

A HIPOTECA JUDICIÁRIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL: MORTE OU RENASCIMENTO?

*Antônio Augusto Bello Ribeiro da Cruz**

A Hipoteca Judiciária é instituto, que encontra previsão no artigo 466 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Até a entrada em vigor do novo Código Civil, essa norma da lei processual se relacionava com o artigo 824 do Código Civil de 1916.

O texto do artigo 824 dava características à Hipoteca Judiciária que distanciava do real sentido das hipotecas, gerando muitas críticas, e até mesmo, a rejeição por parte de alguns doutrinadores.

CPC 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."

* Advogado em Belo Horizonte.

C.C 1916 Art. 824 – *“Compete ao exeqüente 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 importar preferência, depende de inscrição e especialização.”*

O Novo Código Civil, entretanto, eliminou o texto do artigo 824, que, agora, não tem correspondente.

Como o presente estudo precisa analisar as críticas feitas ao instituto, e, pelo fato de os novos autores não terem se interessado em analisar o tema à luz do novo Código, as definições aqui apontadas, tem por base a combinação do texto do Código de Processo Civil com o do Antigo Código Civil.

Os estudos feitos com base no Código de 1916, servem de base para uma análise de como pode ser entendido o instituto com a entrada em vigor do Novo Código Civil.

A hipoteca judiciária é um instituto rodeado de polêmica. A opinião geral é de que deva ser extraída do nosso ordenamento jurídico. Apesar da grande parte de autores contrária ao instituto, não se forma uma unanimidade. Há aqueles que vêem no instituto qualidades, o que parece ser a opinião mais acertada.

O que causa espanto, é a quantidade de opiniões contrárias sem um embasamento mais profundo. É óbvio que a hipoteca judiciária tem seus defeitos. Apresenta, ela, algumas deformidades. E em razão destas deformidades, sofre discriminação. E por isso, a julgam inútil. Parece que se opera no caso, o que se dá nas relações humanas. O indivíduo que possui limitações é tido como incapaz. Não se pode pensar assim.

Mas, o fato é que o instituto sofre rejeição. E a culpa desta rejeição é da lei. Ao regular o instituto, o legislador não tomou o cuidado de lapida-lo, deixando-o repleto de arestas. Com isso nasceram as críticas.

Uma das críticas apresentadas surge da dúvida sobre o nascimento da garantia. No caput do art. 466 do Código de Processo Civil foi usada a expressão “título constitutivo”, referindo-se a sentença da qual advém a hipoteca, e em seu parágrafo único usou o termo “produzirá”, para a mesma sentença. O suposto conflito de termos causou estranheza aos críticos. Não fosse o bastante, não se admitia também, que a hipoteca resultasse de uma sentença. Chamaram-na de anomalia.

Passou-se então a se discutir a relação hipoteca/sentença. A lei é clara ao dizer que a sentença é título constitutivo da hipoteca judiciária. Se logo após, o mesmo texto legal afirma que a sentença produzirá a hipoteca, não parece absurdo. O que se capta no texto legal, é que o legislador talvez tenha misturado as naturezas do instituto. E diz-se naturezas, por que ele pode ser analisado através de dois prismas: o direito civil, e do direito processual civil.

Pode ser visto como um instituto do direito civil pois neste está contido o gênero do qual é espécie. Também é escopo do direito processual por ter ganhado vida para servi-lo. E traz, inclusive, em seu nome a ilustração do que aqui dizemos.

Sendo assim, voltando à análise do texto legal, parece que ao dizer “título constitutivo” o legislador quis se referir à natureza de garantia real do instituto, que será sempre acessório de uma obrigação. Assim, a condenação imposta pela sentença constitui a obrigação que se visa garantir. Ao afirmar que a sentença produz, a questão volta-se para o lado processual. O legislador deu a entender que a hipoteca era um produto da sentença, mas sem deixar claro qual o grau de afinidade entre os dois. Gerou-se a polêmica.

Uma vez estabelecida a dúvida, os doutrinadores começaram a analisar a relação entre hipoteca judiciária e sentença. Os opositores não admitem que ela decorra diretamente da sentença condenatória, como deu a entender a lei. Mas, os estudos começaram a afastar esta idéia.

Para entender o que se passava, começaram a atribuir, aos efeitos da sentença, níveis. Deste modo, viu-se que a hipoteca não decorria diretamente da sentença. Uma boa explicação era o fato dela não se encontrar nem no petitum, tão pouco no decisum. Sentença alguma, jamais conterà a hipoteca judiciária. Esta se constitui após aquela, mediante a manifestação da parte, indicando ao juiz o bem que será seu objeto e pedindo-lhe que expeça o mandado. A hipoteca judiciária se dá em razão da condenação, que é o efeito primeiro e direto da sentença condenatória. Por se relacionar a um efeito direto da sentença, é que à hipoteca judiciária foram atribuídas as qualidades de efeito secundário, ou, efeito indireto, ou, efeito anexo, conforme o autor. Sempre se afastando a idéia de que decorra diretamente da sentença, o que realmente, causa estranheza.

O calcanhar de Aquiles da hipoteca judiciária era uma expressão contida no artigo 824 do antigo Código Civil: “sem importar preferência”. Os que são contrários ao instituto encontravam, ali, subsídios para criticá-lo impiedosamente.

A falta do direito de preferência retirava do instituto uma importante arma. Sem ela, o credor perderia status, posicionando-se ao lado de outros credores desprovidos de uma garantia real. Isso significa dizer que em caso de insolvência do devedor, o beneficiário da hipoteca, participaria do rateio com os demais.

A velha lei, então, teria conferido uma garantia sem muitas vantagens. Sem a preferência, sobraria, apenas, ao credor, o direito de seqüela. O Antigo Código dava a hipoteca judiciária uma característica que a diferenciava das demais, afastando-a da filosofia do instituto.

Poucos foram os que questionaram esta descaracterização do instituto. Simplesmente entenderam que a lei assim o quisera e pronto, o instituto não se prestava. Azevedo Marques foi o único a discordar plenamente do texto legal. A mesma lei não admitia diferenciação entre as hipotecas. A mesma lei conferia às hipotecas as mesmas características de direito real de garantia, devendo ser inscritas para valerem contra terceiros, e sempre, como direito real, prevalecendo contra direitos pessoais.

Ante a estas ponderações, Azevedo Marques, radicalmente, ignorou o comando legal do Código de 1916. A hipoteca judiciária teria sim, o direito de preferência.

O autor foi extremado em seu pensamento. A lei é a lei. Não se pode ignorá-la. Mas, podia-se interpretá-la de modo mais conveniente. Talvez fosse esta a postura mais acertada para a solução do problema da Hipoteca judiciária. A hermenêutica e a exegese existem para esta finalidade. O estudo do pensamento de Azevedo Marques aliado à análise do texto legal, sem ignorá-lo, parecia a atitude mais sensata.

É interessante apontar que o texto do art. 824, em sua segunda parte, dizia "... mas, para ser oposto a terceiros, conforme valer, sem importar preferência, depende de inscrição e especialização". Assim, segundo a velha lei, a preferência não importava em relação aos terceiros. Quem seriam estes terceiros? A primeira parte do artigo dizia respeito ao prosseguimento da execução quando o bem já se encontra nas mãos de outrem, direito de seqüela. O termo "oposto", encontrado na segunda parte do artigo, em razão das normas de concordância referia-se ao "direito de prosseguir na execução contra os adquirentes dos bens", mencionado na primeira parte. Veja que, o texto legal tinha como objeto a relação entre o credor e o adquirente dos bens do condenado. Deslocava-se a relação. Não era mais credor-condenado, e sim credor-adquirente. A execução que atacava o condenado, passava a ter como objetivo, o adquirente e seu patrimônio, pois o bem encontrava-se, agora, incorporado a ele. A segunda parte do artigo, então,

ditava as normas para que a hipoteca tivesse valor face a terceiros na relação credor-adquirente e não na relação credor-condenado. Observando-se por este prisma, a preferência “não importava” com relação aos demais credores do adquirente dos bens. O credor, munido da hipoteca judiciária, teria, então, preferência, na forma do Antigo Código Civil, em um possível concurso de credores quando estivesse executando o condenado, mantendo, com isso, o sentido lógico dos direitos reais. Mas, quando fosse necessário utilizar-se do direito de seqüela, e a execução atacasse o adquirente do bem hipotecado, o credor se encontraria em pé de igualdade com os demais credores deste adquirente.

Todo esta dialética apresentada na interpretação do instituto, perde sentido com a entrada em vigor do novo Código Civil. É que nele, desaparece o texto do artigo 824 do antigo diploma. Deste modo, a Hipoteca prevista no artigo 466 do Código de Processo Civil, não mais sofre diferenciação, estando submetida a todas as regras, da lei material, que disciplinam as hipotecas.

Desta forma, a visão daqueles que não encontravam na hipoteca judiciária utilidade prática, tem de ser repensada.

A ausência do texto do artigo 824 no novo Código Civil, não significa dizer que a nova lei ignora hipoteca judiciária (e nem poderia, uma vez que ela se encontra prevista na lei processual civil), mas pode ser entendida como uma correção de uma anomalia do instituto.

A polêmica a respeito do instituto persistirá até que novos estudiosos detectem a mudança e passem a formar opinião sobre o assunto.

O fato é que a atual situação do sistema judiciário em nosso país nos faz crer que a hipoteca judiciária tem hoje grande valia. A utilização do instituto é pouco complexa, e se faz unilateralmente. Só depende da vontade daquele que obteve a sentença favorável. Uma vez inscrita, o credor estará protegido contra a fraude. Sem ela, o credor, que já esperou todo aquele

tempo que se gasta com um processo, teria que se valer de outra ação, perante a mesma e emperrada justiça, para, talvez, obter êxito.

Outra importância prática da hipoteca judicial, é o fato de colocar o credor em situação confortável para promover a execução. Uma vez que o quantum está garantido, poderá ele esperar a melhor hora para fazer valerem seus direitos. O objetivo do credor é ver a obrigação cumprida. Se o devedor não passa por bom momento financeiro é melhor esperar que este melhore, facilitando assim o êxito da execução. Uma execução em má hora, pode despertar o interesses de outros credores sobrecarregando o devedor e o cumprimento de suas obrigações.

Em suma, a Hipoteca Judiciária é instrumento de grande valia, devendo ser melhor utilizado.

BIBLIOGRAFIA

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Coisas*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Brasileiro Comentado – vol. 3*, 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1958.

DAILBERT, Jefferson. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – 4º volume – Direito das Coisas*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FADEL, Sérgio Sahoine. *Código de Processo Civil Comentado – Tomo III*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1974.

MARQUES, Azevedo. *A Hipoteca – doutrina, processo e legislação*. 3 ed. São Paulo: Empreza Graphica da “Revista dos Tribunaes”, 1933.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III arts. 270 a 331 e 444 a 475.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – vol. 5 – Direito das Coisas.* 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SANTOS, Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado – vol X.* 9 ed. São Paulo-Rio de Janeiro: Livraria Freitas Barroso S.A., 1961.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil – IV vol. Arts. 332 a 475.* Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1976.