



Fernando Rabello

# O INSTITUTO DA HIPOTECA JUDICIÁRIA E A SUA ATUAL APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO PÁTRIO

65

## *JUDICIAL MORTGAGE AND ITS CURRENT APPLICABILITY TO THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

Fernanda Leal Barbosa  
Maria Luíza Firmiano Teixeira

### **RESUMO**

Objetivam identificar o pouco estudado instituto da hipoteca judiciária, como meio de assegurar a futura execução de sentença condenatória.

Traçam um paralelo com outros institutos, destacando a viabilidade da aplicação do art. 466 do Código de Processo Civil para que a sentença condenatória produza hipoteca judiciária.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Processual Civil; hipoteca judiciária; direito real de garantia; Código de Processo Civil – arts. 466, 1421, 1422; garantia processual.

### **ABSTRACT**

*The authors aim at identifying the little studied institute of judicial mortgage as a means to ensure future enforcement of a decision.*

*They draw a parallel with other institutes, highlighting the feasibility of applying Civil Procedure Code article 466 to a decision so that it may bring about judicial mortgage.*

### **KEYWORDS**

*Civil Procedural Law; judicial mortgage; security interest; Civil Procedure Code – articles 466, 1421, 1422; procedural guarantee.*

## 1 INTRODUÇÃO

O problema estudado neste trabalho é a polêmica que guarnece o instituto da hipoteca judiciária dado o imenso desconhecimento de suas potencialidades.

O objetivo é traçar as razões de sua pouca utilização e determinar/analisar institutos outros ou questões práticas que porventura afastem a efetiva aplicação da hipoteca judiciária. Configura razão deste trabalho não necessariamente propor mudanças no sistema já implantado, mas a otimização dos recursos existentes.

Justifica-se este estudo porque, embora pouco utilizado no âmbito cível, o referido instituto permanece na legislação processual pátria, inclusive no anteprojeto do novo Código de Processo Civil. De outro lado, vem sendo aplicado pela justiça do trabalho com frequência infinitamente maior.

## 2 SOBRE O INSTITUTO DA HIPOTECA JUDICIÁRIA

### 2.1 NOTA HISTÓRICA

A hipoteca judiciária aparece primeiramente em nosso ordenamento no art. 824 do diploma de Clóvis Beviláqua (Código Civil de 1916) a seguir transcrito: *Art. 824. 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 importar preferência, depende de inscrição e especialização.*

66

***A hipoteca judiciária tem sido pouco explorada na prática jurídica. É de se causar maior espanto o infrequente uso do instituto, muito embora a garantia do recebimento do crédito constitua uma constante preocupação do credor.***

O Código de Processo Civil brasileiro em vigor disciplina a matéria em seu art. 466. Note-se que, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, tal norma da lei processual se relacionava com o art. 824 do Código Civil de 1916. Destaque-se a ainda utilizada combinação do texto do Código de Processo Civil atual com o do antigo Código Civil por tantos de nossos autores, em que pese o Novo Códex da lei material não trazer correspondentes.

Outrossim, é a lei processual de 1973 que delimita as atuais bases legais de nosso objeto de estudo. Permita-se a citação: *CPC Art. 466. A sentença que condenar*

*o réu ao 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.*

O instituto em estudo também está previsto no art. 167, I da Lei de Registros Públicos e o anteprojeto do novo Código de Processo Civil perpetua sua existência em seu art. 477.

### 2.2 CONCEITO E APLICAÇÃO

A hipoteca judiciária tem sido pouco explorada na prática jurídica. É de se causar maior espanto o infrequente uso do instituto, muito embora a garantia do recebimento do crédito constitua uma constante preocupação do credor. (HOFF, 1993).

Como nos é sabido, o decurso temporal existente entre a condenação e a propositura de um processo executivo, por muitas vezes, possibilita o condenado a desfazer-se de seus bens por meios fraudulentos, ficando a parte vencedora incapaz de ressarcir-se do direito material do qual é titular. (EGASHIRA, 2003).

Note-se que quando dizemos direito do credor em face do devedor, deve-

se compreender tais figuras dentro do processo, ou seja, quem resultou com a sentença credor do outro. (HOFF, 1993).

No caso da hipoteca judiciária, é dado um bem imóvel, bem como aqueles constantes do elenco do art. 810 do Código Civil de 2002 de propriedade da parte processual vencida, estipulando-se em favor do juiz e do ganhador instrumento capaz de tornar a sentença dotada de eficácia.

Entretanto, constitui tarefa extremamente delicada estabelecer um conceito sobre a hipoteca judiciária. Defini-la inclui optar por diferentes acepções sobre o

controvertido tema, especialmente pela divisão que se tem em ser a hipoteca judiciária um direito real de garantia ou garantia de cunho processual. Em fato, essa reflexão diz respeito à natureza jurídica do instituto. Logo, classificá-la de uma ou outra forma implica consequências distintas e nos traz, por óbvio, uma conceituação deveras tendenciosa.

Desta feita, e diante da escassez de estudos jurídicos inerentes ao tema, é salutar um maior aprofundamento, objetivando este artigo apontar um melhor panorama do que nos é exposto no âmbito doutrinário, bem como na jurisprudência brasileira.

A hipoteca judiciária está prevista na lei processual civil em seu art. 466 e objetiva resguardar a execução de sentenças consistentes em pagamento de dinheiro ou entrega de coisa. Visa, portanto, evitar a fraude à execução, permitindo-se ao credor retomar o bem das mãos de quem quer que com ele esteja.

O instituto figura como efeito da sentença, ou melhor, constitui efeito anexo a esta. Dizem-se efeitos da decisão judicial a eficácia principal, a eficácia reflexa e a eficácia anexa (eficácia de fato).

No que se refere aos efeitos principais, estes defluem diretamente do conteúdo da decisão e referem-se à situação jurídica controvertida: a possibilidade de tomada de providências executivas, nas sentenças condenatórias; a situação jurídica nova, no caso das decisões constitutivas; a certeza jurídica, nas declaratórias. (DIDIER JR; SARNO; OLIVEIRA, 2010a, p. 366).

Os efeitos reflexos concomitantemente aos efeitos principais da sentença constituem efeitos sobre relação jurídica estranha, que guarda, porém relação com o objeto da lide. Cite-se a fiança vinculada à dívida principal. (DIDIER JR; SARNO; OLIVEIRA, 2010a, p. 366).

Como asseverado, a hipoteca judiciária constitui efeito anexo à sentença. Defina-se efeitos anexos: *Dizem-se anexos, ou secundários os efeitos que decorrem de previsão legal, isto é não são consequência do conteúdo da decisão, mas de uma específica determinação legislativa. [...] São efeitos indiretos e automáticos que resultam do fato de a decisão existir. A decisão, neste caso, é tratada como se fosse um fato, cujos efeitos independem da vontade, e não*

*um ato voluntário, cujos efeitos jurídicos são determinados pela vontade de quem os pratica. É, pois, encarada como um ato-fato: ato humano tratado pelo Direito como se fosse um fato.* (DIDIER JR ; SARNO; OLIVEIRA, 2010a, p. 367).

Diferentemente dos efeitos principais – declaratório, constitutivo e condenatório – a hipoteca judiciária é resultante do que o próprio artigo do Código de Processo Civil, automaticamente, soma às sentenças condenatórias. Difere ainda dos efeitos reflexos, pois, no que concerne aos efeitos anexos, a lei propositalmente os institui e nos efeitos reflexos, nos dizeres de Pontes de Miranda, *a vida que os cria devido à entremistura das incidências da lei.* (apud FREDIE; SARNO; OLIVEIRA, 2010a, p.368).

Não obstante, podemos afirmar que a hipoteca judiciária ocorre independentemente de pedido dos atores processuais e até mesmo da discricionariedade do juiz presidente dos autos. Essencial o esclarecimento a seguir: *A hipoteca judiciária é efeito “acessório”, “anexo” ou “secundário” da sentença com eficácia condenatória. Não se trata de prerrogativa ou faculdade vinculada à qualidade de “autor da demanda”. A lei estabeleceu que, de forma automática, da simples existência da “sentença que condenar” deflúa a hipoteca judiciária. Ou seja, tal sentença constitui imediatamente a hipoteca judiciária, independentemente de qual seja seu conteúdo e do que dela conste. Basta que traga em si alguma condenação pecuniária ou à entrega de coisa.* (JUSTEN; TALAMINI; MOREIRA, 1997).

Desta feita, funda-se nosso objeto de análise em efeito anexo, externo ou secundário da sentença condenatória ao pagamento de prestação em dinheiro ou coisa. Isto torna imperativo que a decisão configure título bastante para que o vencedor na demanda possua, em relação aos bens imóveis ou determinados bens móveis do vencido, direito real de garantia, desde que observada a inscrição da referida hipoteca no cartório de registro de imóveis, na forma prescrita pela Lei de Registros Públicos (art. 167, I, 2, Lei Federal n. 6.015/1973). (SILVA, 1999).

A inscrição se opera em virtude de ordem emanada pelo magistrado por via da expedição de mandado em atenção a requerimento de especialização dos bens feito pela parte favorecida pela decisão condenatória. Outrossim *não se exige, para a sua instituição, que a parte a requeira, tampouco que o órgão jurisdicional sobre ela decida.* (SILVA, 1999).

A hipoteca judiciária é estabelecida tão somente em razão do fato da publicação da sentença ou acórdão do magistrado ou do tribunal respectivamente. (SILVA, 1999).

Deve-se, pois, destacar que a hipoteca judiciária não constitui faculdade do juízo. Tão logo esteja a sentença publicada, ao magistrado não cabe investigar *pericullum in mora, fumus boni iuris*, pendência de recurso, tampouco que o requerente alegue ou prove quaisquer prejuízos: a constituição da hipoteca judiciária é imediata. (EGASHIRA, 2003) .

Por ser efeito anexo não se demonstra obrigatória sua indicação no *decisum*, nem se exige requerimento da parte na peça inaugural ou na reconvenção. Sinteticamente, *a hipoteca judiciária nasce da existência fática da própria sentença condenatória.* (SILVA, 1999).

A hipoteca judiciária é então uma decorrência lógica e automática das sentenças condenatórias ao pagamento de dinheiro ou entrega de coisa, sendo considerada um apêndice destas. (RODRIGUES, 2011).

Havendo sentença com eficácia condenatória, não há que se cogitar de quaisquer exigências formais para assegurar sua obtenção. Em vez de uma faculdade discricionária, há o dever do juiz em determinar a expedição do mandado da hipoteca.

Logo se infere que o ato que ordena a inscrição da hipoteca judicial no registro público é o despacho, desprovido, pois, de qualquer carga decisória inovadora quanto ao mérito da causa. Objetiva a mera formalização do que já está constituído de *pleno jure* pela sentença, nos termos do art. 466 do diploma processual civil. (JUSTEN; TALAMINI; MOREIRA, 1997). Pela mesma razão não há de cogitar-se eventual afronta ao art. 463 do Código de Processo Civil, dado que não representa nenhuma modificação na matéria decidida.

### ***A hipoteca judiciária é então uma decorrência lógica e automática das sentenças condenatórias ao pagamento de dinheiro ou entrega de coisa, sendo considerada um apêndice destas.***

Definido ser a hipoteca judiciária efeito anexo à sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, nos exatos termos do art. 466 do Código de Processo Civil, imprescindível algumas anotações terminológicas.

A primeira refere-se à expressão “sentença”. Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil, quer seja em primeiro quanto em segundo grau - abarca, portanto, os acórdãos. (JUSTEN; TALAMINI; MOREIRA, 1997). Cite-se o processualista Alexandre Freitas Câmara: *O §1º do art. 162 do CPC agora estabelece que sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos art. 267 e 269 desta Lei. Assim, parecer o legislador da reforma acolhido o alvitre da Prof. Teresa Arruda Alvim Wambier, e definido a sentença a partir de seu conteúdo (conteúdo este que vem descrito nos dois artigos referidos no próprio texto da lei).* (CÂMARA, 2006a , p. 19)

Uma segunda anotação diz respeito ao termo “que condenar”. A hipoteca judiciária não se ajusta tão somente às sentenças prevalentemente condenatórias, mas a qualquer decisão judicial que a lei atribua eficácia condenatória imediata ou mediata, mesmo que não seja ação de condenação e tão somente se refira a custas, resta inscritível. (MIRANDA, apud HOFF, 1993).

Outro ponto questionável trata da *prestação, consistente em dinheiro ou em coisa*. A indagação é se as sentenças que impõem obrigações de fazer ou não-fazer também estariam sujeitas à hipoteca em tela.

É certo que as obrigações de fazer, não-fazer e dar coisa devem preferencialmente ser satisfeitas em sua forma específica, somente se admitindo sua conversão em pecúnia por requerimento do credor ou impossibilidade material (art. 461, §1º, Código de Processo Civil)!. Assim na sistemática processual atual, a interpretação do art. 466 deve proceder de forma restritiva, e a hipoteca judiciária deve ser efeito anexo da decisão equivalente ao pagamento somente de quantia. Em que se pese tal assertiva, há ressalva às hipóteses em que tais obrigações vierem a ser convertidas em perdas e danos. A decisão do incidente de liquidação

define o *quantum* devido e gera obrigação de pagar quantia, logo é capaz de produzir hipoteca judiciária. (DIDIER JR, FREDIE; SARNO; OLIVEIRA, 2010a)

Prosseguindo na avaliação dos termos mencionados no art. 466, passemos ao "réu". "Réu" compreende "aquele que é vencido", ou "aquele que sofre condenação". A justificativa é simples: *Primeiramente, afaste-se eventual confusão terminológica: a palavra "réu" equivale a "aquele que é vencido"; ou melhor, a "aquele que sofre condenação". Seja em homenagem ao art. 125 do CPC (explicitador da garantia constitucional da isonomia – art. 5º, caput e inc. I), seja pela finalidade da norma – que é a de garantir a execução da condenação estabelecida pela sentença –, não se pode interpretar restritivamente o termo "réu".* (JUSTEN; TALAMINI; MOREIRA, 1997).

Assim, é suficiente a condenação pecuniária ou à entrega de coisa para que incida o art. 466 sobre qualquer dos sujeitos parciais do processo, isto é, autor, réu e intervenientes que assumam condição de parte. Ilustre-se: caso o autor perca a demanda ou a ganhe parcialmente, este será condenado ao pagamento das custas processuais, honorários periciais e advocatícios, e a sentença ensejará hipoteca judiciária. (JUSTEN; TALAMINI; MOREIRA, 1997).

### ***No tocante à liquidez do ato decisório, a constituição da hipoteca judiciária independe de prévia liquidação de sentença segundo majoritária corrente.***

Importante frisar que os honorários de sucumbência figuram como direito autônomo do advogado, desta forma também é pertinente que ele promova a constrição dos bens do devedor, seja este o autor ou o réu, para assegurar execução que deseje ajuizar. (DIDIER JR; SARNO; OLIVEIRA, 2010a, p. 371).

Somente a Fazenda Pública, pelo pagamento próprio da execução de seus débitos, é isenta desse efeito da sentença condenatória (Código de Processo Civil, art. 730 e Constituição Federal, art. 100). (JUSTEN; TALAMINI; MOREIRA, 1997).

Apresentado um breve panorama da hipoteca judiciária, pode-se então enumerar os requisitos inerentes ao instituto. Caio Mário da Silva Pereira (apud TUCCI, 2001) nos apresenta os pressupostos de

validade da constituição da hipoteca em fomento, quais sejam: *a) existência de uma sentença condenando a entregar coisa ou quantia ou a ressarcir perdas e danos; b) liquidez do ato decisório; c) trânsito em julgado; d) especialização; e e) registro na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.*

O item "a" já recebeu nossa atenção nas linhas anteriores. Senão vejamos o item "b" – a liquidez do ato decisório.

No tocante à liquidez do ato decisório, a constituição da hipoteca judiciária independe de prévia liquidação de sentença segundo majoritária corrente. A justificativa seria que o processo de liquidação desvirtuaria a finalidade precípua do instituto, que é resguardar a eficácia da decisão judicial condenatória.

Pontes de Miranda e Moacyr Amaral dos Santos divergem entendendo pela necessidade de liquidação, acenando para disposição do art. 586,§ 1º, do Código de Processo Civil.

Marçal Justen Filho (1997) indica-nos que se ilíquida for a sentença, a constituição da hipoteca judiciária deve ser instituída por arbitramento judicial, levando em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Hoff (1993) esclarece-nos que *o que constitui a hipoteca é a sentença condenatória e não o quantum resultante desta sentença.*

A letra "c" faz menção ao trânsito em julgado. No que se refere à necessidade de ocorrer a coisa julgada para que possa incidir a hipoteca judiciária, Caio Mário da Silva Pereira e Washington de Barros Monteiro já sustentaram que somente o julgamento definitivo produziria este efeito. Todavia, a esmagadora doutrina e jurisprudência assentaram que existe tal efeito anexo desde a publicação da sentença, ainda que interposto recurso com efeito suspensivo pendente de julgamento. (apud FERRARRI, 2005).

Nesse sentido, é de destacar a inteligência do informativo de jurisprudência 417 do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrito: *Informativo nº 0417. Período: 23 a 27 de novembro de 2009. Terceira Turma.*

**HIPOTECA JUDICIÁRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA.** *A questão cinge-se em saber se é possível constituir hipoteca judiciária quando pendente de julgamento a apelação recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo e interposta contra a sentença condenatória. A Turma entendeu que, se o disposto no inc. III do parágrafo único do art. 466 do CPC 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 somente no efeito devolutivo, a decorrência lógica é seu cabimento quando a apelação for recebida também no efeito suspensivo. Essa, na verdade, é a situação que mais justifica a necessidade de hipoteca judiciária, pois, nessa hipótese, não se pode promover, desde logo, a execução provisória, e a constrição servirá como um mecanismo para assegurar a efetividade do processo. Dessa forma, o recebimento do recurso em ambos os efeitos não obsta a efetivação da hipoteca judiciária, que é consequência imediata da sentença condenatória. Com esse entendimento, a Turma negou provimento ao recurso.* (BRASIL, 2009)

Em que pese entendimento diverso de autores como os citados, o atual parece-nos inequivocamente mais acertado. Conforme se depreende da jurisprudência supramencionada, deve-se interpretar que a dicção do art. 466, inc. III, do parágrafo único do Código de Processo Civil denota que a hipoteca judiciária constitui regular efeito da sentença pendente de recurso e que deve ocorrer quando este for recebido em seu efeito devolutivo e também no em seu efeito suspensivo.

De fato, a hipoteca judiciária apenas guarda utilidade ao credor que ainda não dispõe de permissivos legais para constituir restrições sobre o patrimônio do devedor que garanta futura execução, já que não se pode promover prontamente a execução provisória.

Igualmente, parece-nos que o trânsito em julgado não deva ser considerado pressuposto de validade da constituição da hipoteca em epígrafe.

Os itens "d" e "e", respectivamente, especialização e registro na forma prescrita na Lei de Registros Públicos, podem ser conjuntamente analisados. Ao passo que especialização terá a função de iden-

tificar o bem, o registro propiciará oponibilidade do ato contra terceiros. (ROSENVALD; FARIAS, 2009, p. 629).

O título apto ao registro é a própria sentença condenatória, ainda que pendente de recurso, como antes afirmado. Cumpre destacar que tal título, bem como os demais de competência do Registro de Imóveis, deve atender ao princípio registral da especialidade, ou seja, é imperativo que a inscrição recaia sobre um objeto precisamente individualizado. Significa que o objeto sobre o qual incidir a hipoteca – o imóvel – deve estar perfeitamente determinado, identificado e particularizado, para que o registro reflita, com exatidão, o fato jurídico que o originou. Exclusivamente no que se refere ao valor exato da obrigação é que nosso legislador expressamente ressalva a especialidade, permitindo o ingresso no fôlio real (matrícula) de sentença condenatória genérica. (OLIVEIRA, 2007).

Nesta seara, alguns autores afirmavam que a hipoteca judicial não demandaria um novo procedimento (jurisdição voluntária) para a sua especialização, tendo em vista que a própria sentença já exerceria esse papel. Por todos Tupinambá Miguel Castro do Nascimento: *Para a especialização, não há necessidade de outro procedimento judicial. A hipoteca judiciária já é efeito implícito contido na sentença, tanto que está valerá como título constitutivo da hipoteca judiciária (art. 466 do Código de Processo Civil). A sentença sem dizer, porque era desnecessário dizer, contém este efeito, mesmo porque o efeito é previsto legalmente. Basta o requerimento do interessado com a indicação dos bens que ficarão vinculados.* (NASCIMENTO apud RIZZARDO, 2009, p. 1086).

Um último questionamento a ser esclarecido é se a reforma da sentença faz cessar a hipoteca judiciária.

Partindo-se da premissa do art. 512 do Código de Processo Civil: *o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso*, temos que caso o autor tenha vencido em primeiro grau, e inscrito a hipoteca, na hipótese de decisão que venha a modificar o julgado, poderá a constrição ser cancelada. Ora, se o que constitui a hipoteca é a sentença condenatória, e o tribunal a substituiu por outra em sentido diametralmente oposto, deixa de existir a condenação que ensejou a hipoteca, e, por consequência, deve o gravame ser desconstituído.

Do mesmo modo, a inscrição de hipoteca judiciária também poderá ser requerida após decisão proferida pelas instâncias superiores. Ilustremos: se o autor não obtém o provimento desejado em primeira instância, e, em sede de apelação, tem seu recurso julgado procedente, poderá garantir o que lhe é devido através desta modalidade de hipoteca.

Vale esclarecer: *Ainda que tal situação venha a gerar eventual tumulto, não parece sensato, muito menos justo e processualmente isonômico, manter a restrição sobre os bens daquele que era devedor, mas o deixou de ser, até o trânsito em julgado da decisão final do processo, pois significaria ter soluções diferentes para a mesma situação. Se quando da sentença não se necessita do trânsito em julgado, por consequência, não se deve aguardar o trânsito em julgado do acórdão, devendo lhe ser dado o mesmo tratamento, já que substitui a sentença. Por fim, seria muito menos correto manter a constrição sobre os bens de quem, após decisão do tribunal, deixou de ser devedor. Sendo a Hipoteca Judiciária uma garantia que recai sobre*

*os bens do devedor, a manutenção do gravame sobre os bens daquele que não mais o é se mostra completamente sem sentido.* (KHOURI, 2006)

### 3. A INVESTIGAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA

Conforme declinado no tópico “Conceito e aplicação”, a hipoteca judiciária possui natureza jurídica controversa. Cabe nos investigar se nosso objeto de análise é um direito real de garantia ou uma modalidade de garantia processual. Para tanto, é necessário conceituar e classificar tanto os direitos reais, como identificar as principais garantias de cunho processual e suas características gerais.

#### 3.1 A HIPOTECA JUDICIÁRIA COMO DIREITO REAL DE GARANTIA

Os direitos reais de garantia são definidos como aqueles que conferem a seu titular a prerrogativa de obter o pagamento de uma dívida com o valor ou a renda de um bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. (RODRIGUES, S. apud COELHO, 1999).

A legislação brasileira prevê quatro espécies de garantias reais: o penhor, a hipoteca, a anticrese e a propriedade fiduciária<sup>2</sup>.

A estrutura do direito real de garantia se opera na distinção entre duas espécies de relações jurídicas, sendo uma principal, de caráter obrigacional (direito de crédito), e uma acessória de caráter real. (WALD, 2009).

Wald explica-nos que *o direito de garantia vinculado a certo bem é real por ser um direito erga omnes, ou seja, um direito cujo sujeito passivo é indeterminado, sendo aquele que, no momento do vencimento da dívida, for titular da propriedade do objeto dado em garantia.* (WALD 2009, p. 323).

Como requisitos de validade para que se constitua a garantia, o Código Civil exige que só aquele que pode alienar é que poderá constituir o ônus real e só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese ou hipoteca.

Já como requisitos para que estes direitos valham contra terceiros estão a especialização e a publicidade.

#### ***O Código Civil anterior, em seu art. 824, não atribuída à hipoteca decorrente de sentença o direito de preferência inerente a toda hipoteca registrada.***

A especialização é a enumeração detalhada do estabelecido no art. 1.424 do Código Civil, devendo constar do contrato constitutivo de hipoteca, penhor ou anticrese, o valor total da dívida ou sua estimação, o prazo fixado para pagamento, a taxa de juros, se houver, e a coisa dada em garantia com as suas especificações. (WALD, 2009).

No que diz respeito a publicidade, temos que esta decorre, ou até mesmo constitui, um subprincípio do absolutismo. A publicidade se delinea notadamente para os bens imóveis<sup>3</sup>. Um direito somente é possível de ser oponível *erga omnes* se for público e o que garante a publicidade é o registro.

Pelo registro do título aquisitivo (art. 1.227 do Codex Civil): *é acautelada a segurança das transações imobiliárias e também resguardada a boa-fé do adquirente do direito real e de terceiros que com ele se relacionarem. Mesmo em situações que*

o direito real seja constituído por outras vias (v.g: usucapião), ao modo de aquisição sempre se seguirá o registro, com a função precípua de alardear a publicidade do direito real. (ROSENVALD; FARIAS, 2009. p. 5).

Como efeitos dos direitos reais de garantia, imprescindível mencionar os arts. 1.421 e 1.422, ambos do Código Civil, in verbis: Art. 1.421. *O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.*

### **[...] a previsão de um artigo no Código Civil ou no Código de Processo não é justificativa bastante para determinar se um instituto é de direito material ou de direito processual, respectivamente.**

Art. 1.422. *O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de executar a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.*

Da leitura dos dispositivos infere-se que são efeitos dos direitos reais de garantia a preferência, a sequência, o direito de excussão e a indivisibilidade. Passemos a uma análise minuciosa destes efeitos.

Como atributo dos direitos reais de garantia há primeiramente o direito de preferência. A preferência significa um privilégio, no sentido de obtenção do pagamento de um débito preferencialmente, quando do concurso de credores. Em um concurso de credores, aquele que detiver um direito real sobre a coisa receberá primeiro. Se dois forem os detentores de direito real, receberá aquele que primeiro tenha efetivado o registro. A exceção veio com a Lei 11.101, em seu art. 83<sup>4</sup>. Neste, a norma legal estabeleceu nova ordem de preferência, quebrando a preferência dos direitos reais, que passaram a vir em segundo lugar. Além disso, válido analisar a Súmula 219 do Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup>.

Como segundo efeito temos a sequência. A sequência ou direito de retomada refere-se à possibilidade de se perseguir a coisa na mão de quem quer que ela se encontre. Figura, pois como a prerrogativa concedida ao titular do direito real de seguir a coisa nas mãos de quem quer

que a detenha, de apreendê-la para sobre a mesma exercer seu direito real. (COELHO, 1999).

Os direitos reais aderem à coisa, sujeitando-a imediatamente ao poder de seu titular, com oponibilidade *erga omnes*.

Permita-se uma melhor conceituação à luz dos doutrinadores Cristiano Chaves e Nelson Rosendal: *O atributo da sequência é a mais eloquente manifestação da evidente situação de submissão do bem ao titular de direito real. Pelo fato de não existir relação jurídica entre pessoa e coisa, porém apenas entre pessoas, todos os bens se encontram*

*em estado de pertinência ao exercício dos poderes pelos seus titulares. A sequência decorre do absolutismo dos direitos reais, pois se posso exigir de todos um poder de abstenção, nada me impede de retirar o bem do poder daquele que viola tal comando.* (ROSENVALD; FARIAS, 2009, p.7).

Como anotação última referente à sequência, é de pontuar que o titular de direito real prescinde da interposição da ação pauliana para perseguir a coisa.

Como terceiro efeito temos o direito de excussão. Este consiste na prerrogativa de o credor munido de garantia real executar judicialmente os bens dados em garantia, levando-os à hasta pública ou leilão. Via de regra, a excussão também afasta a possibilidade de alienação extrajudicial do bem, a fim de dificultar lesão contra o devedor. Excepcionalmente, no penhor, é possível a venda amigável do bem.

Por fim, a indivisibilidade. Pelo princípio da indivisibilidade, *o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.* (BUFULIN, 2009).

Após breve resumo dos direitos reais de garantia, trataremos da espécie que merece nossa maior atenção: a hipoteca.

Por definição, a hipoteca, aqui entendida em sua acepção mais ampla, permite que um bem, precipuamente imóvel, pertencente ao devedor passe a garantir

o cumprimento de uma obrigação, podendo este bem ser alienado para que o credor satisfaça o direito de crédito com o valor da venda.

Respeitado entendimento diverso, parece-nos não existir indagação sobre ser a hipoteca um direito real de índole civil. O nosso Código Civil expressamente a caracteriza como direito real, no art. 1.225, IX. (BUFULIN, 2009).

Caracterizada a hipoteca, genericamente considerada, como direito real, passemos a averiguar a natureza jurídica da modalidade judiciária. Para tanto, devemos ainda apontar as três características principais deste direito real. São elas: o direito de sequência e o direito de preferência, que não são características exclusivas dos direitos reais de garantia, mas sim de todos os direitos reais. A terceira trata-se da acessoriedade. Frise-se que as duas primeiras características já receberam nossa atenção.

A acessoriedade do direito real de garantia reflete a determinação de que a garantia é inexoravelmente dependente de uma dívida ou uma obrigação e, sem estas, não se pode falar naquela. A hipoteca serve de garantia a todas as espécies de obrigações – de fazer, de não fazer, de dar. (BUFULIN, 2009).

Feitas tais considerações, cabe-nos avaliar se a hipoteca judiciária se enquadra como um direito real, mais especificamente um direito real de garantia como as demais hipotecas.

O Código Civil anterior, em seu art. 824, não atribuía à hipoteca decorrente de sentença o direito de preferência inerente a toda hipoteca registrada. Igualmente, a doutrina, quase unanimemente, assegurava existir a sequência, mas não a preferência nessas hipotecas

À época o art. 824 recebeu três interpretações distintas. A primeira delas atribuiu-se à Clovis Beviláqua em interpretação literal do dispositivo: a hipoteca seria dotada de preferência, mas não de sequência. (TUCCI, 2001).

Azevedo Marques, por sua vez, preconizou que negar a preferência a um credor hipotecário seria tornar letra morta outros dispositivos do código segundo os quais os créditos reais prevalecem sobre os pessoais. Daí que, para este autor, também o titular da hipoteca de que trata o art. 824 teria preferência. (TUCCI, 2001).

Já para Carvalho Santos não haveria preferência para os credores já existentes ao ser iniciada a ação na qual foi preferida a sentença, contudo em relação aos credores posteriores, a preferência existiria (TUCCI, 2001).

No mesmo sentido, mais recentemente, Arnaldo Rizzardo: *Em suma: quando o Código diz que a hipoteca judicial não importa em preferência, quer-se referir apenas aos credores já existentes ao tempo de ser iniciada a ação, na qual foi preferida a sentença que deu origem à referida hipoteca, mas não impede que a preferência se estabeleça e seja reconhecida com relação aos credores posteriores ao início da ação.* (RIZZARDO, 2009, p. 1087).

Há de se anotar que o Código Civil vigente não mais trata da hipoteca judiciária, e o dispositivo acima transcrito resta revogado, não possuindo correspondente na atual lei material.

Assim, para os que compreendem a hipoteca judiciária como um direito real de garantia, tendo sido suprimida a expressão “sem importar preferência” pela revogação do art. 824 do Código Civil, a hipoteca judiciária teria hoje preferência, nas mesmas condições das demais hipotecas.

Lado outro, há os que sustentam – mesmo com a revogação do art. 824 e, principalmente em virtude da opinião proferida por Clovis Beviláqua<sup>6</sup> – que a hipoteca judiciária não possui preferência.

Faz-se então a transcrição de entendimento de que a hipoteca não é um direito real. *Somente o atributo da seqüela é resguardado em benefício do vencedor da ação condenatória, desde que seja concedida publicidade ao ato por intermédio do registro (art. 167, I, 2 da LRP). Não se pode cogitar de preferência sobre os bens do devedor, em virtude de um débito comum, justamente pelo fato de a hipoteca judicial não ser um direito real. Aliás, a sua índole meramente processual explica por que foi extirpada do Código Civil de 2002 (figurava no art. 824 do CC/1916).* (ROSENVALD; FARIAS, 2009. p. 630).

Os estudiosos pontuam como principais características dos direitos reais de garantia a seqüela e a preferência (observada também sua acessoriedade como exposto). Retira-se das citações supra que a hipoteca judiciária é dotada de seqüela, porém não de preferência. Logo, não é um direito real.

Note-se a implicação em não ser atribuído à hipoteca judiciária o direito de preferência: *Segundo uma considerável parte da doutrina, a hipoteca judiciária se distinguiria das demais formas de hipoteca por ser provida de seqüela, mas não de preferência. Assim, ela subsistiria com as sucessivas alienações do bem. Mas o credor hipotecário não teria qualquer preferência em relação aos demais credores do primitivo proprietário, nem em relação aos credores do adquirente. A hipoteca judiciária ficaria a meio caminho entre as demais hipotecas e os créditos quirografários. A sua posição seria inferior à das hipotecas legais e convencionais, por lhe faltar preferência.* (CAVALCANTI, 1991).

Assim, para os que não enxergam na hipoteca judiciária direito real de garantia, sua natureza jurídica teria índole processual.

Diante do anteriormente exposto, podemos resumir que, sob a vigência do Código Civil de 1916, o dispositivo pertinente à hipoteca judiciária suprimiu, em seu texto, o direito de preferência. Desta feita, consolidou-se entendimento doutrinário no sentido de classificar a hipoteca judiciária em categoria distinta

às demais modalidades de hipoteca. Isto é, frisava-se que, em fato, o instituto era um instrumento de direito processual.

Logo em seguida, o legislador de 2002, retirou a previsão da hipoteca judiciária da lei material, transportando-a para a lei processual civil. Com tal mudança, operou-se um reforço na ideia de que a hipoteca judiciária jamais constituiu instituto de direito material à semelhança das outras espécies de hipoteca. Estaríamos diante de um meio processual de garantia dos resultados práticos do processo que, pelo nome semelhante, ganhou um artigo no Código Civil de 1916, mas nunca contou com a mesma normativa.

Os autores pontuam que a retirada do dispositivo do Código Civil de 2002 somente reforçou o caráter de garantia processual, não tendo nada mudado em relação ao que tínhamos antes.

Ocorre que, a previsão de um artigo no Código Civil ou no Código de Processo não é justificativa bastante para determinar se um instituto é de direito material ou de direito processual, respectivamente.

**[...] a hipoteca judiciária nada mais representa que um mecanismo hábil a salvaguardar a condenação. Ainda que as cautelares e a tutela antecipada configurem garantias da efetividade do processo [...] esta possui natureza diversa.**

A investigação da natureza jurídica revela sua importância na medida em que elucida a essência e os atributos do instituto estudado. A investigação científica da natureza jurídica faz-se mediante a comparação com institutos jurídicos conhecidos, inserindo-se as indagações a seu respeito dentro dos quadros da dogmática jurídica. Além da análise conceitual, a determinação da natureza jurídica de um instituto deverá fazer-se principalmente sob a ótica de seus efeitos.

No caso da hipoteca judiciária não poderia ser diferente. A classificação jurídica que se pretende alcançar com tal estudo nos permite apontar o regime jurídico positivo a ser aplicado ao instituto. A doutrina falha em apresentar argumento tão vão como a mera inserção neste ou naquele código.

Outrossim, a hipoteca judiciária como garantia processual será analisada no item próximo, mediante estudo comparativo com outros meios assecuratórios das decisões judiciais e os efeitos que dela emanam. Somente assim, poderemos afirmar ser ela uma garantia processual.

### 3.2 A HIPOTECA JUDICIÁRIA COMO GARANTIA PROCESSUAL

Trataremos aqui das garantias processuais que podem ser comparadas com a hipoteca judiciária – institutos outros que têm por fim assegurar a efetividade de um provimento jurisdicional. São elas as cautelares, a tutela antecipada e a penhora.

Ao submeter o jurisdicionado a ações cujo procedimento não pode, por suas próprias características, oferecer uma resposta imediata a uma demanda, o sistema processual é obrigado a criar meios que atenuem os efeitos dessa espera para que se garanta a efetividade do próprio processo. (FERRARI, 2005).

Tanto as cautelares como a tutela antecipada constituem

espécies de tutela de urgência que visam assegurar a efetividade do processo.

Neste ínterim, as cautelares são uma modalidade de prestação jurisdicional que retratam uma atividade preservativa e preventiva: *A tutela cautelar tem por desiderato assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento jurisdicional futuro. Ante o perigo da demora, até que seja concedida a tutela jurisdicional apta a satisfazer definitivamente a pretensão do autor, é necessário assegurar que tal provimento, a ser proferido em tempo futuro, não se torne inócuo devido à morosidade do processo. Trata-se, pois, de uma tutela assecuratória ou conservativa.* (BADARÓ, s.d.).

O processo cautelar tem como características a provisoriedade, a temporariedade e a instrumentalidade. A primeira nos diz que extinto o perigo, extinto estará o processo cautelar. Este dura enquanto houver a necessidade. A segunda importa que o processo cautelar é um instrumento da efetividade do processo principal. É a instrumentalidade qualificada da qual trata o art. 796, do Código de Processo Civil.

A tutela jurisdicional cautelar tem como escopo proteger a execução contra os males do tempo, assegurando que, quando de sua realização, seja possível a atuação prática do direito substancial. (CÂMARA, 2009b).

***A hipoteca judiciária estudada como um direito real de garantia mostrou-nos que, à luz do revogado art. 824, do Código Civil de 1916, o instituto já perdia uma das características precípua desta espécie, qual seja, a preferência.***

No mesmo diapasão, quando o tempo de duração do processo gerar uma situação de perigo para o próprio direito material, não será adequada a utilização do processo cautelar, mas sim do instituto da tutela antecipada, a qual reflete uma atividade satisfativa. *Já a tutela antecipada – diga-se, desde já, tutela antecipada em caráter provisório – também é vista com uma forma de eliminar os males da demora processual, mas não com vista a assegurar o resultado futuro, mas já propiciando ao jurisdicionado uma antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela jurisdicional que será*

*proferida em tempo ainda distante. Ou seja, antecipa-se o provimento para satisfazer, ainda que provisoriamente, os interesses do autor. Trata-se, pois de uma tutela satisfativa.* (BADARÓ, s.d.).

Ora, a hipoteca judiciária nada mais representa que um mecanismo hábil a salvaguardar a condenação. Ainda que as cautelares e a tutela antecipada configurem garantias da efetividade do processo – assim como a hipoteca judiciária – esta possui natureza diversa. É o que se esclarece: *Ressaltado o caráter de efeito anexo – e, portanto, automático – 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.* (JUSTEN; TALAMINI; MOREIRA, 1997).

Inferese do trecho acima transcrito que a hipoteca judiciária, por ser imane de ato jurídico processual e logo, efeito automático da sentença, não pode ser caracterizada como tutela de urgência. Por decorrer de lei, não se submete a cognição do magistrado para concedê-la.

Por esta razão, a despeito de sua eficácia assecuratória (inerente a todo direito de garantia), a hipoteca judiciária não tem natureza cautelar.

Pelos mesmos motivos, não representa um mecanismo antecipatório. Até mesmo porque não ocorre o adiantamento temporal de um efeito que, em princípio, só ocorreria depois. Trata-se de um próprio aspecto da tutela desde logo atuável. Explica-se: *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.* (JUSTEN; TALAMINI; MOREIRA, 1997).

Daí decorrem duas vantagens da hipoteca judiciária. Primeiro, enquanto efeito direto da lei, a hipoteca judiciária prescinde de cognição de condições particulares. Deste modo, é irrelevante a situação patrimonial do condenado – sua idoneidade financeira não o libera de ter bem gravado com a hipoteca judiciária. Logo, o risco da insolvência não preocupa aquele que utiliza o instituto da hipoteca judiciária. (JUSTEN; TALAMINI; MOREIRA, 1997).

Da mesma maneira, por não constituir tutela de urgência, não há de se cogitar em *responsabilidade objetiva* do beneficiário (Código de Processo Civil, art. 811), caso seja a sentença constitutiva da hipoteca em apreço caçada/reformada. (JUSTEN; TALAMINI; MOREIRA, 1997).

Senão esta a explicação que nos traz Marçal Justen Filho, Eduardo Talamini e Egon Bockmann Moreira: *A regra do art. 811 do CPC – explícita para as cautelares, extensível às antecipatórias – 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 da hipoteca judiciária.* (Idem)

Quanto à penhora, pode ser assim definida: [...] *é ato de apreensão e depósito de bens para empregá-los, direta ou*



*indiretamente, na satisfação do crédito executado. A penhora satisfaz diretamente a pretensão do exequente, quando o bem penhorado por ele adjudicado como pagamento da dívida; satisfaz indiretamente, quando o bem penhorado for alienado, e o produto da venda for entregue ao exequente.* (DIDIER JR; SARNO; OLIVEIRA; 2010b, p. 533).

Como se observa do conceito a penhora é instrumento da execução consagrando três de suas funções, a individualização e apreensão de bens, o depósito e conservação, e a atribuição de preferência ao credor. É um instituto que fixa a responsabilidade patrimonial sobre os bens por ele abrangidos.

Igualmente, no que diz respeito à penhora, a hipoteca permite certo proveito, para aquele que a utilize a depender da especificidade do processo: *O credor com sentença transitada em julgado pode promover a execução definitiva do julgado, sendo-lhe permitido realizar a penhora dos bens do devedor e não havendo nenhum interesse em constituir garantia hipotecária sobre esses mesmos bens. A hipoteca judiciária somente é útil ao credor que ainda não dispõe de permissão legal para constituir restrições sobre parte do patrimônio do devedor que garanta a execução que futuramente irá promover. É bem verdade que outras medidas neste sentido, tais como o arresto e a execução provisória, não afastam a possibilidade de o credor inscrever a hipoteca judiciária, cabendo a ele escolher a melhor medida a tomar no caso concreto. Observamos que o mesmo credor que tem o direito de realizar o arresto e a execução provisória poderá preferir a hipoteca judiciária em razão desta não implicar nenhuma responsabilidade a ele, já que a hipoteca não tira os bens de comércio e não cria embaraços à vida financeira do devedor, diferentemente de outras medidas. E por não se tratar de ato de alienação ou excussão, não se faz necessário oferecer caução para a sua inscrição. Portanto, haverá casos, que o credor prefira a hipoteca judiciária a correr o risco e a suportar as responsabilidades decorrentes de medidas cautelares ou de execuções provisórias.* (FERRARI, 2005).

Conforme destacado, aquele que dispõe de sentença transitada em julgado possui a capacidade de promover a execução definitiva do julgado, sendo-lhe permitido efetuar a penhora de bens bastantes para pagar a dívida com o credor. Por esta razão, não assiste interesse em constituir a hipoteca judiciária nesta situação. A hipoteca em epígrafe somente é interessante ao credor que ainda não pode constituir restrições sobre o patrimônio do devedor que garanta a futura execução. No entanto, a hipoteca judiciária não implica nenhuma responsabilidade, já que a não retira os bens de comércio e não cria empecilhos à situação econômica do devedor, diferentemente de outras medidas (como o arresto e a execução provisória). Não é necessário nem mesmo prestar caução para a inscrição da hipoteca. Igualmente, haverá situações em que o credor prefira a hipoteca judiciária a correr o risco e a suportar as responsabilidades decorrentes de medidas cautelares ou de execuções provisórias, como já assinalado. (FERRARI, 2005).

Assim, a problemática que se expôs trata da delimitação em ser a hipoteca judiciária um direito real de garantia ou uma garantia de cunho processual.

Como dito, não basta a presença do instituto no Código de Processo Civil para entender a natureza jurídica da hipoteca como uma garantia processual.

A hipoteca judiciária estudada como um direito real de garantia mostrou-nos que, à luz do revogado art. 824, do Código Civil de 1916, o instituto já perdia uma das características peculiares desta espécie, qual seja, a preferência. Mesmo com a retirada do citado artigo de nosso ordenamento, os estudiosos do direito continuam a compreender que a hipoteca judiciária não possui preferência. Neste sentido, Orlando Gomes traz-nos forte argumento para explicar o porquê de inexistir a preferência: *Com essa expressão significa-se o direito de seqüela conferido, na execução de uma sentença, à parte vencedora, sobre os bens da parte vencida. 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. Algumas legislações eliminaram-na. Conservou-a o Direito Pátrio.* (GOMES, 2009, p. 419).

**[...] a hipoteca judiciária sempre causou polêmica quanto à sua natureza jurídica, tendo em vista a sua denominação e conceituação tradicional. Fato é que possui como escopo resguardar a execução de sentenças consistentes em pagamento de dinheiro ou entrega de coisa.**

73

A atual disposição no Código de Processo Civil em vigor nada menciona a respeito da preferência, logo não podemos apontar a existência de uma preferência que inexistia no texto legal.

Por tal razão, e, tendo em vista o estudo comparativo com as demais garantias processuais, a hipoteca judiciária se encaixa, de forma mais contundente, nessa categoria, em que pese as diferenças apontadas. Distancia-se das cautelares por não se submeter à cognição do magistrado para concedê-la. Distingue-se da tutela antecipada visto que não ocorre o adiamento temporal dos efeitos materiais que constam do pedido. Ao contrário da penhora, em que a execução acontece em razão de dívida vencida, e o devedor nomeia os bens, com ordem de preferência, a hipoteca é benefício legal em favor do vencedor em ação condenatória, servindo de garantia ao adimplemento da obrigação. (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2011a).

O instrumento, a bem da verdade, constitui ferramenta subsidiária, pois não são todos os casos em que ela é pertinente. Mas certo é que nos casos em que a sentença não tenha transitado em julgado (logo não possa ocorrer execução definitiva e consequente penhora) e, em casos em que se prefira evitar os riscos da responsabilidade objetiva do art. 811 do CPC e prestação de caução presentes nas cautelares (de arresto bem como na execução provisória), a hipoteca judiciária ganha um importante espaço.

Não obstante o instituto em apreço configure importante instrumento de garantia da efetividade do processo contra os males do tempo, é pouquíssimo utilizado. Autores como Pau-

lo Leme Ferrari (2005) entendem que o único óbice prático, contudo, seria o fato de o registro da hipoteca demandar o desembolso pelo credor de quantias vultosas, a depender do valor do imóvel e do débito a ser garantido.

E faz importante sugestão: *Dado o interesse público do assunto não seria exagero sugerir que a inscrição da hipoteca judiciária passasse a ser realizada independentemente do recolhimento de emolumentos, solução que deveria ser objeto de estudos por parte dos nossos legisladores, principalmente em tempos em que a reforma do judiciário e das leis processuais são temas bastante frequentes e de indiscutível importância.* (FERRARI, 2005).

Entretanto, a prestação de caução pode também (no caso de outras garantias processuais) alcançar elevado valor.

Dúvida não há de que se trata de meio a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional face aos males do tempo.

A justiça trabalhista vem decidindo que na hipótese de condenação em prestação de dinheiro ou coisa, o título da hipoteca judiciária é constituído automaticamente e incide sobre os bens do devedor em valor suficiente para impedir prejuízos na futura execução. O Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais inclusive assevera que a hipoteca judiciária é de ordem pública e independente de requerimento das partes. (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2011b).

**[...] a hipoteca judiciária poderia ser melhor aproveitada. Carece o texto legal de maior clareza e maiores estudos doutrinários e jurisprudenciais para que isto seja possível.**

O Tribunal Superior do Trabalho acrescenta:

*HIPOTECA JUDICIÁRIA - APLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO – DECRETAÇÃO DE OFÍCIO – JULGAMENTO “EXTRA PETITA” – NÃO-CONFIGURAÇÃO – 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 o art. 466 do CPC, que trata da hipoteca judiciária como um dos efeitos da sentença.*

2. *“in casu”, o 3º Regional, consi-*

*derando a norma inserta no indigitado dispositivo legal, declarou de ofício a hipoteca judiciária sobre bens da Reclamada, até que se atinja a quantia suficiente para garantir a execução de débito trabalhista em andamento.*

3. *Da análise do art. 466 do CPC, verifica-se que a própria sentença vale como título constitutivo da hipoteca judiciária e os bens com ela gravados ficam vinculados à dívida trabalhista, de forma que, mesmo se vendidos ou doados, podem ser retomados judicialmente para a satisfação do crédito do reclamante.*

4. *Assim, havendo condenação em prestação de dinheiro ou coisa, automaticamente se constitui o título da hipoteca judiciária, que incidirá sobre os bens do devedor, correspondentes ao valor da condenação, gerando o direito real de seqüela, até seu pagamento.*

5. *A hipoteca judiciária é instituto processual de ordem pública, e nessa qualidade, além de sua decretação independentemente de requerimento da parte, tem o fito de garantir o cumprimento das decisões judiciais, impedindo o dilação dos bens do réu, em prejuízo da futura execução.*

6. *Vale ressaltar que cabe ao julgador o empreendimento de esforços para que as sentenças sejam cumpridas, pois a realização concreta dos comandos sentenciais é uma das principais tarefas do Estado Democrático de Direito, cabendo ao juiz de qualquer grau determiná-la, em nome do princípio da legalidade.*

7. *Note-se que o juiz, ao aplicar o princípio de que a execução deve se processar do modo menos gravoso para o devedor, deve também levar em conta o mais seguro para o exequente, na medida em que o objeto da execução é a satisfação do seu crédito.*

8. *A hipoteca judiciária, muito embora não represente uma solução absoluta para o cumprimento das decisões judiciais, em benefício do titular do direito, representa, sim, um importante instituto processual para minimizar a frustração das execuções, mormente no caso da Justiça do Trabalho, em que os*

*créditos resultantes das suas ações detêm natureza alimentar. Recurso de revista parcialmente conhecido e desprovido.* (BRASIL, TST, 2011).

#### 4. CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou analisar a hipoteca judiciária em virtude da pouca utilização e conhecimento do instituto. Longe de esgotar o tema, fornecemos, nestas considerações finais, as principais sínteses do presente trabalho.

Conforme visto, a hipoteca judiciária sempre causou polêmica quanto à sua natureza jurídica, tendo em vista a sua denominação e conceituação tradicional. Fato é que possui como escopo resguardar a execução de sentenças consistentes em pagamento de dinheiro ou entrega de coisa.

O instituto figura como efeito anexo destas sentenças e, por tal razão, a hipoteca judiciária ocorre independentemente de pedido das partes e da vontade do magistrado. Concluímos então que hipoteca judiciária é uma decorrência lógica e automática das decisões judiciais e que configura título suficiente para que o vencedor do processo possa operar a inscrição dos bens do vencido no cartório de registro de imóveis na forma prescrita pela Lei de Registros Públicos.

O estudo da hipoteca judiciária, no tocante à investigação de sua natureza jurídica, permite a seguinte exposição:

1) A hipoteca judiciária como um direito real de garantia trouxe-nos a exposição doutrinária majoritária de que a hipoteca importaria seqüela, mas não preferência, o que afasta sua classificação como tal.

2) Lado outro, se tratada como garantia não se deve perder de vista que a hipoteca judiciária é hipoteca de regime jurídico processual porque emana de ato jurídico processual e é efeito legal (e automático) das sentenças, tendo por finalidade garantir o cumprimento das decisões judiciais. O instituto visa a assegurar a plena aplicação da sentença, mediante prévia garantia a uma eventual execução, com a hipoteca sobre bens do devedor.

Embora pouco utilizada no âmbito cível, o referido instituto permanece na legislação processual pátria, inclusive no anteprojeto do novo Código de Processo Civil. De outro lado, tem sido aplicada pela Justiça do Trabalho. A referida

Justiça já decreta a hipoteca judiciária de bens prevista no art. 466 do Código de Processo Civil para garantir a execução de débitos trabalhistas em andamento, com frequência infinitamente superior.

Outrossim, a hipoteca judiciária poderia ser melhor aproveitada. Carece o texto legal de maior clareza e maiores estudos doutrinários e jurisprudenciais para que isto seja possível.

Em tempos que o decurso temporal existente entre a condenação e a proposição de um processo executivo é tão extenso e permite até mesmo que o condenado se desfaça de seus bens, ficando a parte vencedora incapaz de ressarcir-se do direito material do qual é titular o instituto, faço minha as palavras de Marçal Justen Filho *Não é tudo de que o jurisdicionado precisa, mas já é muito para ser tão pouco aproveitado*. (JUSTEN; TALAMINI; MOREIRA, 1997).

#### NOTAS

- 1 Art. 461, § 1º: *A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.*
- 2 Quanto a esta, há uma certa dissonância doutrinária. Alguns autores entendem tratar-se de modalidade especial de propriedade e não de direito real de garantia.
- 3 A publicidade se opera com o registro no cartório de registro imóveis ou de títulos e documentos, no caso do penhor.
- 4 Art. 83. *A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; IV – créditos com privilégio especial, a saber [...]*
- 5 Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 219: *Os créditos decorrentes de serviços prestados à massa falida, inclusive a remuneração do síndico, gozam dos privilégios próprios dos trabalhistas.*
- 6 Ainda neste sentido, entre outros, temos: ROMITTI; JÚNIOR (2004), GOMES (2009) e PEREIRA (2010)

#### REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Tutela cautelar*: distinção da tutela antecipatória: processo cautelar. (Material da 5ª aula da disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Processual Civil – Anhanguera- Uniderp/IBDP/Rede LFG).

BRASIL. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Disponível em: < [www.senado.gov.br/senado/novo-cpc/pdf/Anteprojeto.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/novo-cpc/pdf/Anteprojeto.pdf) >. Acesso em: 17 maio 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm) >. Acesso em: 17 maio 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm> >. Acesso em: 17 maio 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6015.htm> >. Acesso em: 17 maio 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm> >. Acesso em: 19 maio 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 981.001-SP*. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/infotur/doc.jsp?op=imprimir&livre=@cod%3D'0417'&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1> >. Acesso em: 26 maio 2011.

\_\_\_\_\_. *Súmula n. 219*. Disponível em: < [www.dji.com.br/normas...e.../stj\\_0219.htm](http://www.dji.com.br/normas...e.../stj_0219.htm) >. Acesso em: 17 maio 2011.

\_\_\_\_\_. *Informativo de Jurisprudência n. 417*. Nov. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/infotur/doc.jsp> Acesso em: 17 maio 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 874/2006-099-03-00-7*. Empresa Valadarense de Transportes Coletivos Ltda. e Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Governador Valadares - SINTTRO/GV. Relator: Ives Gandra Martins Filho. 05 de março de 2008. Disponível em: < <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/> >. Acesso em: 20 jun. de 2011.

BUFULIN, Augusto Passamani. *Uma análise da hipoteca convencional sobre bens imóveis no Código Civil de 2002*. 2009. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC-SP, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito processual civil – v. III*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *A hipoteca judiciária*. Revista forense, v.87, n.313, p.33-38, jan./mar., 1991.

COELHO, Marcelo Maienberger. *Direitos reais sobre coisas alheias (estudo doutrinário)*. 1999. Monografia apresentada como requisito à obtenção do grau de bacharel em direito ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 1999.

DIDIER JR., Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v.2. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. et al. *Curso de direito processual civil: execução*. v.4. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2010.

EGASHIRA, Fábio de Possídio. *Hipoteca judiciária. Informativo jurídico Consulex*, v.17, n.49, p.6-7, 8 dez. 2003.

FERRARI, Paulo Leme. *A hipoteca judiciária e a efetividade do processo*. *Revista do Advogado*, v.25, n.81, p.93-97, abr. 2005.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

HOFF, Luiz Alberto. *A Hipoteca judiciária e sua importância como instrumento de garantia*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.80, n.674, p.81-87, dez., 1991; *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.41, n.188, p.13-22, jun., 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal; TALAMINI, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Sobre a hipoteca judiciária*. *Revista de processo*, v.22, n.85, p.121-127, jan./mar., 1997.

KHOURI, Charles Edouard. *Da hipoteca judiciária*. Disponível em: < [http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=30930](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=30930) >.

Acesso em: 17 maio 2011.

OLIVEIRA, José Celso Ribeiro Vilela de. *A hipoteca à luz do direito registral*. Disponível em: < [jus.uol.com.br/.../a-hipoteca-a-luz-do-direito-registral](http://jus.uol.com.br/.../a-hipoteca-a-luz-do-direito-registral) >. Acesso em: 17 maio 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *A importância da hipoteca judiciária no processo de família*. Disponível em: < [http://www.conjur.com.br/2005-dez-14/importancia\\_hipoteca\\_judiciaria\\_processo](http://www.conjur.com.br/2005-dez-14/importancia_hipoteca_judiciaria_processo) >. Acesso em: 19 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. *Hipoteca judiciária é possível na justiça do trabalho*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-mar-17/tst-permite-hipoteca-judiciaria-bens-publicos-minas-gerais> >. Acesso em: 19 jun. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. *Hipoteca judiciária*: instituto de utilidade prática para garantir a preferência na afetação do bem sem maiores formalidades. Disponível em: < <http://www.feso.br/unifeso/pdf/especial2.pdf> >. Acesso em: 17 maio 2011.

ROMITTI, Mário Müller; JÚNIOR, Aldemiro Rezende Dantas. *Do Direito das Coisas* (art. 1.390 a 1.510). In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao código civil brasileiro*, v. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos reais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Cláudio Teixeira da. *Hipoteca judiciária: benefício legal em favor do vencedor em ação condenatória*. *Revista Jurídica*, São Paulo, v.47, n.258, p.44-47, abr. 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz E. *Hipoteca judiciária e devido processo legal*. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*: nova série, v.4, n.7, p.70-75, jan./jun. 2001.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das coisas*. 12ª ed. reformulada. 2ª tir. São Paulo: Saraiva: 2009.

Artigo recebido em 18/8/2011.

Artigo aprovado em 8/9/2011.

Fernanda Leal Barbosa é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – MG.

Maria Luíza Firmiano Teixeira é advogada e professora de Direito Civil na Universidade Federal de Juiz de Fora-MG.