

## A HIPOTECA NO DIREITO COMPARADO

Clóvis do Couto e Silva (\*)

1. A hipoteca, atualmente, apresenta semelhanças não só nas legislações dentro dos sistemas de direito continental, como também entre estas e a da "common law". Em decorrência das necessidades sempre crescentes da economia moderna surgem, em todos países, lesões ao princípio da acessoriedade da garantia real a um crédito, bem como a outro princípio básico da hipoteca tradicional, o da indivisibilidade. O princípio da acessoriedade excepciona-se em virtude de admitirem certos códigos e legislações as dívidas imobiliárias, as hipotecas pré-constituídas, não vinculadas a nenhuma relação creditícia que lhes sirva de suporte. Outras modificações ocorrem quanto à execução, pela possibilidade de ser efetivada de modo extrajudicial, com o que se evitam as demoras do processo de execução hipotecária.

Dogmaticamente, a hipoteca insere-se no conceito mais geral dos negócios jurídicos de disposição. Nosso Código Civil não construiu com simetria a teoria das alienações e a da constituição de ônus ou gravames, quando se cuida de examinar a eficácia do registro de imóveis, ou sua constitutividade. O registro, em nosso direito, é constitutivo para as alienações e meramente elemento de eficácia quanto às garantias reais sobre imóveis. No direito brasileiro, a hipoteca existe "inter partes" antes ainda de ser levada a inscrição no registro imobiliário, quando então sua eficácia se estenderá a terceiros. Nossa jurisprudência corrigiu a anomalia, mas não deu à constitutividade do registro, em matéria hipotecária, todas as conseqüências, pois não se tem admitido hipoteca sobre bem próprio. Por fim, a hipoteca se presta a um estudo de direito comparado porque através dele se verifica que a mobilização da riqueza imobiliária suscita em todos

---

(\*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da U. F. R. G. S.,  
Membro da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil.

os sistemas instrumentos jurídicos semelhantes, ainda que não tenham, aparentemente, nenhum ponto de contato como sucede entre o nosso sistema hipotecário e o da "common law".

§ 1.º: A Hipoteca medieval e a "mortgage" da "Common law".

2. No sistema romano e na maioria das legislações modernas não se conferiu a faculdade ao credor pignoratício, anticrético ou hipotecário de adquirir a propriedade do bem dado em garantia. Impede-se, assim, a aposição de cláusulas comissórias. No direito medieval e na "common law", consagrou-se a possibilidade do credor hipotecário tornar-se titular do domínio se a dívida não fosse adimplida em seu vencimento. A hipoteca é "hipoteca de coisa". O desenvolvimento histórico da figura no direito medieval e na "common law" demonstra uma progressiva transformação da "hipoteca de coisa" em hipoteca sobre o valor do bem gravado.

A construção inicial da hipoteca, no direito medieval, era a de alienação em garantia, ou seja sob condição resolutiva do adimplemento da dívida (1). Nessa época, como a posse do bem dado em garantia passava ao credor, não diferia a hipoteca do penhor. A alienação assumia, por vezes, a figura de venda com pacto de retrovenda com escopo de garantia de um empréstimo. Era possível realizar a alienação em garantia sob condição suspensiva do cumprimento da dívida. A vantagem, no caso, era do devedor que podia reter a posse e conseqüentemente usar e fruir a propriedade. Normalmente a hipoteca era de uso e fruição, podendo o credor perceber os frutos e rendimentos, o que não sucedia com o penhor. Facultava-se, na hipoteca, a ambos os figurantes do vínculo convencionar que os frutos e demais utilidades compensariam o uso do dinheiro dado em empréstimo, seja simplesmente para abater os juros — hipótese em que poderia haver suspeita de usura — ou o principal. No direito franco, denominava-se a primeira possibilidade de "mortgage" e a segunda, de "vifgage".

Constituem ambas as formas — logo se percebe — modalidade de anticrese, ainda previstas em muitos códigos. A denominação "mortgage" é bastante exata para exprimir a idéia de que o bem gravado ficava "inerte" ou "morto" para o seu proprietário. Quando se convencionava que as utilidades do imóvel percebidas pelo credor compensariam o principal, então dizia-se que o bem gravado era operante, estava "vivo" e trabalhava pa-

(1) Otto von Gierke, *Schuld und Haftung*, pág. 26 e segs., ed. 1910 (1969)

ra o devedor, extinguindo progressivamente a dívida (vifgage). Esse primeiro conjunto de normas, ou estatuto, tinha o "nomen juris" de "engagement". (2)

Era comum verificar-se que o direito do credor de adquirir o bem gravado quando o devedor não adimplia sua obrigação lesava a este, pois o imóvel, em regra, possuía valor superior ao crédito. Para evitar o dano, a hipoteca evoluiu no sentido de possibilitar ao credor vender o bem gravado, no geral judicialmente, devendo devolver a quantia que excedesse ao crédito que se denominava de "hyperocha". Nessa fase, a hipoteca recaía sobre o valor do imóvel onerado e conferia a pretensão de vender judicialmente o bem, e, com isso, solver a dívida. Essa transformação ocorreu porque em algumas cidades medievais a hipoteca deixara de ter a feição de anticrese, não conferindo ao credor a faculdade de fruir a substância do bem gravado, tendo o devedor a posse imediata e o credor o direito de excutir o bem hipotecado. Denominou-se, no direito franco, a esse estatuto de "obligation".

Com todas essas modificações, surgiu a virtualidade de hipotecar-se mais de uma vez o imóvel, pois o credor não detinha a posse imediata e revelava-se o princípio das "parcelas de valor" da propriedade, de modo que, se o primeiro gravame não abrangesse a totalidade do valor do imóvel, podia o resíduo ser novamente onerado e assim até a exaustão (3).

3. O direito hipotecário da "common law" tem suas raízes nos sistemas hipotecários medievais anteriores ao estatuto da "obligation" e foi introduzido para garantir transações com mercados estrangeiros. A própria denominação "mortgage" revela sua origem. (4)

No direito inglês, atualmente, ao cabo de uma longa evolução, a hipoteca abrange na sua estrutura tanto o direito do credor tornar-se proprietário ("hipoteca de coisa"), quanto o de vender o bem gravado judicialmente ou extrajudicialmente ("hipoteca de valor"). Mas não são as únicas faculdades que a "mortgage" confere ao credor ("mortgagee"), pois tem ainda o direito de tomar posse do imóvel gravado, para abater progressivamen-

(2) H. Mitteis, *Deutsches Privatrecht*, pág. 92, ed. 1950

(3) H. Mitteis, *Deutsches Privatrecht*, pág. 92.

(4) O termo "mortgage" é segundo Littleton (cerca de 1470) poderia também significar que se o pagamento da dívida não se efetivasse, a propriedade ficaria "morta" para o devedor, i. é, ele a perderia para sempre. (Walsh, "On Mortgages", pág. 4, N. Y., 1934).

te a dívida que não foi solvida à data do adimplemento, seja quanto ao principal ("vifgage"), seja quanto aos juros ("mortgage"), podendo, para isso, designar um terceiro para administrá-lo e compensar-se com os frutos.

Tão tradicional era o direito inglês, que no século XVII, a hipoteca se constituía através da convenção de transferência da propriedade plena ("fee simple") com a cláusula ou pacto de retransmissão ("reconveyance") ao devedor com o pagamento da dívida na data fixada.

Esse pacto conferia ao credor a garantia e um lucro com a utilização do imóvel e com o inadimplemento. A "Equity" procurou abrandar a possibilidade do credor lucrar com o devedor, de modo que se aquele pretendesse tomar posse do bem hipotecado deveria pagar um aluguel compensador. O direito de remir ("right of redemption") o imóvel hipotecado, que cabia ao devedor, não ficava mais adstrito ao prazo fixado na convenção, já que a "Equity" poderia determinar ser esse direito exercitável até a época em que fosse declarada a preclusão judicial ("foreclosure") do aludido direito de remição. Assim, o inadimplemento deixou de operar como uma condição, posto que a consolidação definitiva da propriedade em mãos do credor dependia de uma decisão da "Equity", facultando-se, até esse momento, ao devedor o exercício do direito de remir. Modificação igualmente significativa, para transformar a "mortgage" em mera garantia e não em fator de extorsão e lucro do credor, foi a possibilidade da "Equity", no processo de preclusão, verificar se o bem gravado tinha valor superior ao da dívida e, na hipótese afirmativa, determinar sua venda e atribuir ao credor a quantia necessária à solução da dívida e ao devedor o remanescente.<sup>(5)</sup>

O conjunto dessas medidas alterou fundamentalmente a estrutura da hipoteca de modo que o direito que tem o credor de tomar posse, por exemplo, tornou-se desinteressante em face da necessidade de pagar um aluguel ou arrendamento fixado judicialmente. Em razão disso, tornou-se comum a aposição nos contratos de hipoteca da cláusula de que o inadimplemento do devedor autorizaria ao credor vender a terceiros o bem gravado e ressarcir-se de suas despesas, devolvendo o restante ao devedor. A faculdade de vender extrajudicialmente o imóvel gravado tornou-se direito estatutário desde o Lord Cranworth's Act, em 1885

A dificuldade maior para verter o direito inglês em termos de direito continental de tipo romanístico, está em que os con-

(5) Megarry — Wade, *The Law of Real Property*, pág. 842 e segs., ed. 1964.

ceitos e a estrutura de certas figuras não são iguais na "common law" e na "Equity", embora em princípio vigore a regra "Equity follows common law". Antes da grande reforma instituída pela "Law Property Act", em 1925, na "common law" o credor hipotecário tinha propriedade plena dos bens gravados e um direito à posse imediata; o devedor era apenas titular do direito de remição, que se exercita com o cumprimento da obrigação, direito esse que se assemelha ao que decorre da nossa retrovenda.

A concepção da "Equity" é totalmente diversa e se aproxima ao estatuto da "Obligation" com uma construção típica dessa jurisdição especial. Considerou-se a princípio o devedor hipotecário como "cestui qui trust", dando-lhe em consequência a propriedade "beneficial owner" (6), de modo que aparentemente o proprietário seria o credor, mas em realidade esta permanecia com o devedor. Por fim, chegou-se a admitir que embora não tivesse o devedor o direito de remir antes do vencimento do mútuo, detinha ele na "Equity" a propriedade do bem, embora sujeita a um ônus, gravame, ou vínculo ("lien"). O credor hipotecário, por sua vez, é apenas titular de um direito real de garantia em coisa alheia, que se denomina no direito inglês de "incumbrance". (7) A concepção da "Equity" de que o devedor tem sua propriedade apenas onerada se aproxima da noção atual, que tem seu fundamento no estatuto medieval da "Obligation" e o termo "lien" revela bem essa procedência.

A "Law Property Act" (1925) adotou as concepções da "Equity" pois o devedor é proprietário pleno, tendo o credor um ônus ou gravame em garantia de uma dívida. É da natureza da hipoteca do direito inglês a possibilidade de preclusão do direito de remir o gravame, com a consequente integração do bem gravado no patrimônio do credor e o direito de tomar posse do imóvel, no caso de não haver o devedor na data do vencimento da dívida prestado o principal ou os juros, com a finalidade de compensar-se do empréstimo realizado. Esses remédios conflitam, de modo que iniciado o processo de preclusão não se pode pretender a posse do bem para abater progressivamente a dívida. Afora isso, existe a faculdade de vender o bem extraindo-lhe o valor, seja judicial, ou extrajudicialmente pelo próprio credor, ou por terceiro se houver sido convencionado.

Estabelecido o processo de preclusão do direito de remir, tem o devedor, ou qualquer outra pessoa que possa sofrer prejuízo, o direito de requerer que o imóvel seja vendido judicial-

(6) Walsh, *On Mortgages*, pág. 12.

(7) Megarry — Wade, *The Law of Real Property*, pág. 846.

mente, com o que se evitam muitas situações iníquas. Para isso, basta verificar o que sucederia com os demais credores hipotecários se esses não pudessem objetar contra o desenvolvimento do processo de preclusão. Conferiu-se ao credor desde 1885 ("Lord Cransworth's Act") o direito estatutário de vender o bem privadamente, para satisfazer-se com o seu valor. Discutiu-se, no direito inglês, qual a posição do credor, como titular do direito de vender privadamente, e a opinião predominante é a de que ele não seja fiduciário do "power of sale". Entretanto, ainda que não detenha essa qualidade no pertinente ao poder de venda, ele é "trustee" dos procedimentos resultantes da venda ("proceeds of sale"); ao satisfazer o seu crédito, tem o dever de pagar os demais credores hipotecários, todas as despesas, devolver o saldo, acaso existente, ao devedor, segundo uma ordem estabelecida na "Law Property Act". (8)

A alienação efetiva pelo credor tem a natureza de uma venda forçada. Não está, por isso mesmo, obrigado a procurar quem dê melhor preço, ou estabelecer alguma forma de concorrência ou licitação privada como medida preliminar à alienação. Apesar de tudo, não pode vender com a intenção de prejudicar o devedor ou os demais interessados, nem adquirir o imóvel ainda que por interposta pessoa.

Verifica-se pelas faculdades contidas na estrutura da "mortgage" que ela não corresponde perfeitamente à hipoteca do direito continental, pois faculta — o que já não é comum — ao credor através da preclusão judicial tornar-se proprietário do bem gravado; permite-se ainda a venda extrajudicial do imóvel pelo credor, sem que se considere a este como fiduciário do devedor e proprietário, quanto ao "poder vender"; por fim admite-se como modalidade de execução a transformação da hipoteca em anticrese, fruindo o credor as utilidades e compensando, por esse meio, a dívida. Vemos que a hipoteca inglesa é também acessória a um crédito, embora tenha, neste particular sofrido importantes alterações.

Assim, a hipoteca de coisa futura não é permitida pela "common law", que a tem como nula. Todavia, a "Equity", de longa data, a considera válida como contrato implícito de gravar o imóvel ainda inexistente, quando o devedor o adquirir (9). Lesão mais grave ao princípio da acessoriedade encontra-se quando o devedor vende a propriedade gravada, ou seja, a "Equity of redemption", a um terceiro; se este solver o débito, adquire a seu favor a hipoteca.

(8) Megarry — Wade, The Law of Real Property, pág. 866.

(9) Walsh, On Mortgages, pág. 55.

Tem-se aí uma hipótese que fere frontalmente o aludido dogma da acessoriedade, podendo o gravame ser cedido a outrem, mantendo sua prioridade. Certamente, o mesmo não sucede quando o próprio devedor é o proprietário e solve, porque, neste caso, ele está adimplindo sua obrigação e, segundo o direito inglês, não teria sentido manter a hipoteca em seu favor. Com essa solução, melhora-se o "status" econômico dos demais credores hipotecários (10).

4. A "common law" americana, obviamente, guarda muita semelhança com o direito inglês, mas seu desenvolvimento não seguiu inteiramente a mesma orientação, em pontos fundamentais. Não se pode desconhecer que a legislação a respeito é estadual. Um aspecto relevante do direito americano em face do direito inglês reside na atitude de recusa em aceitar os princípios da "Equity" pelas antigas colônias ao se tornarem estados independentes, pois não tinham confiança nos poderes da Chancelaria, por lembrarem-se das faculdades conferidas aos "Royal Governors". Somente se reconheceu à "Equity", nos Estados Unidos, a categoria de um verdadeiro sistema jurídico, a partir da segunda década do século passado. (11) A transposição para o direito americano do conceito de hipoteca segundo a "Equity" ocorreu algum tempo antes, em 1809, num caso famoso, Jackson v. Willard, em que o "chief justice" Kent estabeleceu a natureza da "mortgage", traduzindo o conceito usual na "Equity": "the courts of law inclined to look upon a mortgage, not as a state in fee, but as mere security of debt". (12)

A hipoteca é, também lá, em princípio, estritamente acessória e a sua natureza é de mero vínculo, ônus ou gravame, não dando lugar a que o credor possa exigir a posse do bem hipotecado, para fruir-lhe a substância. O devedor ("mortgager") é proprietário do imóvel gravado a menos que se disponha de modo diverso.

À sua vez, considera-se a preclusão como forma que abrange todos os casos de extinção do direito de remição. Constitui-se em termo técnico bem mais geral do que no direito inglês, pois naquele incluem-se todas as formas de execução hipotecária, inclusive a venda particular pelo credor.

(10) Megarry — Wade, The Law of Real Property, pág. 806.

(11) Kurt Rudolph, Die Bindungen des Eigentums, pág. 31, ed. 1960.

(12) Jackson v. Willard, 4 Johns. 41, 42 (1809) — Walsh, On Mortgages, pág. 22 + pág. 132.

Distinguem-se a hipoteca americana da inglesa, porque naquela o direito de vender particularmente somente existe quando for conferido pelo devedor hipotecário (13) e, neste, esse poder se insere na sua estrutura independente de convenção. Ao conferir o poder de vender, pode o devedor indicar quem o exercerá.

Se for beneficiário o próprio credor, entende-se que este detém uma posição bifronte, sendo em face do poder de venda um fiduciário, e um "cestui", ou beneficiário, com relação à extensão de seu direito no bem gravado. (14) Discutem, porém, se seriam aplicáveis a essa venda particular as regras da venda forçada. As opiniões se dividem; mas, se consideram o credor como fiduciário do poder de venda, como sucede preponderantemente, deverão aplicar princípios diversos dos do direito inglês, no qual não se dá, nesse particular, ao credor essa categoria. Por fim, a hipoteca americana acompanha a inglesa em suas lesões ao princípio da acessoriedade e, no pertinente ao crédito, admite a "hipoteca pelo valor máximo", ou "por importância não determinada", pois pode ser conferida para cobrir todo tipo de empréstimos, ou outros débitos, cujo montante ainda não se conhece, pelo período previsto na própria "mortgage", sendo assim aplicável também às contas correntes bancárias (15).

## § 2.º — O sistema hipotecário do BGB

5. A hipoteca do direito moderno supõe, diversamente do peñhor, que o devedor hipotecário permaneça na posse do bem gravado, extraindo os seus frutos e no direito continental, segundo a tradição do direito romano, proibiram-se as cláusulas de comisso, mediante as quais podia o credor tornar-se proprietário por força do inadimplemento.

Em alguns sistemas permitiu-se a emissão de cédulas hipotecárias, destinadas à circulação, e não totalmente acessórias a um crédito. Essas últimas não exercem apenas uma função de garantia, mas constituem-se em eficiente instrumento de capitalização do proprietário. No Código Civil Francês (arts. 2.144 e segs.), a hipoteca é estritamente acessória e a aplicação do Código Napoleônico, na Alemanha (Renânia), através do "Rhei-

(13) Corpus Juris Secundum, v. 59, §§ 544 e segs., pág. 882 e segs.

(14) Corpus Juris Secundum, v. 59, § 554, pág. 910.

(15) Jarret v. McDaniel 32 Ark. 598 (1877); Louisville Banking Co. v. Leonard 90 KY 106, 13 Sw (1890) etc. — Walsh, On Mortgages, pág. 77.

nisches Zivilgesetzbuch", até a entrada em vigor do BGB, causou danos profundos ao crédito imobiliário, fazendo necessário o aparecimento das primeiras cooperativas de crédito ("Raiffeisenkassen").

A situação tornou-se ainda mais grave porque naquele Código se permitia, em numerosos casos, hipoteca sobre todo patrimônio. (16)

O direito germânico atual distingue três tipos de garantias: as hipotecas de tráfico e em garantia, a dívida imobiliária e as dívidas imobiliárias de renda, sendo que esta última tem escassa aplicação prática.

Distinguem-se hipoteca e dívida imobiliária porque esta não tem, em princípio, nenhuma vinculação com alguma relação creditícia; não é acessória.

### I. Hipoteca de tráfico e hipoteca em garantia

6. A acessoriedade da hipoteca em relação ao crédito constituiu-se em axioma fundamental por força do § 1.153 do BGB, no qual se dispõe que, "com a transferência do crédito, transmite-se a hipoteca ao novo credor"; e a alínea II do mesmo § 1.153 dá ênfase a essa idéia, ao determinar que o "crédito não pode ser transferido sem a hipoteca, e esta sem aquele". A afirmação de uma regra de tão estrita acessoriedade ou inseparabilidade do crédito e de sua garantia viria criar dificuldades ao tráfico jurídico. E a dificuldade aumentaria, na justificação dogmática, quando o princípio da acessoriedade fosse posto em confronto com o axioma da constitutividade da inscrição do gravame no registro e a fé pública dele resultante. A constitutividade do registro e a abstração do acordo de constituição do ônus real dificultam a vinculação da garantia com qualquer realidade exterior ao albo imobiliário. Para harmonizar o princípio da acessoriedade com a natureza do sistema de registros públicos, adotou o BGB, como regra, a hipoteca de tráfico ("Verkehrshypothek") e não a em garantia. E, em consequência dessa posição, exarou o BGB, no § 1.138, normas que definem a essência da hipoteca de tráfico e põem em harmonia a regra da acessoriedade com os demais axiomas que fundamentam os registros públicos, determinando que "os princípios dos §§ 891 até 899 vigoram para a hipoteca também em face dos créditos e das exceções que cabem ao proprietário, nos termos do § 1.134".

Esses parágrafos (891 e 899) definem precisamente a fé pública do registro e os procedimentos de retificação e inscrição de

(16) H. Mitteis, Deutsches Privatrecht, pág. 90 e segs.

objeção contra alguma inscrição feita anteriormente e a sua eficácia perante terceiros. Aplicando essas regras, conclui-se que se o devedor prestou a importância que ele devia ao credor, mas não cancelou a inscrição no registro próprio, e se o credor ou algum seu sucessor transferir o crédito e a hipoteca a terceiro, ter-se-á que a transferência do crédito é nula, pois a dívida já fora quitada, mas a da hipoteca vale e é eficaz. No caso, cabe ao titular da hipoteca somente a ação de excussão do imóvel gravado e não a de cobrança de empréstimo (17).

A eficácia do registro de imóveis não "dominifica" a relação creditícia tornando-a oponível a terceiros. No sistema germânico, a publicidade diz respeito apenas ao ônus real inscrito e não ao crédito ao qual acedeu. As regras a respeito da extinção dos créditos não são atingidas pelo sistema registral, de modo que, solvida a dívida, não adquire o terceiro a posição de credor. Torna-se titular, contudo, da garantia real, porque esta virtude lhe confere o sistema dos registros públicos por força de sua constitutividade e de sua fé pública.

Em regra, a hipoteca é de tráfico, isto é, destinada a circular permitindo a aquisição pelo terceiro da garantia real, ainda que extinto o crédito e dando margem a que se afirme haver aí um afastamento do princípio da acessoriedade em favor da mobilização. Como a hipoteca de tráfico é destinada a circular, emite-se, sobre ela, uma cédula hipotecária (§ 1.116, alínea I) e o credor torna-se titular da hipoteca quando o devedor lhe transfere a cédula, podendo convencionar-se que o credor a receberá do próprio registro de imóveis, presumindo-se, entretanto, se o credor estiver na posse da cédula, que a recebeu por tradição do devedor (§ 1.117, alíneas I a III).

As hipotecas em garantia ("Sicherungshypothek") realizam, em toda a sua plenitude, o princípio da acessoriedade mas constituem uma exceção (18). Determina-se no § 1.185 que "uma

(17) Baur, Sachenrecht, § 36, pág. 289, ed. 1964.

(18) A denominação hipoteca de tráfico e hipoteca em garantia é em parte equívoca, uma vez que aquelas também garantem uma relação creditícia. Por seu turno, a afirmação de que as hipotecas em garantia não são destinadas a circular é também um pouco convencional, já que as hipotecas em garantia de título valor ou de um título de crédito circulam. A diferença, entre ambos os tipos de hipoteca, está antes na eficácia do registro de imóveis, da inscrição hipotecária, e de suas modificações, sobre a relação creditícia, que não se realiza, do mesmo modo, em ambas as formas de hipoteca.

hipoteca pode ser feita de tal modo que o direito do credor hipotecário se determine ou exerça "somente em conformidade com a relação creditícia, não sendo permitido ao credor, para a prova do crédito, servir-se da inscrição".

Mais importante, para esse tipo de hipoteca, do que as realidades do registro são as vicissitudes pelas quais pode passar a relação obrigacional; o axioma da constitutividade do registro e a fé pública perante terceiros cedem a sua posição ao princípio da acessoriedade, de tal modo que, realizada a cessão do crédito hipotecário, o adquirente somente terá o direito de cobrá-lo ou executar a hipoteca, quando aquele ainda não houver sido solvido, pouco importando o que constar no registro. Extinto o crédito, desaparece a hipoteca, sem que tenha havido ainda o cancelamento da inscrição (19). A hipoteca em garantia necessita estar expressamente assim designada no registro; caso contrário, a hipoteca será de tráfico (20). Excluiu-se nesse tipo de gravame a emissão de cédula hipotecária (21).

O discríme entre os dois tipos de hipoteca, de tráfico e em garantia, resulta, em última análise, da eficácia da inscrição no registro imobiliário sobre os cessionários. A hipoteca em garantia libera-se da constitutividade do aludido registro, para acompanhar, em todas as suas modificações, o crédito por ela garantido, independentemente do que constar nos livros fundiários, como sucedia com as hipotecas no "direito comum", que eram estritamente acessórias. Decorre daí que lhe não são aplicáveis as regras que têm o seu suporte no sistema imobiliário germânico. Não se pense, entretanto, que o direito germânico, em matéria hipotecária, tenha aberto exceções que subverteriam totalmente a teoria dos negócios jurídicos dispositivos, que são abstratos. O acordo de constituição da hipoteca em garantia não deixou de ser abstrato, todavia o registro, quanto às demais alterações da relação creditícia, transferências, solução do débito, etc., perdeu a virtude de ser constitutivo; o fundamental não é o que ele contém, e sim o crédito, o qual, em razão da regra do § 1.184, determina o regime jurídico do ônus real (22).

(19) Baur, Sachenrecht, § 36, pág. 290.

(20) § 1.184, alínea II.

(21) § 1.185.

(22) Explicação diversa é a de Eichler (Institutionen des Sachenrechts, II, 2, pág. 484, ed. 1960 e também a de Palandt — Hochen, Kommentar zum BGB, § 1.184, pág. 1047, ed. 1968) já que afirmam que os §§ 891 e 892 são aplicáveis aos créditos, quando se tratar de hipoteca de tráfico; na em garantia os aludidos

Para se trazer luz ao específico do problema, basta supor que alguém dê em hipoteca, seja de tráfico ou em garantia, um imóvel que esteja registrado em seu nome, mas cujo negócio jurídico obrigacional subjacente contenha algum vício que o torne nulo. Como o acordo de constituição do ônus é abstrato, sem nenhuma vinculação com o negócio antecedente, a hipoteca constituída é válida e eficaz e o credor é em verdade titular da garantia real. Quanto à constituição do ônus, nenhuma diferença existe de tratamento jurídico, neste particular. Imagine-se, também, que o crédito assegurado pela hipoteca já tenha sido solvido, no todo ou em parte, e não se tenha feito a retificação do registro imobiliário. Na hipoteca em garantia, nenhum efeito tem a inexistência de retificação; mas o oposto sucede com as de tráfico, no pertinente à garantia real. Na hipoteca de tráfico, se não houve retificação, não é oponível a terceiros a modificação no conteúdo da relação de direito real. As diferenças, portanto, não se manifestam no início, quanto à constituição do gravame; elas ocorrem posteriormente.

7. As hipotecas em garantia podem ser "pelo valor máximo" ("Maximalhypothek; Höchstbetragehypothek"); ou "em garantia de títulos de crédito" ("Wertpapierhypothek"); ou simplesmente em garantia, como sucede com as hipotecas de direito francês, português ou italiano.

As hipotecas "pelo valor máximo" supõem a indeterminação prévia do montante da dívida a ser garantida e do momento em que ela se determinará. Vinculam-se a créditos futuros, tais como os que podem nascer de uma conta corrente bancária, ou de relações duradouras, cujo saldo não possa ainda ser determinado. Até o momento em que a pretensão do credor não se objetivar, a hipoteca será pelo valor máximo e depois por quantia fixa. A hipoteca não está sob condição; é hipoteca pura, que grava desde logo o bem pelo valor máximo em que foi inscrita (23), de modo que não se pode pensar seja ela, no período intermístico, isto é, até o momento em que a pretensão do credor for determinada quanto ao seu exato valor, dívida imobiliária,

§§ 891 e segs. são aplicáveis somente aos direitos reais.

Não nos parece exata essa opinião, porque se fossem aplicáveis aos créditos os aludidos §§ 891 e segs., ter-se-ia, que na hipoteca de tráfico, o cessionário do crédito já solvido o adquiriria, o que não é certo.

(23) Staudinger — Kober, Kommentar zum BGB, III, § 1.190. pág. 950 7.<sup>a</sup> e 8.<sup>o</sup> edição.

ria, como sugere Eichler (24) ou dívida imobiliária resolutivamente condicionada, como quer Baur (25).

A particularidade dessa figura está em que ela supõe, como exigência de direito material, que se inscreva no registro o valor máximo da garantia, de tal modo que se não constar o valor não pode ser realizada a inscrição (26).

As hipotecas em garantia de títulos de crédito representam uma excelente adaptação dos princípios hipotecários aos do direito cambiário.

Não se extrai, nessa hipoteca, uma cédula que a corporifique, porque isso é vedado a todas as hipotecas em garantia. Como os processos de circulação, de substituição dos credores hipotecários, são diversos, segundo o direito registral e o direito cambiário, resolveu-se a dificuldade, no caso, aplicando-se os princípios de transferência do direito cambiário, ou seja, por acordo de transmissão, seguido de tradição do título, ou por endosso.

Cuida-se na realidade de um título de crédito ao qual acede uma hipoteca, inscrita no registro imobiliário, circulando aquela com sua garantia, segundo as regras do direito cambiário. Aqui, convém esclarecer que a hipoteca depende do crédito, já que predomina o princípio da acessoriedade. Por ser um título de crédito, circula com as regras que lhe são próprias, não transmudando sua natureza o fato de a relação creditícia estar garantida por uma hipoteca. Como esses títulos de crédito são abstratos, o terceiro o adquirirá independentemente do negócio subjacente. E assim os vícios da relação creditícia antecedente não são oponíveis aos adquirentes de boa fé. Em tais termos, desde que o terceiro adquira o crédito, sem que o direito leve em consideração os vícios que possa conter a relação creditícia, se torna titular da garantia real. A sua vez, como é o crédito quem determina o regime jurídico, pode suceder uma falta de coincidência entre o credor inscrito e o real, mas o litígio se resolve segundo o princípio de que o credor é somente o endossatário, ou o detentor se a hipoteca estiver garantindo um título ao portador. Por fim, tem a hipoteca em garantia de título de crédito significação jurídica e econômica semelhante à da hipoteca de tráfico. A diferença maior está na acessoriedade das hipotecas em garantia, mas esta se torna mínima em virtude da abstração dos títulos de crédito. Apesar disso, há tratamento ju-

(24) Eichler, Institutionen, II, 2, pág. 490.

(25) Soergel — Baur, Kommentar zum BGB, t. 4, § 1.190, pág. 729, ed. 1968.

(26) Staudinger — Kober, Kommentar zum BGB, III, § 1.190, pág. 953.

rídico diverso quanto à hipoteca em garantia de título de crédito, o qual pode resultar do fato de ser incapaz o emitente, ou de ter sido o título posto em circulação contra a sua vontade. (27)

8. Nas hipotecas acessórias a títulos ao portador, a letras de câmbio, ou a outros títulos que podem ser transferidos mediante endosso (28), pode-se designar um representante ("Grundbuchvertreter") legitimado fiduciariamente a representar o credor no desenvolvimento das relações hipotecárias, inclusive na execução. (29)

O acordo que designa o representante deve ser inscrito no registro imobiliário para que produza efeitos. No particular adotou o BGB o princípio dispositivo, pois depende a inscrição dos interessados, mas é inegável que a posição do representante é fiduciária não só do credor como também do devedor (30) embora haja divisão na doutrina, pois muitos o consideram simplesmente representante que age em nome alheio (31).

A tendência no direito germânico é a de estender, para efeitos de segurança creditícia, a figura do fiduciário a outras hipóteses e demonstra assim a necessidade de inserção de terceiras pessoas na relação obrigacional, com a finalidade de assegurar a execução das hipotecas e penhores, como se verifica no direito americano, (32) sendo para isso de maior valor o princípio contido no § 1.189 do BGB. Certo é que além dos casos previstos no § 1.189 não se permite a inserção de um terceiro como fiduciário, por ser na hipoteca figurante essencial o credor e não se pode constitui-la com um credor aparente, fiduciário do credor real. A dívida imobiliária, por não exigir nenhuma relação subjacente de crédito, pode servir à aplicação da "fiducia", conforme sustenta Siebert, porque o legitimado fiduciariamente receberia o título da dívida imobiliária no interesse do credor (33). No direito germânico, chega-se a esse resultado através do contrato ou estipulação em favor de terceiros (34).

(27) H. Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, § 113, pág. 559, ed. 1960.

(28) § 1.187.

(29) § 1.189.

(30) § 1.189, "in fine".

(31) vd. Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, pág. 374, ed. 1933.

(32) Siebert, Treuhandverhältnis, pág. 364 e segs.

(33) Siebert, Treuhandverhältnis, pág. 372.

(34) § 328 do BGB.

## II. A dívida imobiliária ("Grundschuld")

9. Como elemento fundamental do crédito real está a dívida imobiliária, ou a hipoteca pré-constituída. A denominação dívida imobiliária parece ser melhor do que a de hipoteca pré-constituída, termo utilizado em alguns sistemas jurídicos modernos, porque este pode revelar, implicitamente, a acessoriedade, maior ou menor, a uma relação creditícia. A nota característica da dívida imobiliária é o fato de, em regra, ser isolada ("isolierte Grundschuld"), ou seja, totalmente desvinculada de um crédito, pelo menos no momento de sua constituição.

Para dar ênfase a esse aspecto de sua estrutura, há quem afirme ser a hipoteca "causal", pois se relaciona a um crédito e a dívida imobiliária "abstrata", tanto vale dizer, uma vinculação real autônoma. A ela são aplicáveis no geral os princípios que regem a hipoteca, salvo aqueles que não se harmonizam com o elemento básico de sua estrutura, a circunstância de não pressupor uma relação creditícia que lhe sirva de suporte (35).

A hipoteca subordina-se em seu nascimento a um débito e a sua finalidade principal consiste em satisfazer ao credor, na hipótese de não se ter realizado o adimplemento. A dívida imobiliária disso independe e pode ser extraída pelo proprietário em seu favor e somente depois vir a ser dada em garantia. A vantagem para o credor é evidente pois ele não necessita preocupar-se em saber se a relação creditícia subjacente existia ou não, podendo sempre executar o imóvel gravado. A composição dos interesses, na hipótese de não haver causa, far-se-á do mesmo modo que nas promessas abstratas, através do instituto do enriquecimento injustificado (36).

Como pura responsabilidade real, a dívida imobiliária corresponde ao "Gült" do direito suíço (37), por meio do qual se põe um crédito como "ônus imobiliário", produzindo o efeito de desfazer a relação creditícia subjacente por força de uma novação "ex lege" (38). A faculdade de extrair uma dívida imobiliária é muito importante também para o devedor porque, ao constituí-la por ato unilateral de inscrição no registro, poderá obter o gravame em primeiro grau. A hipoteca que venha a ser feita posteriormente será de segundo grau.

(35) § 1.192 do BGB.

(36) Staudinger — Kober, Kommentar, III, § 1.191, pág. 996; Eichler, Institutionen, II, 2, pág. 500.

(37) arts. 847 e segs., do BGB.

(38) vd. Eichler, Institutionen, II, 2, pág. 503, nota 2.



Essa possibilidade dá nova significação à figura dos pactos de reserva prelatícia, ou simplesmente de reserva de grau ("Rangvorbehalt"), admitidos pelo direito germânico (39) e que têm grande importância para todo o sistema creditício, pois, certas instituições somente concedem empréstimos com a constituição de gravames de primeiro grau.

A reserva de grau supõe acordo entre devedor e credor, de modo que este confere àquele a faculdade de registrar outro ônus real posteriormente, mas com prioridade de eficácia. Sendo possível ao proprietário extrair em seu favor uma dívida imobiliária, por negócio jurídico unilateral, só com essa providência, sem necessidade de nenhum acordo, ele deterá a aludida preferência, pois o direito real em seu favor foi inscrito anteriormente. O sistema creditício germânico opera com gravames de primeiro, segundo e até mesmo terceiro grau. Os bancos e as caixas ou associações de poupança concedem empréstimos com garantia hipotecária de primeiro grau. As entidades de direito público financiam mediante gravames de segundo ou terceiro grau, percebendo juros maiores correspondentes ao risco também maior (40).

Utilizam-se nesses negócios creditícios hipotecas pelo restante do preço (alienação e hipoteca pelo saldo), hipotecas de amortização, por meio de pagamentos fracionados, ou através da organização de um fundo constituído pelos pagamentos do mutuário, para final compensação. A dívida imobiliária é direito real em coisa própria e uma lesão ao velho princípio "nemo res sua servit". A admissão de direitos reais sobre bens próprios permite que o pagamento, realizado pelo proprietário que seja ao mesmo tempo devedor pessoal, extinga a relação creditícia, mas não a hipoteca, o que suporia retificação do registro. Nesse caso, o proprietário torna-se detentor de uma "hipoteca sobre imóvel de sua propriedade", ou seja, de uma dívida imobiliária (41). Se o proprietário for um terceiro, a solução do débito acarretará a transmissão em seu favor do direito creditício que cabia ao credor contra o devedor, e a constituição em seu benefício de uma dívida imobiliária (42).

O direito hipotecário germânico dá ênfase à posição do credor e à dos terceiros, o que se manifesta na adoção, como regra,

(39) § 881 do BGB.

(40) H. Westermann, Sachenrecht, § 91, II, pág. 445.

(41) Staundiger — Kober, Kommentar, III, § 1.163, pág. 858.

(42) § 1.143, do BGB; vd. Soergel — Baur, Kommentar, v. 4, § 1.142, pág. 662.

da hipoteca de tráfico, e na possibilidade de extrair-se uma dívida imobiliária, e também ao devedor, pela facilidade em constituir direitos reais de garantia. A figura do representante inscrito no albo imobiliário ("Grundbuchvertreter") torna mais segura a circulação das hipotecas em garantia de títulos de crédito, pois o devedor sabe perante quem deve operar-se a solução da dívida. O instituto da reserva de grau hipotecário serve muito bem aos interesses do devedor, dando-lhe maiores virtualidades na obtenção de empréstimos. Há, assim, uma certa ambivalência no direito hipotecário germânico: os institutos que protegem o credor dão também segurança ao devedor.

### § 3.º: A Hipoteca no direito brasileiro

10. A hipoteca nos sistemas romanísticos, de que são exemplo o Código Civil Francês (arts. 2.144 e segs.), o Português de 1967 (arts. 686 e segs.) e o italiano (Código Civil, arts. 2.808 e segs.), é estritamente acessória. No direito brasileiro, há certa dúvida a respeito sustentando o Pntes de Miranda (43), que nosa hipoteca se assemelharia à hipoteca de tráfico do direito germânico, embora não fosse emitida mediante cédula, o que lá se faculta excepcionalmente. A maioria dos autores tem a hipoteca como acessória, transmitindo, de alguma forma, como elemento interpretativo de nossas disposições, o direito francês e o italiano. A fundamentação de Pontes de Miranda tem suas raízes no disposto no art. 850 do Código Civil Brasileiro, que faz depender a extinção da hipoteca do cancelamento do registro. Em matéria registral, há em nosso direito a particularidade de que a hipoteca antes da inscrição existe "inter partes" (44), de modo que o registro é mero elemento de eficácia, não tendo o efeito constitutivo que lhe atribuem, por exemplo, o direito germânico e suíço. Guardando simetria com a constituição do gravame, a extinção da hipoteca realiza-se entre os figurantes, entre outras hipóteses, pelo desaparecimento da obrigação principal (45), ainda que só comece a ter efeitos perante terceiros depois de averbada no respectivo registro (46), embora seja diverso o entendimento da jurisprudência.

A existência da hipoteca "inter partes", antes da inscrição no registro, é princípio que não se harmoniza com o nosso sis-

(43) Tratado de Direito Privado, t. 20, pág. 23.

(44) Cód. Civil, art. 848, "in fine".

(45) Cód. Civil, art. 849, inc. I.

(46) Cód. Civil, art. 850.

tema em matéria de alienações, posto que a propriedade somente se adquire com a transcrição (47) e não se admite como sucedo no direito francês (48) e italiano (49) a transferência para o adquirente do bem alienado antes da realização daquele ato.

Nessa parte, deve-se corrigir o texto porque os negócios jurídicos de disposição sobre imóveis, sejam translativos ou constitutivos de gravames, devem ter o mesmo regime jurídico. No particular, nosso Código Civil normou com desarmonia os negócios dispositivos, seguindo nas alienações as regras do BGB e na hipoteca, as do Código Civil francês. Todavia, neste último Código, há simetria entre as disposições, pois a compra e venda transmite "inter partes" a propriedade, sendo o registro mero elemento de eficácia perante terceiros. Não se pode, entretanto, adotar na disciplina, que deve ser unitária, dos negócios dispositivos regras colidentes entre si, considerando como uma das exceções à regra exposta no art. 676 do Código Civil a constituição das hipotecas negociais (50).

O alcance que Pontes de Miranda dá ao art. 850 é lógica e sistemática dentro das premissas de seu raciocínio, de que os acordos de transmissão de propriedade e os de constituição de ônus sobre imóveis sejam abstratos e a eficácia de registro imobiliário "juris et de jure". Acolhendo em seu monumental Tratado de Direito Privado, em toda a sua extensão, o princípio da fé pública do registro, o art. 850 passa a ter outra significação que não possuiria se os negócios dispositivos fossem causais, ou se a aludida fé pública, ao invés de absoluta, se constituísse em algo meramente relativo, de modo que a boa fé do terceiro adquirente não tivesse a virtude de lhe tornar indisputável a aquisição. Ocorre que em nosso direito a alienação foi considerada causal, não desligada dos negócios antecedentes, e a presunção de pretender o direito real à pessoa em cujo nome se transcreveu, ou inscreveu (51), não é absoluta, nem essa presunção foi modificada pelo D. 4.857, de 9 de novembro de 1939, que estabeleceu o "Regulamento dos Registros Públicos", ou pelo DL. 1.000, de

(47) Cód. Civil, art. 530, inc. I; art. 589, § 1.º.

(48) Cód. Civil francês, art. 1583.

(49) Cód. Civil ital., art. 1376.

(50) Certas disposições, no direito de família, constituem em muitos códigos, inclusive no BGB, exceções à regra da constitutividade do registro, como sucede quando se opta por algum regime de bens, porque, no caso, o aludido registro é mero elemento de eficácia perante terceiros (nosso Cód. Civil, art. 261).

(51) Cód. Civil, art. 859.

21 de outubro de 1969, que "consolidou e atualizou o aludido Regulamento". A jurisprudência tem como constitutivo o registro não apenas para as alienações, como também para a constituição de ônus, realizando desta forma uma obra de harmonização sistemática, embora esse não seja o sistema exposto nas disposições de nosso Código Civil.

Duas interpretações são assim possíveis para o art. 850 do Código Civil Brasileiro: a) a transferência do crédito hipotecário a terceiro de boa fé, depois de solvida a dívida, preclui o direito de averbar a quitação, ou de cancelar a inscrição do gravame; b) a cessão a terceiro de boa fé não gera a decadência do direito formativo extintivo, de cancelamento da inscrição.

A solução a) assemelharia a hipoteca brasileira à hipoteca de tráfico do direito germânico; a outra, b), faria com que nossa hipoteca fosse igual à do direito comum, com certo temperamento porque a extinção não seria imediata, com a simples solução da dívida, mas dependeria da averbação, sendo, entretanto, hipoteca em garantia, isto é, acessória.

Pela redação do art. 850 do Cód. Civil, "a extinção da hipoteca só começa a ter efeitos contra terceiros depois de averbada no respectivo registro", diversa, aliás, do art. 848, pertinente à constituição, tem-se que a solução do nosso direito é da letra b), sendo a hipoteca meramente acessória.

### I. O princípio da Acessoriedade

11. A acessoriedade da hipoteca significa que a relação creditícia comanda e determina o regime jurídico da garantia de direito real. Mais do que isso, tem o sentido de que a garantia se refere sempre a um crédito. Particularmente interessante em nosso direito é a de que um ônus real constituído sobre um bem de propriedade alheia, "a non domino", portanto, existe e vale, sendo apenas ineficaz, apesar de a redação do art. 756, § único, do Cód. Civil ser equívoca, porque alude à revalidação da hipoteca, quando quem a deu tornar-se posteriormente proprietário. Nosso Código Civil não normou as hipotecas pelo valor máximo, ou de importância não determinada, mas a praxe tem admitido o registro de tais hipotecas, exigindo-se, entretanto, um regramento dessa figura.

Discute-se no direito brasileiro a possibilidade de que o proprietário possa constituir sobre imóvel que lhe pertença uma hipoteca em seu favor. Pela afirmativa, manifestou-se Pontes de Miranda (52). A maioria dos autores nacionais, passou desperce-

(52) Tratado de Direito Privado, v. 20, pág. 323 e segs.

bido esse problema, preocupados quase exclusivamente em explicar o direito hipotecário à luz do princípio de acessoriedade. À sua vez, a própria jurisprudência não deu maior relevo ao princípio da constitutividade do registro e às conseqüências que dele haviam de derivar. É implícita assim a resposta negativa à possibilidade de constituição de ônus sobre bem próprio. O problema maior está em saber se quando o proprietário, devedor pessoal ou terceiro adquirente, solve a dívida adquire em seu favor a hipoteca, ou ela se extingue. O princípio da constitutividade do registro levaria à conclusão de que enquanto não cancelada a inscrição o gravame perduraria em favor do proprietário, se este fosse também devedor pessoal; se, no caso, ele fosse terceiro que deu sua propriedade em garantia de dívida alheia, ter-se-ia sub-rogação no crédito contra o devedor e aquisição de hipoteca sobre bem próprio, solução essa idêntica à do direito germânico, em que se deram todas as conseqüências ao princípio da constitutividade. A primeira dúvida está na possibilidade de existir a figura da hipoteca pré-constituída, como pré-forma da dívida imobiliária, ou mesmo como dívida imobiliária. A vantagem de tal sistema seria a de poder constituir um gravame real antes de se ter um credor e também a faculdade de reservar pela só vontade do proprietário uma melhor posição dentro do registro imobiliário. Para admissão dessa figura haveria necessidade de norma expressa, pois representa profunda lesão ao princípio da acessoriedade e, embora a jurisprudência tenha considerado o registro como constitutivo, não consta que tenha admitido a extração de uma hipoteca sem que houvesse uma relação de crédito, servindo de suporte, sobretudo por força do art. 755 do Código Civil, que impõe, como elemento estrutural, a aludida dependência (53).

12. Problemática das mais importantes é a das cédulas hipotecárias instituídas pelos DL. 70, de 21 de novembro de 1966, DL. 167, de 14 de fevereiro de 1967 e DL. 413, de 9 de janeiro de 1969. Por meio desses Decretos-leis criaram-se cédulas hipotecárias, destinadas a atender ao financiamento de construções pelo Banco Nacional de Habitação (DL. 70), da agricultura (DL. 167) e indústria (DL. 413).

O DL. 70 instituiu a cédula hipotecária para "hipotecas inscritas no Registro Geral de Imóveis, como instrumento hábil

(53) Cód. Civil, art. 755: "Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita por vínculo real ao cumprimento da obrigação".

para a representação dos aludidos créditos imobiliários" (54). Podem recair sobre primeiras e segundas hipotecas (55) e são emitidas pelo credor hipotecário, preenchidos certos requisitos, mas somente podem ser lançadas em circulação depois de averbadas à margem da inscrição da hipoteca a que disser respeito (56) e depois de autenticadas pelo oficial do Registro Geral de Imóveis competente, com todas as indicações (57). A cédula é sempre nominativa, podendo ser transferida por meio de endosso nominal, lançado no verso (58) de modo que a hipoteca passa a fazer parte integrante do título, acompanhando nos endossos subsequentes, sub-rogando-se o endossatário em todos os direitos creditícios (59). A cédula hipotecária instituída pelo DL. 70 é cédula hipotecária em garantia, que se submete aos princípios da cessão de crédito por força do disposto no art. 16 do referido DL., embora haja no pertinente à forma de transferência alguns princípios de direito cambiário, tais os referentes ao endosso (60). Na cessão de crédito a título oneroso, o cedente é responsável pela existência do crédito (61), mas não o é pela solvência do devedor (62). A eficácia da cessão de crédito perante o devedor supõe que esse tenha sido notificado (63).

No art. 17 do DL. 70 exara-se a regra de que na emissão, ou no endosso da cédula hipotecária, "o emitente e o endossante permanecem solidariamente responsáveis pela boa liquidação do crédito, a menos que avisem o devedor e o segurador, quando houver, de cada emissão ou endosso até trinta dias após a sua realização por carta enviada mediante recibo, pelo Registro de Títulos e Documentos, ou, ainda, por meio de notificação judicial..."

Essa regra não modificou o princípio de que a transferência da cédula se constitui em cessão "pro soluto", pois quando o art. 17 do DL. 70 alude "a boa liquidação", se refere à circunstância de que, não avisado o devedor da emissão ou do endosso, eles

(54) DL. 70, art. 10.

(55) DL. 70, art. 11.

(56) DL. 70, art. 13.

(57) DL. 70, art. 13, § único.

(58) DL. 70, art. 16.

(59) DL. 70, art. 16, § único.

(60) DL. 70, arts. 16 e 17.

(61) Cód. Civil, art. 1.073.

(62) Cód. Civil, art. 1.074.

(63) Cód. Civil, art. 1.069.

assumem solidariamente o risco de não se fazer o pagamento ao verdadeiro credor (64).

A entrega da cédula quitada ao devedor prova a extinção da hipoteca, independentemente de cancelamento da inscrição (65), não havendo impedimento que essa prova se faça por outros meios. Se permanecer em circulação, porque não lhe quis devolver o emittente ou endossante, são eles responsáveis perante terceiros adquirentes (66).

O § único do art. 18 do DL. 70 abre uma problemática de interpretação de grande alcance. No caso de se haver solvido o débito e ter, inobstante isso, permanecido em circulação a cédula, como se resolverá o conflito? Se na cédula hipotecária houvessem sido adotados os princípios do direito cambiário quanto ao fundo, então o terceiro adquirente de boa fé seria credor em virtude da abstração do título e, em consequência, titular da hipoteca, pois essa faz parte da cédula, acompanhando-a nos endossos. Por serem aplicáveis os princípios da cessão de crédito e sendo esta considerada, entre nós, negócio jurídico dispositivo causal, tem-se que o terceiro não adquire o crédito, nem a hipoteca, mas deve ser indenizado.

A cédula hipotecária do DL. 70 distingue-se da hipoteca de tráfico do direito germânico, porque, nesta, não cancelado o registro, o terceiro adquire a garantia real (e não o crédito) e também da hipoteca em garantia de um título de crédito, porque a ele são aplicáveis os princípios do direito cambiário, quanto ao fundo, e não somente no que toca à forma de transferência.

13. Regime jurídico diverso é o das cédulas de crédito rural (DL. 167) e industrial (DL. 413). São promessas de pagamento abstratas, no pertinente aos créditos que corporificam (67).

A cédula de crédito rural terá a denominação de cédula rural hipotecária, quando preencher os requisitos do art. 20, DL. 167, entre os quais está a descrição do imóvel hipotecado. A terminologia do DL. 413 é equívoca ao afirmar, em seu art. 9.º, que "a cédula de crédito industrial é promessa de pagamento em dinheiro com garantia real cedularmente constituída". Em verdade, não se extraem duas cédulas como a aludida disposição dá a entender, a de crédito industrial e a hipoteca cedular (68), garantindo esta àquela. O processo é totalmente diverso pois a cé-

(64) Cód. Civil, art. 1.071.

(65) DL. 70, art. 18.

(66) DL. 70, art. 18. § único.

(67) DL. 167, DL. 413, art. 9 e 10.

(68) DL. 413, art. 19, inc. III.

dula é uma só e tem a particularidade de constar em seu corpo (69), ou mesmo fora dele, em documento separado (70), ou até mesmo pela anexação dos títulos de propriedade à cédula de crédito industrial (71), a descrição do imóvel, com suas confrontações, dimensões, benfeitorias, título e data da aquisição, etc.

A eficácia perante terceiros começa da data da inscrição da cédula de crédito rural (72) e cédula de crédito industrial (73) no Cartório de Registro de Imóveis, devendo ser averbados os endossos posteriores à inscrição, avisos, aditivos, etc., e qualquer ato que promova alteração na garantia e condições pactuadas (74). Essas averbações são necessárias, para que as modificações no crédito ou na hipoteca tenham eficácia perante terceiros, pois de outro modo seus efeitos se reduzem aos contratantes. (75)

Por força dos arts. 24 do DL. 167 e 26 do DL. 413, aplicam-se à hipoteca cedular os princípios da legislação ordinária a respeito, desde que não colidam com preceitos de ambos os Decretos-Leis.

Convém indagar, para descrever a estrutura da cédula de crédito industrial e da cédula de crédito rural garantidas por hipotecas, se lhes são aplicáveis as regras sobre a extinção da hipoteca comum, (76) ou se os Decretos-Leis 167 e 413 conferiram ao terceiro de boa-fé uma posição de inatacabilidade por qualquer outro interessado na relação obrigacional, ou real. Dever-se-ia questionar se a hipoteca inserida numa daquelas cédulas, após a circulação, daria ao terceiro adquirente a titularidade da garantia real, na hipótese em que quem a houvesse dado não fosse proprietário. Se a resposta pendesse para a afirmativa, estaria vigorando para essas cédulas o sistema de abstração dos negócios dispositivos, ou o da causalidade, em que se deu proteção, ao terceiro de boa-fé. Todavia, protegem-se os terceiros de boa-fé, adquirentes da cédula hipotecária rural ou da cédula hipotecária industrial, por força dos arts. 30 e 35 do DL. 167 e arts. 29 e 36 do DL. 413, apenas quanto aos endossos posteriores à inscrição da cédula, as menções adicionais, aditivos e qualquer outro ato que promova alteração nas garantias e condições pac-

(69) DL. 413, art. 14, inc. V.

(70) DL. 413, art. 14, § IV.

(71) DL. 413, art. 14, § V.

(72) DL. 167, art. 30.

(73) DL. 413, art. 29.

(74) DL. 167, art. 35; DL. 413, art. 36.

(75) DL. 167, art. 30; DL. 413, art. 29.

(76) Cód. Civil, art. 850.

tuadas. Não se tem, em consequência, o sistema da aquisição da garantia real pelo terceiro, quando não for titular do domínio quem deu o imóvel em segurança das aludidas cédulas. Aplicam-se, nesse particular, as regras dos negócios jurídicos dispositivos, os quais, entre nós são causais, por força de reiterada jurisprudência. Todavia, as modificações posteriores à inscrição da cédula, tanto na relação creditícia, quanto no gravame real, que não tenham sido averbadas, não são oponíveis a terceiros. Tem essas cédulas a característica de não acompanharem o princípio da acessoriedade em toda sua extensão, pois mais importantes que as vicissitudes da relação creditícia são, perante terceiros, as averbações dessas alterações no Registro Imobiliário, em livro próprio, denominado, respectivamente, de "Registro de Cédulas de Crédito Rural" (77) e "Registro de Cédulas de Crédito Industrial" (78).

A cédula de crédito rural e a cédula de crédito industrial assemelham-se, quanto ao tratamento jurídico, às hipotecas de tráfico do direito alemão, nas quais mais importantes que as modificações da garantia real são as alterações no registro imobiliário, o que fere o dogma da acessoriedade. Há diferenças específicas, não só quanto à constituição ou omissão, mas também quanto ao alcance da presunção do registro, no direito germânico se restringe à garantia real, tanto que, adimplido o crédito e não retificado o registro, o terceiro adquirente não tem ação obrigacional (o crédito está extinto) e sim a excussão real da garantia. Em nosso direito, ainda que solvido o crédito e não averbado o adimplemento, torna-se o terceiro titular da relação creditícia e real. Salva-se, assim, de alguma forma o princípio da acessoriedade.

14. A cédula hipotecária no direito brasileiro ficou restrita a operações com instituições financeiras, (79) ou com os órgãos integrantes do sistema nacional de crédito rural (80).

(77) DL. 167, art. 31.

(78) DL. 413, art. 31.

(79) O DL. 70 permitiu a extração de cédula hipotecária para as operações compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação; com as instituições financeiras em geral, ou entre outras partes, desde que emitidas em favor de pessoas jurídicas que façam parte das "instituições financeiras", ou de companhias de seguro (art. 10, inc. I a III). Também a cédula de crédito industrial somente é utilizável em operações com instituições financeiras (DL. 413, art. 1.º).

(80) A lei n.º 4.829, de 5 de novembro de 1965, criou o crédito ru-

ral e definiu o que se deveria ter como tal, no art. 2.º, restringindo o conceito a recursos financeiros supridos por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares. A cédula rural hipotecária somente pode ser emitida por particulares, no âmbito fixado pelo art. 2.º da lei 4.829, a cujos preceitos o DL. 167 visou atender.

Não podem os particulares, entre si, em suas operações utilizar qualquer desses tipos de cédulas hipotecárias. Para eles ficou reservada, apenas, a hipoteca tradicional, da qual não se extrai nenhum título hábil para fazê-la circular. Constitui, entretanto, má política permitir-se somente a certas entidades poder lançar mão, em seus negócios, de cédulas hipotecárias, pois nenhum argumento existe para restringi-las desse modo. No Projeto Orlando Gomes (81) previu-se a possibilidade de extrair uma cédula, mas não se regrou a figura, indicando apenas que ela se regularia por lei especial e se lhe aplicariam, no que coubesse, os preceitos relativos à cédula rural pignoratícia. É de toda conveniência que o Código Civil regre, pela sua importância em nossos dias, a estrutura dessas cédulas, como o fez o BGB ao recolher os diversos sistemas hipotecários então existentes, como o prussiano, o bávaro e o romano etc.

## II. O Princípio da Indivisibilidade.

15. O axioma da indivisibilidade da hipoteca tem sido posto em rude prova em face de novas necessidades. O princípio diz respeito ao crédito, o qual, fracionado, não divide o gravame, e também ao imóvel onerado, pois ainda que este se tenha dividido, esse fato não se projeta sobre a hipoteca. A regra da indivisibilidade não é cogente, ou de "ordem pública" e sim dispositiva, já que as partes podem tornar o gravame divisível. O DL. 70, ao criar as cédulas hipotecárias, determinou que o credor poderia emití-las (82) como cédula integral, representando a totalidade do crédito, ou fracionária, limitada a parte dele, sendo que essas últimas não podem exceder, em hipótese alguma, o valor total do crédito hipotecário (83). Deu-se ao credor a faculdade de fracionar o crédito e conseqüentemente emitir títulos até o limite total independentemente de concordância do proprietário do prédio gravado. O exercício dessa faculdade plura-

ral e definiu o que se deveria ter como tal, no art. 2.º, restringindo o conceito a recursos financeiros supridos por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares. A cédula rural hipotecária somente pode ser emitida por particulares, no âmbito fixado pelo art. 2.º da lei 4.829, a cujos preceitos o DL. 167 visou atender.

(81) Art. 695 e § único.

(82) DL. 70, art. 10.

(83) DL. 70, art. 10, § único.

liza os créditos, mas não constitui lesão ao princípio da indivisibilidade da hipoteca, pois cada uma delas tem como garantia o imóvel em sua totalidade.

A indivisibilidade da hipoteca significa também que os pagamentos parciais da dívida não autorizam a sua redução, ainda que ela compreenda vários bens (84).

No projeto Orlando Gomes (85), previu-se a possibilidade de redução do gravame, não se restringido como fez o Código Civil de Portugal às hipotecas judiciais (86). Hipótese de maior alcance é a da oneração dos prédios em construção e a dos terrenos destinados a loteamento. No direito suíço, só se admite que vários prédios sejam dados em garantia de um só crédito se pertencerem a um proprietário, ou se forem de propriedade de vários devedores solidariamente obrigados. Nos demais casos de hipoteca de vários prédios por um só crédito, deve ser cada um deles onerado com uma fração correspondente ao débito (87).

Na edificação para venda de apartamentos e nos loteamentos surge o problema com maior intensidade, pois a hipoteca inicialmente se projeta sobre todo o terreno e posteriormente sobre os apartamentos e os lotes. O credor, em razão da indivisibilidade, retém em seu favor a hipoteca, gravando todos os apartamentos e terrenos, não sendo possível a remição parcial, como disposto no art. 766 de nosso Código Civil, quando forem alienados. Todas essas realidades exigem um abrandamento do princípio da indivisibilidade, com a sua aplicação em outras hipóteses, que não foram previstas no Projeto Orlando Gomes. Nenhum prejuízo adviria ao credor se, realizado o loteamento ou a edificação, fosse possível aos adquirentes, na proporção do valor de seu prédio ou de seu terreno, restringir a hipoteca à fração por eles adquirida, inclusive para poder remi-la. Seria, em consequência, um ato complementar à venda dos lotes ou à individualização do edifício. Para isso não se faria necessário que o devedor hipotecário já houvesse pago a metade da dívida como se previu no § 1.º do art. 655 do Projeto Orlando Gomes.

O direito germânico conhece a hipoteca em comum, ou em mão comum, quando o gravame abrange vários prédios de dife-

(84) Cód. Civil, art. 758.

(85) Art. 655.

(86) Cód. Civil português, art. 720. A redução das hipotecas voluntárias supõe o consentimento de quem puder dispor do gravame (art. 719), ou seja, do credor.

(87) BGB, art. 798.

rentes proprietários (88). Se a hipoteca recair em vários prédios de um só proprietário, não se tratará, evidentemente, de um gravame em comunhão. A natureza jurídica dessa hipoteca, no direito germânico, tem sido objeto de inúmeras discussões, havendo quem afirme constituir uma espécie da comunhão "em mão comum" (89), ou uma comunhão segundo quotas (90). O certo é que a alínea 2.ª do § 1.172 deu a cada um dos proprietários, desde que diversamente não haja sido disposto, o direito de exigir a redução da hipoteca que grava o seu prédio à fração correspondente à relação dele com o da totalidade dos prédios gravados. Esse dispositivo é do maior alcance, pois vem resolver precisamente os casos em que se edificou um prédio de apartamentos para vender ou se realizou um loteamento; em nosso direito, tudo ficaria na dependência do consentimento do credor. As regras da hipoteca em comunhão ("Gesarmthypothek") serviriam para resolver as dificuldades anteriormente expostas, e existentes em nosso direito, e para todos os demais em que houvesse uma pluralidade de prédios de mais de um proprietário, garantindo somente uma relação creditícia.

O princípio da indivisibilidade das garantias reais, no pertinente à hipoteca, tem de ceder no sentido de permitir a redução do gravame hipotecário, quando efetuados pagamentos substanciais, e também quando se cuidar de edifícios para venda de apartamentos ou de loteamentos, pois é de todo interesse do adquirente que grave o prédio apenas a fração que corresponda à totalidade dos prédios hipotecados.

A divisão dará lugar ao aparecimento de várias hipotecas, cada uma delas vinculada a um imóvel determinado. A solução do § 1172 do BGB é bem melhor do que a do art. 798 do Cód. Civil suíço, porque esta apenas permite, no caso de hipotecas de vários prédios por um só débito, pertencentes a diversos proprietários não obrigados solidariamente, que o ônus real grave cada um deles, segundo a fração que lhe caiba no débito total. No § 1.172 do BGB conferiu-se a cada um dos proprietários o direito formativo modificativo, de fracionar a hipoteca que grava a totalidade, de modo a que o seu prédio fique gravado apenas com uma parcela correspondente ao todo.

(88) BGB, § 1.132; §§ 1.172 e segs.

(89) Staudinger-Kober, Kommentar, III, § 1.172, pág. 884.

(90) Soergel-Baur, Kommentar, v. 4, § 1.172, pág. 705.

### III. Os Pactos de Reserva Prelática

16. Sempre foram admitidos, em nosso direito, os pactos de reserva prelatícia, ou de reserva de prioridade de ônus (91), por se localizar a faculdade na ampla faixa de autonomia da vontade. A dificuldade está, porém, em fixar seus efeitos, se reais, ou meramente obrigacionais.

Toda a sistemática do registro, nesse particular, atende a dois princípios fundamentais, o da prioridade e o da continuidade. Convém, desde logo, frisar que a adoção da reserva de prioridade de ônus tem valor econômico relevante e atende às necessidades do crédito imobiliário visto que algumas instituições financeiras somente operam com gravames de primeiro grau. A "posição" dos gravames entre si quem a dá é o número de ordem e daí decorre normalmente a prioridade dos direitos reais em relação a outros inscritos posteriormente. Em algumas legislações, não se atribuiu ao proprietário a faculdade de reservar para outrem, mediante negócio jurídico com o credor, a preferência. Mas, em outras, a precedência entre os direitos reais depende em princípio da "posição" no registro imobiliário, embora seja possível, por meio de negócio jurídico dispositivo, conferir-se prioridade a direitos reais a serem inscritos posteriormente. No caso, a "posição" em que se encontra o credor hipotecário no registro não significa que ele tenha preferência, pois se destacou da anterioridade do número de ordem o efeito que lhe é normal, para atribuí-lo a outrem.

No DL. 1.000, reitera-se, no art. 193, a regra constante no art. 206 do anterior "Regulamento dos Registros Públicos", segundo a qual "apresentado o título da segunda hipoteca com referência à existência de anterior, o oficial, depois de prenotá-lo, esperará trinta dias que o interessado na outra promova o registro, com a devida preferência". Se tal não ocorrer, acrescenta o DL. 1.000, isto é, "esgotado esse prazo, que correrá da data da apresentação, sem que apareça o primeiro título, o segundo será registrado e obterá preferência sobre aquele." Discute-se se o princípio é dispositivo e Pontes de Miranda o considera modificável pelas partes (92). O art. 245 do DL. 1.000 consagra axioma igual ao art. 262 do anterior Regulamento dos Registros Públicos, no qual se afirma que "a prioridade das hipotecas de

(91) Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 18, págs. 38 e segs.; Carvalho dos Santos, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. 25, vb. Hipoteca, pág. 20 e segs.

(92) Tratado de Direito Privado, v. 18, pág. 38.

qualquer natureza será regulada exclusivamente pelo número de ordem do protocolo, ressalvadas as hipóteses dos arts. 193 e 195". A fixação da natureza e da eficácia dos pactos de reserva prelatícia depende de ser ou não constitutivo o registro. Se ele possuir o predicamento da constitutividade, nenhum óbice haverá quanto à utilização dos aludidos pactos, salvo se existir proibição.

Se for vedado outorgar-se prioridade diversa do número de ordem, o pacto de reserva prelatícia terá somente eficácia obrigacional, impedindo, nesse plano, que o credor inscreva o ônus, mas nenhuma influência terá na dimensão dos direitos reais, de tal modo que se o credor entender de não cumprir sua obrigação, poderá ser constrangido a indenizar os prejuízos daí decorrentes, embora isso não se reflita quanto à prioridade por ele adquirida no momento em que requereu o registro. Nos códigos em que a hipoteca existe "inter partes", antes de ser inscrita, tem-se que o pacto de reserva-prioridade não depende do registro para sua existência ou eficácia, que é de direito real, mas "inter partes", tornando-se "erga omnes", realizada aquela providência.

O art. 245 do DL. 1.000 fixa o princípio da imodificabilidade convencional dos graus de prioridade no registro, abrindo, apenas, no que aqui interessa, uma exceção, ou seja, a do art. 193, correspondente ao art. 206 do anterior Regulamento dos Registros Públicos.

A espécie prevista no art. 193 constitui-se em germe imperfeito dos pactos de reserva prelatícia dotados de eficácia real. Pré-notada hipoteca em que se alude à existência de outra, o oficial esperará por trinta dias, findos os quais será feita a inscrição. Os negócios jurídicos de reserva de grau atendem à necessidade de nossos dias de que o imóvel seja fator de crédito, cuja obtenção dura sempre período bem maior do que o previsto no art. 193 do DL. 1.000.

O Código Civil português não normou a figura, mas permitiu a cessão do grau hipotecário dos credores entre si (93). O direito germânico, além de regrar essa hipótese (94), disciplinou os negócios jurídicos de reserva de grau (95), que são de direito das coisas. No sistema do BGB, o proprietário, por meio de um negócio jurídico dispositivo com o credor, pode reservar-se o direito de inscrever com anterioridade de eficácia outra hipoteca, conforme as condições estabelecidas entre ambos. Siste-

(93) Cód. Civil, art. 729.

(94) BGB, § 880.

(95) BGB, § 881.

ma diverso seria o de registrar a hipoteca, objeto da reserva, com exclusão do eventual e futuro credor, para posterior complementação. Esta foi a solução do direito bávaro anterior portanto ao BGB (96).

Poder-se-ia, por fim, aperfeiçoar a disposição constante no art. 193 do DL. 1.000 permitindo-se, no caso de existir um pacto de reserva prelatícia, que se faça a pré-notação da hipoteca e do aludido pacto, o qual há de conter as condições gerais de gravame a ser posteriormente inscrito. A inscrição da hipoteca ficaria pendente durante o período estabelecido, mas se tornaria imediatamente eficaz se o imóvel fosse alienado, ou se se pretendesse registrar outra hipoteca sem as condições expressamente determinadas no pacto de reserva prelatícia. Essa solução aproximaria o tratamento do pacto de reserva de grau ao do das hipotecas diferidas, existentes em alguns sistemas modernos, as quais têm a característica de que a inscrição somente se opera quando o proprietário tentar registrar ou inscrever algum negócio jurídico capaz de prejudicar direitos do futuro credor hipotecário. Na hipoteca diferida não se faz desde logo a inscrição, mas os títulos necessários para isso estão em poder do oficial do registro, aguardando apenas a ordem, ou a ocorrência de algum fato que possa prejudicar os interesses do credor, tornando ineficaz a hipoteca a ser inscrita ou lhe dando categoria inferior à da data da entrega dos documentos. Com essa disposição, poder-se-ia impedir que a pré-notação tivesse eficácia apenas pelo período de trinta dias, o que é totalmente sem sentido em face das necessidades de obtenção de crédito imobiliário, as quais exigem espaço de tempo muito superior. À sua vez, constitui problema de não fácil solução o da extinção dos direitos reais pelo transcurso de tempo. Nas legislações que dão à constitutividade do registro um caráter absoluto, a inscrição de algum ônus ou gravame, de modo igual ao que sucede com a transcrição das alienações, não perde a sua eficácia apenas porque fluiu certo período de tempo. Esse princípio liga-se com o axioma de que as retificações do registro, quaisquer que sejam elas, dependem de provocação do interessado, não realizando o oficial nenhuma modificação "ex-officio". Afirma-se, em consequência, que a regra da extinção dos efeitos do registro pelo simples decurso de um prazo seja peculiar aos códigos que adotaram o princípio de que o registro tem efeitos meramente declaratórios, preponderando sobre a realidade que ali se contém as vicissitudes pelas quais pode passar o negócio jurídico que lhe deu causa. Por

(96) Staudinger-Kober, Kommentar, III, § 881, pág. 133.

esse motivo, no direito germânico, em que se deu ampla eficácia à constitutividade do registro, a reserva de grau de inscrição não está submetida a nenhum prazo e adere de tal modo ao direito do proprietário sobre o imóvel, que o acompanha nas alienações.

O pacto de reserva prelatícia não é objeto apenas de pré-notação, mas ele deve ser inscrito juntamente com o gravame. Não se altera o "número de ordem" ("Post") da inscrição do ônus, apenas a hipoteca inscrita posteriormente prefere à anterior, por força do pacto de reserva de grau. (97)

A particularidade de nosso direito em face do BGB está em que entre nós se restringiu a possibilidade de alterar, por negócio jurídico, os graus de prioridade do registro, adotando, entretanto, quanto ao mais, um sistema móvel, já que, segundo a jurisprudência, no caso de vários credores hipotecários, o pagamento a um deles, ao credor da primeira hipoteca por exemplo, melhora a situação dos demais, porque o devedor não adquire em seu favor a hipoteca e as demais decrescem de grau.

No sistema do BGB, as hipotecas não modificariam nossa última hipótese a sua posição, pois o proprietário que prestou e solveu o débito adquiriria o gravame em seu favor (98), mantendo o seu grau. A vantagem para o proprietário é relevante, uma vez que ele poderá ceder o ônus real a outrem, com o grau em que estava inscrita.

O direito brasileiro adotou uma posição intermediária e não satisfatória, pois segundo o art. 193, "in fine", do DL. 1.000, não apresentado acordo de constituição de hipoteca no prazo de trinta dias, o oficial inscreverá a que lhe foi entregue como primeira hipoteca, perdendo o credor da outra a preferência. Cuida-se, aqui, apenas da perda de preferência de direito real, porque se o credor da segunda hipoteca se houvesse obrigado a não levá-la a registro antes que o da primeira o fizesse e se o prazo convencionado para isso fosse superior a trinta dias, o fato de o credor da segunda haver levado o título ao albo imobiliário seria, desde logo, infringência aos efeitos obrigacionais do pacto de reserva prelatícia, devendo, se disso resultou algum prejuízo, indenizar.

Em nosso Código Civil, no art. 817 (99), determinou-se que perfazendo 20 anos só poderá subsistir a hipoteca reconstituindo-se por novo título e nova inscrição e, neste caso, lhe será man-

(97) Eichler, Institutionen, II, 2, pág. 362.

(98) § 1.163 do BGB.

(99) Com a redação dada pela Lei n.º 2.437, de 7 de março de 1955.



tida a preferência, que então lhe competir. Esta hipótese era a única em nosso direito, em que a extinção de uma hipoteca não alterava a ordem de precedência, quando se renovava o título e o próprio registro. Todavia, em face do art. 245 do DL. 1.000, que resolveu apenas dois casos em que a aludida precedência não se regularia pelo número de ordem (arts. 193 e 195) e não constando entre elas a preferência do art. 817 do Código Civil, em sua parte final, tem-se que a mesma foi derogada pelo aludido Decreto-Lei.

Por fim, a legislação sobre registros públicos não adotou, senão em escassa medida, a modificação convencional dos graus de prioridade por meio de pactos de reserva prelatícia, como também não normou a cessão dos graus hipotecários entre os credores. O pagamento do crédito hipotecário faz com que o gravame se extinga, sem que se transforme em hipoteca em favor do proprietário, o que seria uma solução prática e de grande alcance econômico.

17. O direito de remição, no direito brasileiro, cabe ao credor da segunda hipoteca, ao próprio devedor (100) e ao adquirente (101).

A particularidade de nosso direito, do italiano e do português, para somente enumerar alguns sistemas jurídicos, está em que o adquirente do imóvel gravado tem o direito de remi-lo antes do vencimento do crédito hipotecário (102). Na "common law" inglesa, denomina-se de remição também ao dever que tem o obrigado de adimplir a dívida, mas isso atende à peculiaridade de que nesse sistema o credor pode tornar-se proprietário através de declaração judicial de preclusão do direito de remir e também à concepção vigorante até o advento da "Law Property Act", em 1925, de que na hipoteca se transferia desde logo a propriedade ao credor, embora sob condição resolutiva, ficando, em princípio, o devedor hipotecário com a posse imediata.

No direito germânico (103), deu-se o direito de remição "Ablösungsrecht" ao proprietário do bem gravado que seja também devedor e a qualquer terceiro que possa perder, por meio da execução hipotecária, um direito no imóvel, incluindo-se, en-

(100) Cód. Civil, art. 814.

(101) Cód. Civil, art. 815.

(102) Cód. Civil, art. 815, § 1.º.

(103) BGB, §§ 1.142 e segs.

(104) BGB, §§ 268 e 1.150.

(105) H. Westermann, Sachenrecht, § 103, pág. 499 e segs.

tre eles, o possuidor que sofrer o risco de se ver privado da posse (104).

Merece crítica considerar-se exercício de direito de remir o adimplemento do devedor que seja ao mesmo tempo proprietário do imóvel onerado, pois nenhum direito existe para ser exercido, já que se trata precisamente do contrário, isto é, de cumprir um dever. Não haveria sentido usar a expressão o direito de remir, ou remição, para essas hipóteses (105).

Em algumas legislações, o direito de remição, ou de expurgação de ônus, como lhe denomina o Código Civil português (106), é somente aplicável aos adquirentes de imóveis gravados, não se considerando os demais casos, como o do credor hipotecário, espécies do direito de remir.

O conceito do direito de remir dependerá dos efeitos que o ordenamento jurídico atribuir ao seu exercício. Nos códigos que dispuseram que a remição somente terá lugar quando um terceiro adquirir o domínio de um imóvel gravado, a remição terá o sentido de liberação, de extinção ou expurgação de um gravame. Em outros sistemas, e isso se deduz pelo § 268 do BGB, a remição se constitui em "direito à proteção de outros direitos" e o seu exercício supõe o vencimento da dívida hipotecária. Nosso Código Civil tem a remição no sentido dos códigos romanísticos, isto é, independentemente do vencimento da dívida quando o terceiro adquire imóvel gravado, propondo para a liberação pelo menos o preço pelo qual obteve o bem (107), e também no do BGB.

Se o ordenamento admitir hipotecas em favor do proprietário, o exercício do direito de remir não gera imediatamente a liberação e apenas transfere a quem prestou a titulariedade da garantia real. Mas, se do exercício do direito resultar a consumpção da garantia, a remição terá o significado de liberação.

No direito brasileiro, cabe ao devedor, ao titular da segunda hipoteca e ao terceiro adquirente, o aludido direito. Nas duas primeiras hipóteses, é necessário que a dívida esteja vencida e, na última, tem-se que o nascimento do direito de remir opera-se pelo simples fato da aquisição por terceiro de bem gravado.

A razão pela qual o ordenamento dá ao credor da segunda hipoteca o direito de remi-la outra não é senão a de impedir que o credor da segunda venha a sofrer o risco resultante de uma possível execução e o adimplemento que este realizar re-

(106) Cód. Civil port., art. 721; Cód. Civil ital., arts. 2.889 e segs.

(107) Cód. Civil, art. 815.

(108) Cód. Civil, art. 814, § 2.º; art. 985, inc. I.

percutirá no mundo jurídico como sub-rogação (108) nos direitos do credor cujo débito foi solvido. Todavia, não parece acertado conferir esse direito apenas ao credor da segunda hipoteca, como se dispôs no direito brasileiro, pois a situação deste é análoga a de todos os demais que podem perder um direito sobre o imóvel, por força de uma execução hipotecária.

O direito de remir, no particular, liga-se com a teoria do pagamento ou adimplemento. Se todos e qualquer um pudessem prestar independentemente da vontade do devedor nenhum sentido haveria em falar-se em direito de remir, pois o pagamento teria sempre a virtude de liberar o ônus, embora pudesse não gerar a sub-rogação nos direitos do credor. No direito germânico, se o devedor objetar ou contraditar a oferta da prestação por terceiro, terá o credor a faculdade de recusá-la (109). Todavia, se se tratar de exercício de direito de remição, o seu titular poderá prestar ainda que o devedor tenha objetado e que o credor se tenha recusado a aceitar o adimplemento. Distinguem-se, aí, nitidamente direito e faculdade; e a remição é exercício de direito.

#### IV. O Direito de Remição

No direito brasileiro, não se vinculou o direito de remir com a teoria de pagamento e dispôs-se apenas a respeito de uma hipótese de remição, a do credor da segunda hipoteca, não se facultando aos demais detentores de um direito sobre o imóvel o exercício do aludido direito.

Nosso Código submete a outros requisitos o direito de remir de terceiro, adquirente de imóvel gravado, já que este direito nasce independentemente do vencimento da dívida e a remição pode ser feita pelo valor da alienação.

No BGB, adotou-se uma norma igual para todas as hipóteses em que o imóvel gravado não pertence ao devedor hipotecário e pouco importará se foi um terceiro quem deu a garantia real, ou se alguém posteriormente adquiriu a propriedade gravada, pois o tratamento jurídico é o mesmo.

Conforme disposto no § 1.172, o proprietário está legitimado a satisfazer o credor quando o crédito se venceu, ou quando o devedor pessoal tenha o direito a efetivar a prestação.

Tanto a "common law" quanto o direito germânico desconhecem o benefício de poder utilizar o adquirente do imóvel gravado o direito de remição antes ainda do vencimento da dí-

(109) BGB, § 267, alínea 2.<sup>a</sup>.

vida, pois este direito somente pode ser exercido como está expresso com mais generalidade no BGB, desde que possa haver a execução hipotecária (110), uma vez que existem causas de dissolução de contrato por descumprimento de obrigações.

Cuida-se, então, de saber da compatibilidade do direito de remição com a circulação das hipotecas por meio de cédulas. O direito dos adquirentes dos imóveis gravados de liberarem-se de ônus sem que a dívida esteja vencida dificulta a circulação hipotecária, pois submete o credor ao dever, se não concordar com a oferta do valor da remição, que é pelo menos o da aquisição, de ter de submeter-se a um processo de licitação (111). Apesar de ser a remição o exercício de um direito, o Código Civil, paradoxalmente, onera o devedor de tal modo se não notificar o credor dentro em trinta dias a contar da data da aquisição para esse efeito (112), que ele tem de iniciar o processo de liberação do imóvel. Como este pode ser liberado propondo-se o preço pelo qual foi obtido, tudo isso pode resultar em grave prejuízo para o credor e para as demais transações que tenham por base a cédula hipotecária. Não seria, em consequência, aconselhável permitir o exercício do direito de remição antes do vencimento da dívida, ou sem que o imóvel estivesse sofrendo o risco de vir a ser executado, pelo menos nas hipotecas cedulares.

Se quem adquiriu prestar ao credor, operar-se-á em seu benefício, e de pleno direito, a sub-rogação (113). Se quem tornar-se proprietário do prédio, em razão da licitação, for o credor hipotecário, o devedor e alienante será responsável por evicção (114), em face daquele que perdeu o domínio.

No direito italiano (115), deu-se a faculdade ao adquirente do imóvel hipotecado, no momento em que o compra, de reter a prestação do preço para ofertá-la ao credor. Com esse procedimento, evita-se que haja uma nova prestação do adquirente, com a qual ele se sub-rogaria nos direitos do credor em face do devedor e tenha depois de cobrar deste o que pagou.

É costume, entre nós, que na alienação haja também uma "assunção interna de adimplemento", pela qual o novo proprietário, como parte do preço, promete ao vendedor quitar a hipoteca. Nessa hipótese, não se pode falar em pagamento que gere

(110) BGB, § 268.

(111) Cód. Civil, art. 815, § 1.º e 2.º; art. 816.

(112) Cód. Civil, art. 815, § 1.º; art. 816, § 2.º, inc. I a III.

(113) Cód. Civil, art. 985, inc. II.

(114) Cód. Civil, art. 816, § 4.º; art. 1.108.

(115) Cód. Civil ital., art. 1.482; art. 2.897.

sub-rogação, pois parte ou a totalidade do preço tem de ser pago ao credor hipotecário. Cuida-se de estipulação em favor de terceiro "solvendi causa", normalmente em sentido impróprio, uma vez que a "assunção interna de adimplemento" é negócio jurídico somente entre devedor e terceiro e não gera direitos ao eventual beneficiário, no caso, ao credor hipotecário.

A posição jurídica do adquirente de um imóvel hipotecado é a mesma de quem não é devedor e deu em garantia de um débito um imóvel de sua propriedade. A identidade entre ambos os casos está em que eles não devam, apenas respondam. Tudo isso está a exigir um tratamento igual.

#### V. Os Representantes para fins de Execução Extrajudicial

18. Determinou-se no art. 29 do DL. 70 que "as hipotecas a que se referem os arts. 9 e 10 e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (arts. 298 a 301) ou deste Decreto-lei (arts. 31 a 38)."

A execução das cédulas hipotecárias (116) pode ser realizada através de "agentes fiduciários", sendo um deles, para as hipotecas compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação, o Banco Nacional de Habitação (BNH) e, nos demais casos, as instituições financeiras, inclusive as sociedades de crédito imobiliário (117). Os agentes fiduciários, nas hipotecas não compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação, deverão ser escolhidos de comum acordo entre credor e devedor, no contrato originário ou em aditamento ao mesmo, salvo se estiverem agindo em nome do BNH, como delegados para esse efeito (118), ou nas hipóteses em que não havendo acordo sobre quem deverá ser agente fiduciário seja o mesmo designado pelo juiz competente (119). No processo de execução de cédulas hipotecárias por meio de agentes fiduciários, ou de representantes, adotou-se o modelo da execução forçada, pois, embora ela se realize extrajudicialmente, ela se efetiva através de leilões públicos, guardando semelhança com o que ocorre nas execuções judiciais (120). Em sua essência, esse tipo de execução extrajudicial é análogo ao das

(116) DL. 70, arts. 9 e 10.

(117) DL. 70, art. 30, I e II. O termo agente fiduciário provém da "common law" ("trustee") e seria melhor designá-lo simplesmente como "fiduciário", ou como representante.

(118) DL. 70, art. 30, § único.

(119) DL. 70, arts. 41 e 30, § 2.º.

(120) DL. 70, arts. 32 a 34.

"mortgages" do direito americano em que o credor (121), ou um terceiro, inclusive órgãos públicos, desde que assim se tenha convencionado, têm legitimação para realizar a extração do valor do imóvel, como fiduciários do credor e do devedor, sendo autorizados a receber quantias e a realizar pagamentos, tal como se previu no DL. 70 (122).

No sistema do DL. 70, o representante de ambos os figurantes da relação de crédito hipotecário é fiduciário não só do "power of sale", como também dos "proceeds of sale", devendo, para isso, realizar leilões públicos, o que não sucede, em princípio, no direito inglês.

No DL. 70, previra-se dois tipos de agentes fiduciários em seu art. 30, sendo o do inciso I, o BNH, de natureza diversa dos demais. É da competência do BNH, nas hipotecas compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação, a qualidade de agente fiduciário, por força de lei, se optar pela execução extrajudicial (123) independentemente, portanto, de acordo entre os figurantes da relação jurídica (124).

Essa competência é de direito público e pode ser delegada às instituições financeiras (125) pelo Conselho de Administração do BNH, o qual lhes fixará a forma de atuação.

Nos demais casos, o agente fiduciário depende da concordância do credor e devedor, ou ainda de indicação judicial, se não houver acordo. Sua posição é, entretanto, mais restrita do que a do "Grundbuchvertreter", pois o representante inscrito no albo imobiliário não é figura que surja apenas na execução da hipoteca, mas um representante com características de fiduciário que pode acompanhar todo o desenvolvimento da relação obrigacional e hipotecária, restrito, é verdade, aos gravames em segurança de títulos ao portador, letras de câmbio ou outros títulos endossáveis.

A posição jurídica do agente fiduciário, escolhido por ambos os figurantes, é peculiar: não se vincula ao proprietário ou ao credor, por uma relação de mandato. Ele representa a ambos por direito autônomo tal como sucede com o representante ins-

(121) No DL. 70, salvo quando se cuidar do BNH como "agente fiduciário" por natureza, este deverá ser sempre um terceiro que não mantenha vínculos com credores ou devedores (art. 30, § 3.º).

(122) DL. 70, art. 35.

(123) DL. 70, arts. 29 e 30, inc. I.

(124) DL. 70, art. 30, § 2.º.

(125) DL. 70, art. 30, § 1.º.

crito no albo imobiliário, no direito germânico (126), embora lá não se admita a execução extrajudicial da hipoteca. É o que se deduz também do art. 35 do DL. 70, em que se afirma ser o aludido agente "autorizado independentemente de mandato do credor ou devedor, a receber quantias que resultarem da purgação do débito ou do primeiro ou segundo público leilões, que deverá entregar ao credor ou ao devedor conforme o caso, deduzidas de sua própria remuneração".

O agente fiduciário tem, entretanto, poderes menos amplos, posto que vinculados somente à execução hipotecária extrajudicial. O próprio BNH reconheceu essa insuficiência tanto que por Resolução de Diretoria (127) criou a figura dos "cobradores", aos quais compete o recebimento do crédito incorporado nas cédulas hipotecárias.

No direito germânico, todas essas funções, de cobrança, de fiscalização, de denúncia do contrato hipotecário e de execução, podem ser atribuídas ao representante. Para constituir o representante inscrito no registro imobiliário, é necessário, segundo o BGB, também acordo entre o proprietário e o credor se o título for a ordem; se se tratar de título ao portador, basta a declaração de vontade de quem tem o domínio, exigindo-se em ambos os casos a inscrição no registro de imóveis (128).

A instituição do representante inscrito no albo imobiliário, que pode ser pessoa física ou jurídica, tem por finalidade tornar ao devedor mais fácil a prestação, principalmente quando se cuida de títulos amortizáveis e evitar que este não saiba, em face da circulação do título, quem deverá receber a prestação.

No DL. 70 (129), facultou-se às partes, em qualquer momento, em aditamento ao contrato hipotecário, substituir o agente fiduciário. A substituição convencional do agente supõe apenas acordo entre credor e proprietário e refere-se, obviamente, àqueles casos em que a indicação do representante é convencional. De modo igual, pode ocorrer, no direito germânico, mediante acordo entre proprietários e credores, a destituição do representante, devendo, entretanto, esse acordo, para produzir efeitos, ser levado a registro.

O direito brasileiro demonstra assim uma aproximação progressiva à figura do representante, com poderes mais extensos

(126) Staudinger-Kober, Kommentar, III, § 1.189, VI, pág. 949.

(127) RD, 16/67, de 24.5.1967, publicada no Diário Oficial da União de 7.6.1967.

(128) BGB, § 1.188.

(129) DL. 70, art. 30, § 4.º.

do que o de simples "agente fiduciário". Seria de toda conveniência dar maior dimensão a essa figura atribuindo-lhe um sistema de regras claramente definido. Um bom modelo para isso poderia ser o representante inscrito no registro de imóveis, abrangendo não só as hipotecas em garantia do DL. 70, mas também as hipotecas de tráfico, previstas nos DLs. 167 e 413, facilitando os recebimentos das quantias para amortização ou quitação, regularizando a todo o momento o registro em razão da circulação, como também conferindo-lhe a representação para execução judicial ou extrajudicial até final extração do valor do bem onerado.

## VI. Hipoteca e Anticrese

19. No direito inglês, a "mortgage" contém, como uma virtualidade de execução do débito, a transferência da posse imediata ao credor para que este possa fruir as utilidades do bem e compensar os juros ou o capital. No direito brasileiro, há uma certa tendência para a extinção da anticrese. Uma das razões de não ser aplicável entre nós a anticrese está em que o seu regramento, ao contrário do usufruto, não permite que essa garantia recaia sobre universalidades. Por sua vez, impunha-se que o Código Civil houvesse exarado certas regras sobre a administração, prestação de contas e até mesmo, como sucede no direito inglês, sobre a possibilidade de ser fixado judicialmente o preço do arrendamento que compensasse a utilização do imóvel. Deixar ao arbótrio do credor essa providência, torna extremamente desinteressante o instituto. O Projeto Orlando Gomes não consagrou a anticrese entre os direitos reais da garantia, seguindo, aliás, o exemplo do Código Civil português. Os direitos do usufrutuário, no Projeto Orlando Gomes, podem ser cedidos a terceiros, resolutivamente, tendo o nu-proprietário direito de preferência na aquisição (130) de modo que esses direitos podem ser objeto de hipoteca (131).

Todavia, não parece acertado extinguir a anticrese, quando em outros países ela tem sido aplicada até mesmo no direito de

(130) Art. 533 e § único. No Projeto Orlando Gomes consagra-se princípio diverso do Código Civil (art. 717), pois nestes o usufrutuário somente poderá transferir o seu direito ao Proprietário da coisa. O Projeto adotou o mesmo princípio que o do art. 1.444, alínea 1.ª, do Código Civil português.

(131) Projeto Orlando Gomes, arts. 644 e 647; Cód. Civil port., art. 699, alíneas 1 a 3.

empresas, com excelentes resultados. O BGB não contemplou a anticrese no catálogo dos direitos reais de garantia sobre imóveis, mas a praxe criou o denominado "usufruto em garantia", por meio do qual se pode atribuir ao credor hipotecário o usufruto sobre o bem gravado, para desse modo imediatamente (e não após o "sequestro") poder fruir os frutos do imóvel (por exemplo, os aluguéis) (132). Os frutos destinam-se a abater a dívida garantida por hipoteca. Com a combinação dessas duas figuras, hipoteca e usufruto, chegou-se à permissão fática da anticrese sobre bens imóveis que o BGB não consagrara, pois o "penhor de fruição" somente pode recair sobre bens móveis. Nosso Código Civil define a anticrese (133) como direito de real garantia através do qual o devedor, ou um terceiro, entrega ao credor um imóvel, cedendo-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos. Essa definição corresponde à da "vifgage", e a do § 1.º do art. 805, à da "mortgage" medieval, já que é lícito estipular também que os frutos e rendimentos do imóvel, na sua totalidade, sejam percebidos pelo credor somente à conta de juros. Em nosso direito, permite-se que o imóvel hipotecado possa ser dado em anticrese pelo devedor ao credor hipotecário, assim como o imóvel sujeito à anticrese possa ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético (134).

Critica-se a anticrese por não ser utilizada em nossos dias. A verdade é que a anticrese, no Código Civil, restringiu-se aos frutos e rendimentos produzidos por imóveis, o que não satisfaz numa época predominantemente industrial, na qual a empresa tende a ser o centro da economia. Assim, impunha-se que objeto de anticrese pudessem ser também empresas, ou seja, universalidades, tal como sucede com o usufruto.

(\*) Trabalho realizado para a reforma do sistema hipotecário brasileiro, e apresentado na Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil.

---

(132) Baur, Sachenrecht, § 32, I, b, pág. 260.

(133) Art. 805.

(134) Cód. Civil, art. 805, § 2.º.