

EFEITOS DA HIPOTECA EM FACE DO USUCAPIÃO¹

Domingos Afonso Kriger Filho²

I – Tendo em vista que a hipoteca constitui-se em *direito real*, conferindo ao credor hipotecário o direito de seqüela sobre o bem gravado, nos termos dos artigos 1.225, IX, 1.479 e seguintes do Código Civil, interessante verificar os efeitos que o usucapião pode produzir em relação àquela, no sentido de saber se a aquisição do imóvel hipotecado por esta via tem ou não força de manter subsistente a garantia real em face do usucapiente.

II – Nesse contexto, é certo que o surgimento dos direitos reais de garantia em geral decorreu da própria evolução do direito, quando retirou a segurança pelo cumprimento das obrigações da pessoa do devedor e fê-la recair no seu patrimônio. Como consequência deste desenvolvimento surgiram duas formas principais de garantia: *a pessoal*, em que terceira pessoa se obriga pelo devedor a lhe solver o débito mediante fiança; e *a real*, pela qual o próprio devedor, ou alguém por ele, oferece todo ou parte de seu patrimônio para assegurar o cumprimento da obrigação.

III – Em Roma, ao lado da fiança, apareceram as primeiras modalidades de garantia real, tais como a *fiducia* e o *pignus*. Histo-

1 Artigo publicado na LEX – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 297/5.

2 Advogado — Mestre em Direito — Professor.

ricamente, a *fiducia* foi a primeira forma de garantia real que surgiu, sendo que por meio dela o devedor transmitia ao credor a propriedade de coisa que lhe pertencia para lhe ser restituída quando quitado o débito. Após, surgiu o *pignus*, que conferia ao credor a posse da coisa, protegida pelos interditos. Tais meios tinham vários inconvenientes tanto para o devedor (que ficava desapossado do bem nos dois casos), quanto para o credor (que não ficava completamente salvaguardado no segundo caso, já que não podia alienar a coisa), sendo que foi exatamente para contornar esse transtorno bilateral – retirada da coisa da posse do devedor e insuficiente tutela do credor – que surgiu a hipoteca nos moldes que até hoje subsiste.

IV – Como garantia real que é, a hipoteca visa a colocar o credor a salvo da insolvência do devedor. Com a sua outorga, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação (artigo 1.419 do Código Civil), acompanhando-o sempre onde quer que se encontre, fato este que é conhecido no mundo jurídico como *direito de seqüela*. Dentre suas várias características, a doutrina enumera as seguintes: a) *acessoriedade*, na qual a sua existência fica na dependência de uma obrigação principal, no sentido de que, extinta esta, desaparece a hipoteca (*sublato principali, tollitur accessorium*); b) *indivisibilidade*, na qual no caso da dívida não ser satisfeita integralmente, subsistir ela por inteiro sobre a totalidade dos bens gravados, ainda que divisível a obrigação e a coisa hipotecada (*est tota in toto et tota in qualibet parte*); c) *especificidade*, que a faz recair tão-somente sobre os bens especificados na escritura, sendo impossível a sua instituição sobre bens futuros e ainda não materializados; d) *publicidade*, em que a eficácia perante terceiros fica subordinada à sua inscrição no registro de imóveis, ato este que lhe confere o indispensável conhecimento e que faz com que a ordem de preferência decorra da prioridade da inscrição (*prior in tempore potior in jure*).

V – Por outro lado, o Código atual estabelece que a propriedade imóvel pode ser adquirida, entre outras formas, pelo usucapião (artigos 1.238 a 1.244), instituto estabelecido em respeito às situações consolidadas pelo tempo. Assim como a prescrição, com a qual não se confunde, o usucapião tem como elementos carac-

terizadores o tempo e a inércia do titular do direito de propriedade, diferenciando-se no fato de que naquela tais elementos dão lugar à extinção do direito e, neste, à sua aquisição. É inegável a utilidade social de tal instituto, pois contribui de modo decisivo para a consolidação da propriedade nas mãos daquele que a possui e lhe tira proveito econômico, na forma preconizada pela nossa Constituição em seus artigos 5º, XXIII, e 170, III.

VI – O fundamento jurídico do usucapião reside, pois, na decisão manifestada pelo proprietário do imóvel na tutela do seu direito em face da posse exercida por outrem. Por essa razão, grande parte da doutrina, cremos de forma acertada, o vê como modo *originário* de aquisição da propriedade, no qual o usucapiente torna-se proprietário em virtude somente da posse exercida sobre o bem em certas condições definidas pela lei, independentemente e sem qualquer vinculação com a relação jurídica que havia entre a coisa e o seu antigo titular. Essa orientação também vem sendo seguida pelos tribunais no decorrer dos tempos, como se pode observar nos seguintes julgados:

“Usucapião. Imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade por ato voluntário de testador ou doador. Irrelevância. Caráter originário da aquisição. Possibilidade jurídica do pedido”³.

“Usucapião. Modo originário de aquisição de domínio. Sendo o usucapião modo originário de aquisição de domínio, o bem incorpora-se ao patrimônio do seu possuidor assim que constatadas as condições legais que o integram, e não pela sentença transcrita que o reconheça e declare judicialmente”⁴.

“Usucapião. Imposto de Transmissão Intervivos. Inexigibilidade. O imposto de transmissão intervivos só é exigível quando ocorra ato translativo de propriedade, mas no usucapião isto não ocorre, porque, sendo modo originário de adquirir a propriedade, tal aquisição é direta, isto é, se faz sem transmissão”⁵

3 Revista Jurídica 191/96, Ementa 7240.

4 Revista dos Tribunais 548/189.

5 *Idem*, 439/214.

VII – Como forma originária de aquisição do domínio, significa que o usucapiente não adquire de ninguém, mas simplesmente a adquire por si só, donde a conseqüência lógica é que a propriedade que havia sobre o bem é direito que deixou de existir, suplantado pelo do possuidor, que a recebe limpa, sem qualquer de seus caracteres, vícios ou limitações, a não ser as impostas pela lei. Nesse sentido, mostra-se totalmente irrelevante, do ponto de vista da força geradora inerente ao usucapião, a existência ou não do direito anterior, tanto que a sentença de procedência do pedido não atribui o domínio ao interessado, mas apenas o reconhece, tornando-o claro, haja vista que já se consumou desde o momento que a posse *ad usucapionem* teve início.

VIII – Sendo princípio vigente em nosso direito de que somente o proprietário da coisa pode dar-lhe em garantia (artigo 1.420 do Código Civil) e, sendo o usucapião uma forma originária de aquisição da propriedade, não é de todo estranho perceber a dificuldade do ônus hipotecário subsistir ante o imóvel usucapido, pois uma vez aniquilado o direito de propriedade anterior à consumação da posse *ad usucapionem* (o direito principal), a mesma sorte deve seguir o direito de garantia outorgado sobre ele (direito secundário), na conhecida fórmula preconizada pelo adágio *accessorium sequitur suum principale*, pois se os direitos reais de garantia se anulam com a inexistência da obrigação a que aderem⁶, com muito mais razão devem ser extintos com o desaparecimento do direito de propriedade sobre o qual recaiam. Em não prevalecendo este ponto de vista, sem dúvidas haverá a preterição de um direito de cunho “social e econômico” (o usucapião) em prol de um de cunho meramente “econômico” (a hipoteca), o que parece não se coadunar com os princípios que regem a atual ordem jurídica instituída pelo novo Código, que dentre suas Disposições Finais prevê exatamente a impossibilidade das convenções contrariarem os preceitos de ordem pública que asseguram a função social da propriedade, sem mencionar que, se assim não fosse, o usucapiente restaria colocado dinte daquela inusitada situação de ter parte de seu patrimônio respondendo por uma dívida da qual não participou.

6 *Idem*, 255/216.

IX – Poder-se-ia argumentar em desfavor dessa tese de que a hipoteca sujeita a coisa, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação, independentemente do ato translativo do domínio, nos termos do já referido artigo 1.419. Mas, em se procedendo a uma análise mais profunda do nosso ordenamento, veremos que essa orientação não possui força capaz de torná-la absoluta, uma vez que em várias hipóteses o Direito abre exceções à regra da preferência em favor do social, a exemplo, dentre outros, do privilégio instituído ao trabalhador agrícola pelo produto da colheita para a qual haja concorrido (artigo 964, VIII); à Fazenda Pública pelos impostos e taxas devidos (Decreto n. 22.866/33) e aos salários e pendências trabalhistas devidas pela massa falida (artigo 102 do Decreto-Lei n. 7.661/45).

X – Em suma, com relação ao *verus dominus* do imóvel, pode-se afirmar que o usucapião produz os mesmos efeitos jurídicos do perecimento da coisa e da resolução da propriedade, fatores que, entre outros, ensejam a *extinção da hipoteca*, a teor do artigo 1.499 do Código. Uma vez preenchidos os requisitos necessários à aquisição do imóvel pela via do usucapião em qualquer das suas modalidades, o possuidor poderá requerer que o juízo declare o domínio a seu favor por meio de sentença proferida após regular tramitação processual. Esse provimento não é *constitutivo*, no sentido de atribuir o domínio pretendido, mas *declaratório*, pois somente o reconhece e o torna certo desde o momento em que a posse *ad usucapionem* teve início. É referida posse que constitui o fato gerador da extinção do direito de propriedade anteriormente existente sobre o imóvel, que, por deixar de existir, aniquila também os eventuais ônus sobre ele instituídos, dado que um não pode subsistir sem o outro. Numa ação intentada nessas condições, a sentença necessariamente terá o efeito secundário de cancelar a inscrição hipotecária, competindo ao usucapiente, além de cumprir as exigências legalmente previstas, proceder à intimação do credor hipotecário para participar do feito, em face do cristalino interesse que possui no resultado da demanda.

Referências bibliográficas

- AMORIM, Luiz Francisco Guedes. *Da ação de usucapião em terras particulares*. In Revista de Processo n. 22, p. 42.
- CARVALHO DOS SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 14. ed., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., vol. VII e X.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao CPC*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001, vol. VIII, t. III.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro, 1973.
- FRANÇA, Limongi R. *Jurisprudência do usucapião*. São Paulo, 1979.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1998.
- NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed., São Paulo, RT, 2003.
- NUNES, Pedro. *Do usucapião*. Rio de Janeiro, 1953.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo, Saraiva, vol. 5, 1999.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. Editora Revista dos Tribunais Ltda.
- REVISTA JURÍDICA. Editora Síntese Ltda.