meio de litigância de má-fé, na forma do artigo 16 do CPC. Do mesmo modo, o Estado e o juiz só podem ser responsabilizados se o juiz agir com dolo ou omitir-se, apesar de notificado, na forma do artigo 133 do CPC. A responsabilidade é, pois, sempre subjetiva.
- 21) A competência para constituir, substituir ou cancelar a hipoteca judiciária é do juízo de primeiro grau desde o registro da sentença até o despacho que determina o envio dos autos para o órgão julgador da apelação. Passa a ser do

relator da apelação até a publicação do acórdão, ou, se cabível e interposto, até o julgamento dos embargos infringentes. Depois, transfere-se ao juízo competente para processar a execução, ainda que provisória, a menos que algum órgão de superposição conceda efeito suspensivo ao recurso que lhe tiver sido dirigido, hipótese em que atrairá, também a competência para decidir a respeito da matéria.

- 22) A hipoteca judiciária registra-se mediante mandado, sem necessidade de carta precatória. Faltando alguma informação que impeça o registro, como, por exemplo, a qualificação do proprietário do imóvel, o juiz deverá intimar o devedor que a forneça, ou, se houver resistência, requisitá-la aos órgãos competentes.
- 23) Pode ser hipotecados bens presentes ou futuros do devedor, assim como aqueles alienados ou onerados em fraude contra credores ou à execução, desde que anulados ou declarados ineficazes tais atos.
- 24) É dever do devedor indicar bens hipotecáveis, sob pena de multa por litigância de má-fé e quebra do sigilo da declaração de imposto de renda.
- 25) O bem de família pode ser hipotecado, cancelando-se a hipoteca, entretanto, se, no momento da execução, mantiver essa qualidade.
- 26) Os bens públicos não podem ser objeto de hipoteca judiciária porque não podem ser penhorados nem executados, uma vez que o pagamento das dívidas judiciais da Fazenda Pública se faz mediante expedição de precatório.
- 27) Por isonomia, o legislador deveria oferecer ao credor de devedor que não é proprietário de imóvel garantia semelhante. Sugere-se o penhor judiciário de bens empenháveis registrados tão eficazmente quanto os imóveis, como, por exemplo, os automóveis e alguns direitos, como os títulos emitidos pelo tesouro, certificados de ouro, quotas sociais, ações e outros papéis negociados em bolsa.

- 28)** No ordenamento jurídico brasileiro atual, o crédito garantido por hipoteca judiciária deve ser tratado como crédito com direito real de garantia no concurso comum de credores e também na falência, na insolvência civil, na recuperação e na liquidação extrajudicial. Apesar disso, não poderá prejudicar, em concurso comum hipoteca, arresto, averbação premonitória de execução ou penhora anteriormente constituídos.
- 29)** As razões que sustentam essa conclusão são: (i) a ausência de disposição legal que lhe exclua o direito de preferência, (ii) o direito constitucional à tutela efetiva; e (iii) o interesse público no cumprimento das decisões jurisdicionais, que justifica a substituição da vontade do devedor, em benefício dos credores que (a) detém crédito oriundo de ato ilícito (e, portanto, não puderam negociar garantia) ou (b) detém crédito oriundo de declaração unilateral de vontade ou acordo de vontade (e que, embora não tenham negociado a garantia, fazem jus a ela, inclusive para que o credor não possa lhes frustrar o recebimento do crédito pela constituição de hipotecas convencionais).
- 30)** A hipoteca judiciária poderá ser anulada pela via da ação pauliana, se constituída contra devedor insolvente ou reduzido à insolvência por conta disso, ou declarada ineficaz se constituída no termo legal da falência ou em ação revocatória, se constituída em conluio com o devedor, desde que preenchidos, sempre, os requisitos legais pertinentes.
- 31)** Também na insolvência civil, na liquidação extrajudicial e na recuperação, a hipoteca judiciária pode ser impugnada pelos mesmos meios de impugnação da hipoteca voluntária.
- 32)** Longe de se tornar obsoleto, o instituto deve ser usado como importante instrumento de atribuição de efetividade ao processo, de modo a contribuir para que o processo cumpra seus escopos jurídico, político e social.

XV - PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO EM VIGOR

No projeto de novo Código de Processo Civil no Senado, o texto estabelecido para substituição do artigo 466 do CPC atual foi integralmente mantido no artigo 477 proposto, com a única diferença de que o registro seja feito “*na forma da lei*”, e não mais “*na forma prescrita na Lei de Registros Públicos*”.

Em 06.12.2010, aprovou-se, no Senado, entretanto, texto diverso, nos seguintes termos: “*Art. 482. A sentença que condenar o réu ao pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária: § 1º A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária: I - embora a condenação seja genérica; II - pendente arresto de bens do devedor; III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença. § 2º A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial*”.

O texto comporta crítica. Melhor seria que a hipoteca judiciária fosse colocada em consonância com o texto do artigo 475-N, I, do CPC atual, de modo que a atribuir o efeito da hipoteca judiciária às sentenças que reconhecessem qualquer obrigação, sem a necessidade de preceito condenatório.

O texto exclui a obrigação de dar coisa (prevista no texto atual), o que pode conduzir à conclusão de que o legislador quis conferir hipoteca judiciária apenas às sentenças condenatórias em obrigação de dar. Ocorre que não há nada que autorize distinguir os credores de obrigações de pagar daqueles de obrigação de dar (coisa certa ou incerta), fazer ou não fazer. Todos são merecedores da garantia.

Os incisos do artigo 482 proposto têm o mesmo conteúdo dos incisos do artigo 466 atual. A alteração mais sensível consta do § 2º, que autoriza a constituição da hipoteca mediante a simples apresentação, pelo credor, ao cartório de registro imobiliário, sem ordem judicial.

O texto não contempla a hipoteca de outros bens, apenas os imóveis, embora o rol de bens hipotecáveis seja bem mais extenso, contendo bens, como aeronaves e navios, que não são registrados em cartório de registro imobiliário.

Essa, entretanto, não é a maior preocupação. Sem a necessidade de prévia decisão judicial, cessa o controle (i) da idoneidade do título, (ii) da proporcionalidade e (iii) do exercício prévio, pelo devedor, do contraditório. Embora esse sistema seja adotado pelas legislações atualmente vigentes em Portugal e Itália, o nosso sistema atual é mais vantajoso, justamente por permitir o controle, pelo judiciário, dos requisitos anteriormente mencionados.

Adicione-se que, nos sistemas estrangeiros citados, a legislação conta com a previsão da ação para redução de hipoteca.⁴⁰² À míngua de previsão semelhante, o devedor que se sentir prejudicado terá, *a priori*, duas possibilidades: (i) pedir o cancelamento, redução ou substituição da garantia ao juízo que proferiu a decisão com base na qual a hipoteca foi constituída, ou (ii) iniciar processo de conhecimento de rito ordinário perante outro juízo.

Parece-nos que a solução mais adequada seria iniciar processo independente. Além de multiplicar os processos, a inovação atenta contra a economia processual, porque um segundo juiz teria de tomar conhecimento de toda a matéria, ao contrário do que ocorre no sistema atual, em que, via de regra, o mesmo juízo que prolatou a decisão também ordena a constituição, cancelamento, substituição ou redução da hipoteca.

A alteração também afetará o regime da responsabilidade pelo registro indevido da hipoteca, quer porque o título não seja idôneo, quer porque o credor abranja bens em valor muito superior ao da obrigação, quer ainda apenas porque a decisão foi reformada. De um lado, o credor poderá ficar inseguro em constituir a garantia por se expor ao risco de ser demandado em ação indenizatória no caso de a decisão ser reformada em grau recursal. De outro, os devedores provavelmente se sentirão mais

⁴⁰² Assim já foi o nosso sistema, com previsão de que o devedor requeresse ao juiz, em procedimento específico, a redução ou substituição dos imóveis apontados (art. 258, § 2º, do Reg. 18.542/1928 e artigo 274, § 2º, do Decreto 4.857/39), cf. AMILCAR DE CASTRO, ob. cit., p. 84.

confortáveis em demandar o credor que tiver constituído a garantia. Verifica-se, portanto, que a alteração aprovada, se mantida, atentará contra o instituto.

A hipoteca judiciária constitui ônus real sobre o imóvel. Não tem, portanto, a mesma natureza da averbação premonitória que o artigo 615-A do CPC atualmente permite seja feita quando se inicia execução em face do devedor. Se se considerar, como se defendeu nesta dissertação, que também gera direito de preferência, inclusive em falência, insolvência, liquidação extrajudicial e recuperação, mais grave se torna, recomendando que sua especialização e registro seja feito por ordem judicial.

Se a constituição do ônus deve ser feita, por regra geral, mediante ato de vontade do proprietário do bem, e, excepcionalmente, por ordem judicial que lhe substitua a vontade, não parece ser razoável criar mais uma exceção pela autorização de que o ônus seja constituído mediante simples requerimento do credor instruído com cópia ou certidão de inteiro teor da sentença.

Registre-se, por fim, o texto do artigo 749 proposto, que inclui a alienação ou oneração de bem com hipoteca judiciária no rol de fraudes à execução: “Art. 749. *Considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bens: (...) III – quando sobre eles existir registro de hipoteca judiciária ou de ato de constrição judicial originário da ação onde foi argüida; (...)*”. A disposição abunda, mas não prejudica. A hipoteca judiciária gera o direito de seqüela (artigo 1.419 do CC2002), que, por si só, autoriza excutir o bem ainda que ele tenha sido transferido a terceiros, assim como gera o direito de preferência (pelo menos no concurso comum de credores), o que a torna imune a eventual oneração posterior. De todo modo, permitir a penhora e excussão do bem objeto de hipoteca judiciária, quer pelo exercício do direito de seqüela ou de preferência, quer pela ineficácia da alienação ou oneração em relação ao crédito posto em juízo.

Feitas, com todo o respeito devido, as críticas, expomos o que, a nosso ver, seria o texto normativo ideal para o instituto, à luz das considerações feitas neste trabalho:

“A sentença que reconhecer obrigação de pagar, dar (coisa certa ou incerta), fazer ou não fazer, valerá como título constitutivo de penhor e hipoteca judiciária.

§ 1º A especialização e o registro serão feitos por ordem judicial, nos autos em que prolatada a sentença, ou nos autos da execução provisória quando ela for possível.

§ 2º Podem ser objeto de penhor judiciário apenas veículos automotores terrestres, direitos e títulos de crédito registrados em junta comercial, bolsa de valores, instituições financeiras ou câmaras de compensação, dispensado o registro da sentença em Cartório de Títulos e Documentos.

§ 3º O penhor e a hipoteca judiciária são produzidos:

I - embora a obrigação seja ilíquida;

II - pendente arresto de bens do devedor;

III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória ou definitiva da sentença;

IV – mesmo que o recurso interposto contra a sentença seja recebido no efeito suspensivo.

§ 3º Da decisão que deferir ou indeferir a especialização e registro do penhor ou hipoteca judiciária caberá agravo de instrumento.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Cândido Mendes, *Ordenações Filipinas*, vols. 1 a 5, Rio de Janeiro, 1870

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de, *Direito das Cousas*, v. II, J. Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1910

ANDRADE, Manuel de, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, *Hipoteca Judiciária*, Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, p. 10-22, jul/set 1988

ASSIS, Araken de, *Cumprimento de sentença*, Forense, Rio de Janeiro, 2006

BARROSO, Luís Roberto, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 6, n. 23, São Paulo, abr/jun 1998

BAUDRY-LACANTINERIE, G., DE LOYNES, P., *Trattato Teorico Pratico di Diritto Civile*, v. I a III, Casa Editrice Dottor Francesco Villardi, Milano, 1912

BEDAQUE, José Rogério dos Santos, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência, tentativa de sistematização*, Malheiros, São Paulo, 1998

BEVILAQUA, Clóvis, *Direito das Coisas*, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1942

_____, *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. III, 5ª ed., Livraria Francisco Alves, São Paulo, 1938

BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de recuperação de empresas e falência comentada*, 4ª ed., RT, São Paulo, 2007

BITTAR, Carlos Alberto, *Curso de Direito Civil*, v. 2, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1994

CALAMANDREI, Piero, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligatione*, v. XXXI, primeira parte, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1933

CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres, *Da Hipoteca, Caracterização, Constituição e Efeitos*, Almedina, Coimbra, 2003

CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei 9.307*, Malheiros, São Paulo, 2004

CARPI, Frederico, COLASANTI, Vittorio e TARUFFO, Michele, *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, 6ª ed., CEDAM, Milão, 2009

CASTRO, Amílcar de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. X, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1941

CAVALCANTI, Arthur José Faveret, *A hipoteca judiciária*, Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 87, n. 313, jan/mar 1991

CICERO, Cristiano, *Il Diritto Privato Oggi, L'ipoteca*, Giufrè, Milano, 2000

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2008

COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2004

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2007

_____, *Introdução ao Estudo do Direito e Elementos de Direito Civil*, Ed. Coimbra, Coimbra, 1967

COSTA, Salvador da, *Concurso de Credores*, Almedina, Coimbra, 1998

COULANGES, Fustel de, *A Cidade Antiga*, v. I e II, Edemeris, São Paulo, 1966

COVIELLO, Leonardo, *Delle Ipoteche nel Diritto Italiano*, 2ª ed., Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1936

DE PAGE, Henri, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. VII, Établissements Émile, Bruxelas, 1957.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, 2ª ed., Podivm, Bahia, 2008

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, 9ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, Malheiros, São Paulo, 2001

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009

DINAMARCO, Cândido Rangel ET ALLI, *Teoria Geral do Processo*, 20ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004

DINIZ, MARIA HELENA, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisas*, v. 4, 22ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XIII, Rio de Janeiro, Forense, 2004

DUARTE, Rui Pinto, 2ª ed., *Curso de Direitos Reais*, Principia, Lisboa, 2007

FERRARI, Paulo Leme; LISBOA, Adriano Augusto Correa, *A hipoteca judiciária e a efetividade do processo*, Revista do Advogado da AASP, ano XXV, v. 81, abr/2005, p. 93-97

FIÚZA, César, *Direito Civil, Curso Completo*, 9ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2006

FRAGA, Affonso, *Direitos Reaes de garantia, Penhor, Antichrese e Hypotheca*, Livraria Academica, 1933

FRANÇA, Rubens Limongi, *Manual de Direito Civil*, 3º v., RT, São Paulo, 1971

FRASCA, Raffaele, e ROSELLI, Federico, *La Giurisprudenza sul Codice Civile, Libro VI, Tomo II*, Giufrè, Milano, 2005

FREITAS, Augusto Teixeira de, *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed., B. L. Garnier, Rio de Janeiro, 1876

FRIEDE, Reis, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, Rio de Janeiro, Forense, 1997

FRONZONI, Massimo, *Il Codice Civile con la Giurisprudenza*, Giappichelli/Zanichelli, Bologna, 1990

FULGÊNCIO, Tito, *Direito Real de Hipoteca*, v. I, 3ª ed., atualizada por José de Aguiar Dias, Forense, Rio de Janeiro, 1960

FUX, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil*, 3ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005

GALGANO, Francesco, *Trattato di Diritto Civile*, v. II, CEDAM, Padova, 2009

GAMA, Affonso Dionysio, *Direitos Reaes de Garantia*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1930

GARCEZ, Martinho, *Da Hypotheca e Das acções Hypothecarias*, Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1918

GARCIA, Lysippo, *O Registro de Immoveis, A inscrição, A hypotheca*, v. II, p. I, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1927

GENTILE, Francisco Silvio, *Il Nuovo Codice Civile*, Eugenio Jovene, Napoli, 1958

GOMES, Orlando, *Direitos Reais*, 11ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995

GORLA, Gino, e ZANELLI, Pietro, 4ª ed., *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelle Editore, Bologna, 1992

HOFF, Luiz Alberto, *A hipoteca judiciária e sua importância como instrumento de garantia*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 80, n. 674, p. 81-7, dez 1991

JARDIM, Monica, *A Segurança Jurídica gerada pela publicidade registal em Portugal e os credores que obtêm o registo de uma penhora, de um arresto ou de uma hipoteca judicial*, in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 2007

JUSTEN FILHO, Marçal; TALAMINI, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; *Sobre a hipoteca judiciária*, Revista de Processo, São Paulo, v. 22, n. 85, p. 121-7, jan/mar 1997

LEITE, Iolanda Moreira, *Hipoteca*, Tese de Doutorado apresentada à FDUSP sob orientação de Yussef Said Cahali, 1989

LEONEL, Ricardo de Barros, *Tutela Jurisdicional Diferenciada*, RT, São Paulo, 2010

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1984

LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, v. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987

LISE, Pasquale de e COSSU, Luigi, *Commentario teórico-prático al codice civile, Delle ipoteche art. 2808-2899*, Edipem, Novara, 1974

MACARIO, Francesco, *Diritto Civile*, v. IV, t. II, Giufrè, Milano, 2009

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa Machado, *Código de Processo Civil Interpretado*, 2ª ed., Manole, São Paulo, 2007

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de, *A Arte de Advogar no Cível à Luz do Novo Código de Processo*, Editor José Konfino, Rio de Janeiro, 1974

MARQUES, J. M. de Azevedo, *A hypotheca, doutrina, processo e legislação*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1933

MARTINS, Luís M., *Processo de Insolvência Anotado e Comentado*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010

Martins, Sérgio Pinto, *Comentários à CLT*, 4ª ed., Atlas, São Paulo, 2010

MAZZILI, Hugo Nigro, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004

MENDONÇA, José Furtado de, *Direito Real Hypothecario do Brazil*, Livraria Cruz Coutinho, Rio de Janeiro, 1875

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002

MIRANDA, Pontes de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, 2ª ed, Forense, Rio de Janeiro, 1959

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao CPC*, v. V, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2010

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil, Direito das Coisas*, 11ª ed., Saraiva, São Paulo, 1972

NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, Direito das Coisas*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009

NERY JÚNIOR, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, v. I, 3ª ed., RT, São Paulo, 1996

_____, e **NERY, Rosa Maria de Andrade**, *Código de Processo Civil Comentado*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2002

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Garantia do Contraditório*, in *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, coord. José Rogério Cruz e Tucci, RT, São Paulo, 1999

OLIVEIRA, José Lopes de, *Curso de Direito Civil, Direito das Coisas*, Sugestões Literárias, São Paulo, 1980

PAULA, Alexandre de, *Código de Processo Civil Anotado*, v. II, 7ª ed., RT, São Paulo, 1998

PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. IV, 20ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das Coisas*, São Paulo, Freitas Bastos, 1956

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil, Accommodadas ao Fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, H. Garnier, Rio de Janeiro, 1906

PITOMBO, Sérgio M. de Moraes, *Do Seqüestro no Processo Penal Brasileiro*, José Bushatky Editor, São Paulo, 1973

PORTO, Sérgio Alberto, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, RT, São Paulo, 2000

PROTO PISANI, Andrea, *Appunti sulla tutela di condana, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, v. III, Giufrè, Milano, 1979

RAMOS, Joaquim José Pereira da Silva, *Curso de Direito Hipotecário Brasileiro*, Eduardo e Henrique Laemmert, Rio de Janeiro, 1866

RAVAZZONI, Alberto, *Le Ipoteche*, Griufrè, Milano, 2006

REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, v. V, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007

RIZZARDO, Arnaldo, *Direito das Coisas*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009

ROCHA, M. A. Coelho da, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, t. II, 7ª ed., Livraria Clássica Editora, 1907

SANTOS, Ernane Fidelis dos, *As reformas de 2005*, São Paulo, Saraiva, 2006

_____, *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, 13ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009

SANTOS, J. M. de Carvalho, *Código de Processo Civil Interpretado*, v. IV, 2ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1940

_____, *Código Civil Interpretado, Direito das Cousas*, v. X, 2ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1937

SANTOS, Moacyr Amaral, Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Algumas considerações sobre a hipoteca judicial*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento XV, v. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1961

_____, *Hipoteca*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, N. 62, abr/1957, Lisboa

SERRA, Catarina, *A extinção dos privilégios creditórios no processo de falência é extensível à hipoteca legal? Ac. do STJ de 18.06.2002, Rec. 1141/02*, Cadernos de Direito Privado, nº. 2, abr/jun-03, CEJUR

SCARPINELLA, Cássio, *Código de Processo Civil Interpretado*, coord. Antonio Carlos, São Paulo, Atlas, 2005

SILVA, Cláudio Teixeira da, *Hipoteca judiciária: benefício legal em favor do vencedor em ação condenatória*, Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 47, n. 258, abr-1999

SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, v. II, 12ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993

SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva, *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais, ano 91, v. 798, abr/2002

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento*, v. I, 7ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006

_____, *Do Processo Cautelar*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1999

SPÍNOLA, Eduardo, *Os direitos reais limitados ou direitos sobre coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*, Conquista, Rio de Janeiro, 1958

TALAMINI, Eduardo, *Tutela Monitória*, RT, São Paulo, 2001

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *Código de processo civil anotado*, 6 ed., Saraiva, São Paulo, 1996

TELLES, J. H. Corrêa, *Digesto Portuguez, Tomo III*, Universidade de Coimbra, 1836

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Código de Processo Civil Anotado*, 12ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2008

_____, *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 50ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009

TUCCI, José Rogério Cruz e, *Hipoteca judiciária e devido processo legal*, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 4, n. 7, jan/jun 2001

_____, *Hipoteca judiciária e devido processo legal*, Revista Forense, v. 341, 1998

_____, *Tempo e Processo*, São Paulo, RT, 1998

_____, *Ação monitória*, 2ª ed., RT, São Paulo, 2001

_____, **e AZEVEDO, Luiz Carlos de**, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, RT, 1996

VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, v. II, Almedina, 7ª ed., 1997

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2000

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil – Direitos Reais*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2002

VIANA, Marco Aurélio S., *Comentários ao Novo Código Civil, Dos Direitos Reais*, v. XVI, Forense, Rio de Janeiro, 2003

WALD, Arnoldo, *Direito Civil, Direito das Coisas*, 12ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Processo Civil*, 10ª ed., RT, São Paulo, 2008

ZAPULLI, Carlo, *Commento al Nuovo Codice Civile*, Società Editrice Libreria, Milano, 1943.

ZAVASKI, Teori, *Comentários ao CPC*, v. 8, RT, São Paulo, 2000

RESUMO

O objeto da dissertação é a hipoteca judiciária. O mote que inspirou o trabalho foi a preocupação com a efetividade do processo. Partiu-se do postulado de que o processo não deve ser um instrumento de mera declaração de direitos. Deve, ao revés, viabilizar a alteração da realidade, de modo que, ao final do processo, o jurisdicionado exerça seu direito tal como teria exercido se a correspondente obrigação tivesse sido cumprida espontaneamente.

A matéria carece de obras específicas. Salvo alguns poucos artigos, é tratada nos manuais de direito civil e de direito processual civil como assunto de importância nenhuma ou secundária. Embora se trate de direito real de garantia, a circunstância de nascer em razão de um fato processual e com a finalidade de fomentar a efetividade do processo firma-nos a convicção de que o assunto deve ser tratado no âmbito do Direito Processual Civil. Cremos que a ausência de disposição legal a respeito do tema no Código Civil de 2002, eliminando, assim, a exclusão do direito de preferência da hipoteca judiciária, longe de torná-la obsoleta, aumentou a importância do instituto.

O primeiro capítulo propõe enquadrar a hipoteca judiciária como instrumento de exercício do direito constitucional à efetividade da tutela jurisdicional. O segundo capítulo reúne as características principais do direito real de hipoteca. O terceiro capítulo contém a evolução histórica da hipoteca judiciária. O quarto capítulo traz notícias sobre a hipoteca judiciária nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Itália, com as respectivas semelhanças e diferenças em relação ao modo como o instituto é regido no ordenamento pátrio. O quinto e sexto capítulos referem-se à natureza jurídica da hipoteca judiciária e sua diferença em relação a institutos com os quais, por vezes, é confundida: a ineficácia da alienação ou oneração de bens em fraude à execução, a tutela cautelar, a tutela executiva, a antecipação de tutela e a hipoteca legal.

O sétimo capítulo estuda os requisitos necessários à constituição da hipoteca judiciária: (i) decisão jurisdicional, (ii) reconhecimento de obrigação de pagar, dar, fazer ou não fazer (sem necessidade de preceito condenatório), (iii) contraditório prévio e (iv) proporcionalidade. O oitavo capítulo refere-se às

especificidades da hipoteca judiciária gerada com base em sentenças proferidas em ação coletiva, ação popular, dissídio individual trabalhista, arbitragem, por autoridades estrangeiras. Destacamos, nesse capítulo, a defesa de que a decisão interlocutória, dependendo de seu conteúdo, gera hipoteca judiciária. O nono capítulo foi reservado ao estudo da hipoteca judiciária no contexto do processo, como, por exemplo, o fato de que não compõe o objeto do processo, nem está sujeita à preclusão.

O décimo capítulo trata da competência para especializar e ordenar o registro da hipoteca judiciária, bem como o meio pelo qual o registro deve ser feito. Sublinha-se, aqui, a discussão sobre o fundamento em razão do qual o efeito suspensivo recursal não deve impedir a constituição da hipoteca judiciária. O décimo primeiro capítulo contém os bens que podem e os que não podem ser objeto de hipoteca judiciária, com a proposição, *de lege ferenda*, de que alguns bens possam ser objeto de penhor judiciário.

O décimo segundo e o décimo terceiro capítulo contém o estudo do direito de preferência que, segundo se propôs, é gerado pela hipoteca judiciária, tratando-o, primeiramente, de forma geral e, depois, no concurso comum e nos concursos especiais de credores (falência, insolvência civil, liquidação extrajudicial e recuperação). O décimo terceiro capítulo contém as conclusões do trabalho. No décimo quarto capítulo, há crítica ao texto que foi aprovado no Senado para substituir o artigo 466 do Código de Processo Civil atual. Finalmente, o décimo quinto capítulo contém a bibliografia referenciada.

ABSTRACT

The object of this dissertation is the mortgage created by the law to assure the accomplishment of obligations recognized jurisdictionally (*“judicial mortgage”*). The motto that inspired the thesis was the concern about the effectiveness of the process. This started from the premise that the process should not be a mere instrument of rights declaration. Must, in reverse, enabling the alteration of reality, so that, by the end of the process, the creditor exercise its right as would have exercised if the corresponding obligation had been fulfilled spontaneously.

The matter requires specific works. Except a few articles, is treated in manuals of civil law and civil procedural law as a matter of no importance or secondary. Although it is substantive right (of guaranty), the circumstance of being born from a procedural fact and in order to promote the effectiveness of process conducts to the conviction that the judicial mortgage shall be dealt by litigation doctrine. The absence of legal provision on the subject in the Brazilian Civil Code, thus eliminating the exclusion of preference right of judicial mortgage, far from making it obsolete, increased the institute importance.

The first chapter proposes catalogue the judicial mortgage as a tool for exercising the constitutional right to effective judicial protection. The second chapter brings together the main characteristics of the right of mortgage. The third chapter contains its historical evolution. The fourth chapter contains a record of how the mortgage is regulated in Portugal and Italy. The fifth and sixth chapters relate to the legal nature of the judicial mortgage and its difference from the institutes with which it sometimes is mistaken: the ineffectiveness of alienation or lien in fraud, injunction, foreclosure, motion in limine and legal mortgage.

The seventh chapter examines the requirements necessary to constitute the judicial mortgage: (i) judiciary decision, (ii) recognition of the obligation to pay, give, do or not do (being unnecessary a condemnation commandment), (iii) prior manifestation of the adversary and (iv) proportionality. The eighth chapter covers the specificities of the judicial mortgage created on the basis of judgments in class action,

action to defend the public property, individual labor action, arbitration or by foreign authorities. It stands out in this chapter the defense that the interlocutory decision, depending on its content, creates judicial mortgage. The ninth chapter was reserved for study of the mortgage in the context of judicial proceedings.

The tenth chapter deals with the jurisdiction to specialize and to order the registration of the judicial mortgage, as well as the means by which registration must be done. It is stressed here the discussion on the merits on the grounds of which the suspensive effect of the appeal should not prevent the establishment of judicial mortgage. The eleventh chapter contains goods that can and can not be subject to judicial mortgage, with the proposition, *lege ferenda*, that some goods may be subject to judicial pledge.

The twelfth and thirteenth chapter contains a study of preference right, which, according to what was proposed, is generated by the mortgage judicial, treating it, first generally and in special contests creditors (bankruptcy, civil insolvency, liquidation and reorganization). The thirteenth chapter contains the conclusions. In the fourteenth chapter, there is a criticism of the text that was approved in the Senate to replace the current Article 466 of the Brazilian Civil Procedure Law. Finally, the fifteenth chapter contains a bibliography referenced.