

9

A HIPOTECA JUDICIÁRIA

Thiago Colnago Cabral¹

Resumo

O instituto da hipoteca judiciária está arrolado na legislação processual civil brasileira com o escopo de emprestar garantia à satisfação de crédito decorrente de sentença judicial transitada em julgado. Em paralelo à referida garantia, a realidade demonstra elevado número de situações em que, todavia, o adimplemento de obrigação na fase de cumprimento de sentença esbarra em inúmeros entraves decorrentes da dilapidação patrimonial ou da carência de recursos por parte do devedor. Contrariamente ao que se poderia imaginar, conquanto aumente substancialmente a utilização de outros instrumentos tendentes à satisfação de créditos, tais como a tutela de urgência e a constrição eletrônica de valores, a hipoteca judiciária é relegada ao desuso na prática forense. O propósito do presente estudo remonta, então, ao referido instituto e, ainda, à identificação de seu pequeno uso.

Palavras-chave: Processo Civil. Hipoteca judiciária. Instrumento à garantia de crédito. Desuso.

Abstract

The judicial mortgage is available in civil procedural to give insurance about the satisfaction of credit from a court judgment. Reality

¹ Juiz de Direito em Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

shows large number of situations in which the performance of the obligation is hampered by squandering assets or the lack of resources of the debtor. Never the less, even with the increased use of satisfaction instruments of credits, such as the protection of urgency and constriction electron values, judicial mortgage is little used. The objective of the study is the judicial mortgage and al so to identify the causes of theirs mall use.

Keywords: Civil Procedure. Judicial mortgage. Creditassurance. Disuse.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. A hipoteca enquanto direito real de garantia. 3. A hipoteca judiciária. 4. Operacionalização da hipoteca judiciária. 5. As restrições legais à hipoteca e a hipoteca judiciária. 6. Questões atinentes à preferência na hipoteca judiciária. 7. Circunstâncias atinentes ao pequeno uso do instituto. 8. Conclusões. 9. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Processo Civil moderno coloca-se, sempre, entre 2 valores essenciais e, *a priori*, opostos: a celeridade, enquanto força motriz à apreciação em prazo razoável dos litígios com consequente outorga da tutela jurisdicional, e o contraditório, imprescindível à contraposição de argumentos e provas e, por essência, causa do prolongamento das relações processuais no tempo.

Tal demanda assume, no Brasil, aspecto ainda mais relevante quando se infere que a celeridade processual, outrora reclamo social, foi erigida à condição de direito fundamental pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

É certo, deve ser dito, que estudos mais recentes indicam que, na verdade, o prolongamento indevido dos processos judiciais, infeliz pecha atribuída ao Judiciário brasileiro, decorrem, muito mais, dos tempos de paralisação do trâmite, em que se aguarda o cumprimento de determinada providência, do que do contraditório propriamente dito.

Nesse contexto, são variadas as técnicas utilizadas pelo legislador com o intuito de dotar o ordenamento de instrumentos que, respeitando o contraditório, se prestem a assegurar maior celeridade ao trâmite do processo, objetivando assegurar a efetiva satisfação do

litígio, tais quais a especialização de ritos (v.g. possessórias de força nova, busca e apreensão do Decreto-lei n. 911, de 1969); a adoção geral das medidas antecipatórias, outrora restrita a determinadas espécies procedimentais e, mais recentemente no país, a junção das fases cognitiva e executória, por meio da figura do cumprimento de sentença.

Destarte, no mais das vezes, as medidas de implementação da celeridade tem por escopo assegurar a determinado litigante efeitos próprios da tutela final, a qual, entretanto, para advir, demanda rigoroso atendimento às formalidades próprias do contraditório.

É justamente neste particular que assume maior relevo a medida disposta no art. 466 do Código de Processo Civil, consistente na hipoteca judiciária, a qual autoriza, àquele a quem seja judicialmente reconhecida a condição de credor de determinada prestação, em dinheiro ou coisa, o uso de direito real de garantia ao adimplemento da obrigação em questão.

Este é o objeto do presente estudo: debruçar-se quanto à hipoteca judiciária, em todas as suas minúcias, relendo-as sob o enfoque do Direito Processual Civil contemporâneo, aquilatando o motivo do pequeno uso da medida na prática forense.

2. A HIPOTECA ENQUANTO DIREITO REAL DE GARANTIA

Tratando, por definição, a hipoteca judiciária de espécie do gênero hipoteca, imprescindível à adequada compreensão do instituto seja feita prévio exame do instituto geral, de maneira a permitir a adequada colocação da questão.

A hipoteca, essencialmente, representa direito real de garantia, conquanto o Código Civil de 2002 não tenha reeditado o uso da referida nomeação típica do Código Civil de 1916, tal qual vigia em sua origem romana.

Os direitos reais de garantia foram concebidos, com o propósito de vincular determinado bem à garantia de obrigação assumida pelo devedor, na Roma Antiga, em construção decorrente da edição da *Lex Poetilia Papiria*, marco evolutivo do direito obrigacional que pôs fim

à possibilidade de que a execução de obrigação inadimplida recaísse sobre a pessoa do devedor.

O escopo da referida construção consistiu, então, na previsão de maior garantia ao credor pela vinculação de determinado bem à obrigação, o qual se prestaria à satisfação cogente do crédito na hipótese de inadimplemento.

Não bastasse isso, a prerrogativa de sequela, inerente à natureza real de determinado direito, assegura o credor dotado de garantia real inclusive quanto aos riscos de alienação fraudulenta e minora, substancialmente, a possibilidade de perda, notadamente na hipótese de recair sobre imóvel.

Interessante anotar que a doutrina vem, habitualmente, reconhecendo nos direitos reais de garantia, à margem de sua condição de direitos reais, que lhes confere oponibilidade *erga omnes*, os caracteres da acessoriedade, da indivisibilidade e da solenidade.

A previsão do art. 1.473 do Código Civil descreve, em *numerus-clausus*, quais os bens que podem ser passíveis de hipoteca, destacando-se a referência a que a mencionada constrição possa recair relativamente a bens móveis que sejam acessórios de bens imóveis, configurando, pois, acesso física ou intelectual.

Por sua natureza e pelo regime específico de execução contra a Fazenda Pública, estabelecido no art. 100 da Constituição Federal, os bens públicos de uso comum e de uso especial não podem ser objeto da constrição, conquanto os bens dominicais possam, em virtude de poderem ter sua alienação autorizada em lei (arts. 100 do Código Civil).

A hipoteca pode assumir, à margem de sua forma judiciária, ainda as modalidades convencional e legal, consoante sua origem seja negocial, enquanto fruto da livre manifestação de vontade das partes, ou decorra de expressa prescrição normativa.

Por sua natureza real e considerado o regime registrado adotado no ordenamento pátrio, a hipoteca somente se constitui validamente e ostenta o requisito da publicidade a partir de seu regular registro no cartório de lugar do bem constricto.

O registro em comento é de atribuição do Cartório de Registro de Imóveis, nos moldes do art. 167, inciso I, item 2, da Lei n. 6.015, de 1973.

Finalmente, é de se registrar que as hipotecas se extinguem pela extinção da obrigação principal, pelo perecimento da coisa, pela resolução da propriedade, pela renúncia do credor, pela remição e pela arrematação ou adjudicação (art. 1.499 do Código Civil).

3. A HIPOTECA JUDICIÁRIA

Inicialmente, deve ser averbado que o art. 466 do CPC adota clara metonímia ao, por duas vezes, invocar espécie para se referir a gênero, senão vejamos: é evidente que quando prescreve que a “*sentença*” imporá condenação ao “*réu*”, o preceito pretendia, na verdade, se referir, respectivamente, ao ato judicial de julgamento de mérito, que poderá ser sentença, acórdão ou até mesmo interlocutória atinente a parte incontroversa da pretensão, e à parte sucumbente, que não necessariamente corresponderá ao réu, ante a viabilidade de formulação de pedido contraposto ou de ajuizamento de reconvenção.

É nesse contexto que a doutrina amplamente majoritária identifica a hipoteca judiciária como efeito acessório ou secundário da sentença de mérito, desde que esta ostente carga condenatória atinente a obrigação de dar coisa ou de pagar quantia.

Neste toar de ideais, na condição de efeito secundário da sentença condenatória, a hipoteca judiciária se constitui em razão do próprio julgamento, e não de decisão judicial a este respeito, de forma que até mesmo pedido da parte interessada em fase antecedente ao julgamento é absolutamente desnecessário.

A mencionada classificação, adotada amplamente pela doutrina, distingue os efeitos principais ou primários, atinentes à tutela jurisdicional propriamente entregue aos demandantes e correspondente aos comandos condenatórios, constitutivos ou declaratórios expedidos, dos efeitos acessórios ou secundários, correspondentes às demais consequências outorgadas pela legislação ao ato judicial que põe termo ao processo, no que se inclui a hipoteca judicial.

Nesse contexto, na condição de efeito secundário da sentença, a hipoteca judiciária se constitui desde o ato de prolação da sentença condenatória e independentemente de pedido da parte interessada ou

mesmo de referência expressa no julgado, tendo em vista que é atribuído que a legislação empresta à sentença condenatória.

Conquanto possa soar lógica a assertiva, deve ser expressamente acentuado que a hipoteca judiciária não é alcançada pelo efeito suspensivo inerente ao recurso de apelação, pena de destituir de eficácia a prescrição normativa em comento, de modo que, mesmo no caso de interposição de recurso, é plenamente possível a inscrição de hipoteca judiciária.

Tal exegese, a propósito, é ratificada pela prescrição do art. 466, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil.

As premissas antes estabelecidas bastam a que se estabeleçam duas conclusões incontornáveis: a primeira, consistente na verificação de que o ato judicial que determina a inscrição de hipoteca judiciária detém a natureza de despacho de mero expediente, eis que não extingue o processo (art. 267 do CPC), não resolve o mérito do litígio (art. 269 do CPC) e é desprovido de carga decisória, de modo que não resolve questão incidente; e a segunda, a vedação do art. 463 do Código de Processo Civil não obsta que, após proferida a sentença, o juiz determine a inscrição da hipoteca judiciária, tendo em vista que tal ato é meramente executório da decisão, que em nenhum aspecto é alterada.

A primeira conclusão estabelecida assume viés importante tendo em vista que, ao indicar a natureza do ato judicial que determina a inscrição de hipoteca judiciária, aponta acerca de sua recorribilidade.

Com efeito, tratando-se de despacho ordinatório, sem carga decisória, o ato judicial que determina a inscrição de hipoteca judiciária é irrecorrível, consoante expressa dicção do art. 504 do Código de Processo Civil, cabendo à parte que se julgar lesada impetrar mandado de segurança na hipótese de reputar configurado abuso de direito ou ilegalidade.

Questão intrigante diz respeito à viabilidade de registro de hipoteca judiciária com lastro em sentença que imponha ao sucumbente obrigação de fazer, notadamente quando se infere que a dicção literal do art. 466 do Código de Processo Civil é expressa ao indicar a viabilidade da medida relativamente aos chamados preceitos cominatórios, isto é, que imponham ao sucumbente obrigação de fazer.

É que a tutela específica das obrigações de fazer, de não-fazer e de dar coisa prevê, expressamente, a viabilidade de, no interesse do credor ou na impossibilidade material de cumprimento da providência ou da abstenção, que a obrigação de fazer seja convertida em perdas e danos e, assim, em obrigação de pagar quantia (art. 461, §1º, do Código de Processo Civil).

Destarte, é de ser emprestada leitura ampliativa à dicção do art. 466 do Código de Processo Civil, em evidente exegese por analogia, de maneira a assegurar ao credor, vencedor em litígio cujo objeto consista em obrigação de fazer, de não fazer e de dar coisa, a possibilidade de promover hipoteca judiciária em desfavor do sucumbente.

Sobre o tema, a qualificada doutrina de Fredie Didier Júnior adverte:

Se, no entanto, as obrigações de fazer, não-fazer e de dar coisa vierem a ser convertidas em pecúnia, seja por requerimento do credor, seja por impossibilidade material de seu cumprimento na forma específica (art. 461, §1º, CPC), aí sim é que se poderá falar em hipoteca judiciária como efeito anexo da decisão que resolver o incidente de liquidação, que necessariamente vai ter de ser instaurado para apuração das perdas e danos. Em outras palavras, a decisão que impõe fazer, não-fazer ou dar coisa, a nosso ver, não gera a hipoteca judiciária. Entretanto, se a obrigação imposta for convertida em perdas e danos, a decisão que, encerrando incidente de liquidação, certificar o montante a ser pago (*quantum debeatur*) impõe obrigação de pagar quantia. (DIDIER JÚNIOR, 2007, p. 298)

Ainda com o propósito de melhor delinear a natureza jurídica do instituto da hipoteca judiciária, merecem exame acurado as prescrições do art. 466 do CPC, especificamente em seu parágrafo único.

A previsão de que o efeito secundário da hipoteca judiciária se configura tanto no caso de pendência da medida cautelar de arresto de bens do devedor quanto apesar da possibilidade de execução provisória da sentença, ratificam a conclusão da doutrina, ora encampada, no sentido de que a garantia judicial não detém natureza de medida de urgência, revelando-se, pois, consectário legal do julgamento condenatório.

Já a prescrição do art. 466, inciso I, do Código de Processo Civil, invoca, por arrastamento, inúmeros questionamentos ao dispor que a hipoteca judiciária será cabível ainda quando a condenação seja genérica.

Inicialmente, deve ser sublinhado que a expressa *condenação genérica* adotada pelo legislador há de ser lida sob os auspícios dos arts. 459 e 460 do Código de Processo Civil, os quais delimitam as hipóteses de cabimento de iliquidez da sentença e estabelecem a imprescindibilidade de que a mesma seja dotada de certeza.

Por conseguinte, impõe-se a conclusão de que a expressão em questão haverá de se considerar referida às sentenças ilíquidas e às sentenças condenatórias atinentes às obrigações de natureza alternativa, na hipótese em que a opção, além de caber ao credor, não fora feita.

A prescrição legislativa em apreço, acerca do tema, é peremptória: a iliquidez da sentença e a falta de individualização de seu objeto não obstam a hipoteca judiciária.

Finalmente, é de ser sublinhado que, enquanto medida assecuratória firmada no interesse do credor, a hipoteca judiciária não torna obrigatório que, em eventual cumprimento da sentença que imponha a obrigação garantida, os atos expropriatórios recaiam sobre o bem hipotecado.

3. OPERACIONALIZAÇÃO DA HIPOTECA JUDICIÁRIA

Fixada a premissa de que a hipoteca judiciária ostenta a natureza de direito real de garantia, eis que decorrente de efeito secundário de sentença condenatória impositiva de obrigação ao sucumbente, resta avaliar os procedimentos necessários à inscrição do mencionado direito real junto ao registro público competente.

Acerca da matéria, a doutrina de um modo geral, consoante se pode inferir das manifestações de Marçal Justen Filho, Egon Bockmann Moreira e Eduardo Talamini, indica a desnecessidade de qualquer procedimento específico para tanto, bastando a expedição de mandado judicial destinado a tal fim.

O Superior Tribunal de Justiça afastou as mencionadas conclusões da doutrina:

PROCESSO CIVIL. HIPOTECA JUDICIÁRIA. EXIGÊNCIA DO CONTRADITÓRIO.

Não obstante seja um efeito da sentença condenatória, a hipoteca judiciária não pode ser constituída unilateralmente; o devedor deve ser ouvido previamente a respeito do pedido. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, REsp 439.648/PR, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.11.2006, DJ 4.12.2006, p. 294)

No pormenor, deve ser acentuado que, de fato, não há como se possa admitir a inscrição de hipoteca judiciária sem que a questão seja, previamente, submetida à parte sucumbente, pena de malversação à cláusula constitucional do contraditório, inerente ao devido processo legal.

Estabelecida a referida premissa, deve ser constatado o acerto da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça sopesando tanto que há várias questões que podem ser aviadas pelo sucumbente em relação à inscrição da hipoteca judiciária, tais quais impenhorabilidade, excesso na constrição, etc., quanto que, existindo procedimento próprio reservado a situação análoga, relativo à especialização de hipoteca legal, absolutamente razoável e legítimo seja este o parâmetro a ser seguido para fins de inscrição da hipoteca judiciária.

Ainda no tocante à operacionalização da inscrição da hipoteca judiciária, é de se recordar que, consoante mencionado no exame do art. 466, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil, a iliquidez da sentença e a falta de individualização de seu objeto não são obstáculos à inscrição da garantia em comento.

O preceito em questão tem consequência intrigante ante a verificação de que, no mais das vezes, o cálculo dos emolumentos é elaborado justamente observando-se o parâmetro do valor do ato jurídico levado a registro ou a averbação.

Indicando solução à questão, Marçal Justen Filho, Egon Bockmann Moreira e Eduardo Talamini apontam a seguinte solução:

O próprio juiz (em princípio independentemente do auxílio de peritos), depois de realizado o contraditório, provisoriamente

te arbitraré um valor-base unicamente para fins da inscrição da hipoteca. Nessa ponderação concreta, o juiz levará em conta os princípios da razoabilidade, da finalidade e da proporcionalidade. Conquanto livre de parâmetros procedimentais mais rígidos, a atuação do juiz na resolução desse incidente é controlável pela via recursal. (JUSTEN FILHO, MOREIRA; TALAMINI, 1997, p. 87)

Também esse argumento ratifica o acerto da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito ao procedimento de inscrição de hipoteca judiciária, tendo em vista que indica objetivamente a necessidade de realização de profunda atividade cognitiva antecedente ao aperfeiçoamento da garantia, absolutamente incompatível com sua solução nos próprios autos do processo de conhecimento.

4. AS RESTRIÇÕES LEGAIS À HIPOTECA E A HIPOTECA JUDICIÁRIA

Os padrões de cabimento da medida assecuratória decorrente da sentença condenatória haverão de observar as limitações que a legislação civil impõe à sujeição da hipoteca.

Inicialmente, a indicação dos bens passíveis de hipoteca judiciária observa a delimitação própria da legislação civil, de maneira que, na forma do art. 1.473 do Código Civil, aqui já apreciado, são passíveis de hipoteca os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; o domínio útil; as estradas de ferro; os recursos naturais, independentemente do solo onde se achem; os navios; as aeronaves; o direito de uso especial para fins de moradia; o direito real de uso; e a propriedade superficiária.

É viável, inicialmente, que a hipoteca judiciária recaia sobre bens condominiais, mesmo que indivisos, observando-se, entretanto, a fração ideal do condômino devedor, consoante se apura da conjugação dos arts. 1.314 e 1.420, §2º, do Código Civil.

Também os bens de incapazes, por qualquer natureza, haverão de comportar a hipoteca judiciária, notadamente porque a restrição imposta pela legislação civil, no sentido de que a gravação seja feita no interesse do incapaz e com autorização judicial, é incompatível com a espécie judicial do direito real de garantia.

Noutro plano, enquanto medida que se destina à facilitação dos atos de expropriação inerentes ao cumprimento da sentença e, assim, à garantia do crédito objeto da condenação judicial, a hipoteca judiciária deverá observar as regras inerentes à impenhorabilidade, tanto aquela decorrente do art. 649 do Código de Processo Civil, sobretudo quanto aos bens inalienáveis, quanto aquela disposta na Lei n. 8.009, de 1990.

A singeleza da conclusão deve, entretanto, ceder espaço quanto confrontada com a dicção do art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009, de 1990, que afasta a impenhorabilidade quando se refira a “execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou entidade familiar”.

No particular, é de se ver que, em precedentes vários, todavia, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo que, na hipótese de imóvel vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH, cada uma das unidades habitacionais, desde que atendidos os requisitos da Lei n. 8.009, de 1990, estão imunes em relação à hipoteca concedida pela construtora em prol do agente financiador da construção.

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. Casa própria. Hipoteca. Efeito sobre o mutuário. Bem de família. Embargos de terceiro.

– A Lei n. 8.009/90 impede a execução de imóvel adquirido pelo mutuário, no SFH, destinado à moradia da família, estando o bem imune à hipoteca instituída pela construtora em favor do financiador.

Recurso conhecido e provido.

(STJ, REsp 171.421/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Rel. p/ Acórdão Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 6.10.1998, DJ 29.3.1999, p. 182)

O fundamento principal da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça remonta à verificação de que, em relação à inadimplência da construtora, o adquirente da unidade imobiliária assume a condição de terceiro de boa-fé, além de se revelar adimplente em relação às parcelas do contrato de financiamento firmado.

Com arrimo nessa premissa, a jurisprudência construiu a conclusão de que não haveria vínculo negocial entre o consumidor e o agente financeiro, responsável pelo financiamento da obra, o que estabele-

ceria a imunidade daqueles relativamente à hipoteca firmada entre construtora e financiador.

O entendimento da Corte Superior, entretanto, enfrenta críticas profundas da doutrina:

Na realidade, não nos parece que qualquer dos dois argumentos mencionados (impenhorabilidade do bem de família e inexistência de contrato entre o promissário comprador e a instituição financeira) pode ser aceito com tranquilidade.

Em relação à impenhorabilidade do bem de família, prevista na Lei n. 8.009/90, basta que se observe que essa própria norma legal, ao apresentar as hipóteses nas quais é excepcionada a impenhorabilidade, vem a afastá-la em favor do titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos decorrentes do contrato (art. 3º, II). Ou seja, se a hipoteca decorre do financiamento que o banco fez à construtora, afastada deve ser a impenhorabilidade.

E quanto à questão de não ter havido qualquer contrato entre os compromissários compradores e o banco financiamento, de fato não houve, mas é evidente a hipoteca, como direito real, não depende de ter ou não havido contrato. Na realidade, o contrato de financiamento com garantia hipotecária, firmado entre a instituição financeira e a construtora, quando esta ainda figurava no registro público como dona do imóvel, atribuiu ao credor hipotecário direito real sobre o imóvel em si mesmo, e não em relação aos eventuais clientes da construtora (os compromissários compradores). (ROMITTI; DANTAS JÚNIOR, 2004, p. 519)

A despeito do rigor científico dos argumentos da doutrina contrários à jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça, é de se inferir acerto neste último posicionamento, tendo em vista que lastreado em questão fática desconsiderada pela doutrina: cada uma das unidades condominiais configuram imóveis autonomamente considerados, de maneira que, ante a boa-fé dos consumidores, não há como a hipoteca firmada pela construtora em relação à área que serviu de estabelecimento de condomínio edilício e o agente financiador lhes possa ser oponível.

Considerada, noutro plano, a natureza de direito real da hipoteca judiciária, é imprescindível a cientificação de seu cômputo acerca da

concessão da medida, por incidência analógica do art. 1.647, inciso I, do Código Civil, salvo nas hipóteses de vigência de regime de separação de bens ou de participação final dos aquestos, observando-se o pacto antenupcial.

6. QUESTÕES ATINENTES À PREFERÊNCIA NA HIPOTECA JUDICIÁRIA

Há ainda outro aspecto da hipoteca judiciária que vem, há algum tempo, atormentando a doutrina, que diz respeito à incidência, ou não, na referida constrição patrimonial do elemento da preferência, inerente à figura da hipoteca na legislação civil.

O cerne da divergência remonta à dicção, ora já revogada, do art. 824 do Código Civil de 1916, segundo o qual “compete ao exequente o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado; mas, para ser oposto a terceiros, conforme valer, e sem importar preferência, depende de inscrição e especialização”.

Certo é que, com a promulgação da Lei n. 10.406, de 2002, o dispositivo em comento resta revogado e, principalmente, o Código Civil ora vigente não adotou qualquer prescrição no referido sentido.

Por corolário e consideradas as regras gerais inerentes ao concurso de credores, há de se reconhecer que, especializada e inscrita a hipoteca judiciária, esta haverá de conferir direito de preferência a seu respectivo titular.

Essa conclusão, ante a natureza originária da aquisição da propriedade decorrente da usucapião, restou afastada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento recentíssimo de acórdão ainda pendente de publicação, em que se discutia quanto à preferência de hipoteca judiciária perante a declaração de usucapião, tendo a Corte, na oportunidade, assegurado prevalência a este².

² Informativo n. 527 do Superior Tribunal de Justiça: “A decisão que reconhece a aquisição da propriedade de bem imóvel por usucapião prevalece sobre a hipoteca judicial que anteriormente tenha gravado o referido bem. Isso porque, com a declaração de aquisição de domínio por usucapião, deve desaparecer o gravame real constituído sobre o imóvel, antes ou depois do início da posse *ad usucapionem*, seja porque a sentença apenas declara a usucapião com efeitos *extunc*, seja porque a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade,

Reconhecido o efeito da preferência inerente à hipoteca judiciária, bem como sopesando que a referida constrição detém natureza jurídica de efeito secundário da sentença condenatória, cumpre aferir qual o marco de incidência da preferência.

Só parece discutível – com a vênia que é devida – sustentar que o marco temporal para a preferência seja o momento da propositura da demanda. Afinal, se a inscrição da hipoteca judiciária é indispensável para que seja oponível perante terceiros (C. Civ., art. 824), é a partir desse instante que se põe a preferência. (JUSTEN FILHO; MOREIRA; TALAMINI, 1997, p. 88)

7. CIRCUNSTÂNCIAS ATINENTES AO PEQUENO USO DO INSTITUTO

Conforme revelado no presente estudo, a hipoteca judiciária tem importantes efeitos no resguardo do crédito da parte vitoriosa de relação processual, mas, ainda assim, é instituto praticamente relegado ao desuso no cotidiano judiciário brasileiro.

Não procede o argumento de que a hipoteca judiciária não estabeleça direito de preferência da parte vitoriosa no litígio, de maneira que essa não é razão legítima ao pequeno uso do instituto.

Marçal Justen Filho, EgonBockmann Moreira e Eduardo Talamini ponderam:

...se bem empregada, a hipoteca judiciária pode servir para preencher parte da lacuna ocasionada pela regra geral da inadmissibilidade da apelação sem efeito suspensivo (panorama esse que novo anteprojeto de reforma do CPC pretende alterar radicalmente). É que, ao menos no que tange às sentenças de condenação pecuniária, ainda quando possível a execução provisória, essa normalmente para na penhora e avaliação do bem (vez que se vedam atos expropriatórios): é raro, na prática, que o bem penhorado seja dinheiro, a possibilitar prosseguimento da execução e levantamento da quantia devida, mediante caução. Então o resultado que a hipoteca judiciária tem a aptidão de produzir não difere muito daquele

não decorrente da antiga e não guardando com ela relação de continuidade. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.319.516-MG, Terceira Turma, DJe 13.10.2010; e REsp 941.464-SC, Quarta Turma, DJe 29.6.2012. [REsp 620.610-DF](#), Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 3/9/2013.”

que usualmente a execução provisória da sentença de condenação para pagamento em dinheiro gerará. Não é tudo de que o jurisdicionado precisa, mas já é muito para ser tão pouco aproveitado. (JUSTEN FILHO; MOREIRA; TALAMINI, 1997, p. 88)

Em análise primária, é verdade que os efeitos da hipoteca judiciária e da execução provisória se assemelham, em muito, o que acaba por estabelecer desestímulo a que a parte interessada se utilize daquele instrumento, preferindo, invariavelmente, o último.

Tal conclusão, ademais, se corrobora e assume maior relevo com a promulgação da Lei n. 11.382, de 2006, a qual emprestou nova redação ao art. 615 do Código de Processo Civil, que viabiliza que, ao ajuizar execução, o credor obtenha certidão para fins de averbação no registro público competente tendente a emprestar publicidade e oponibilidade a terceiros de eventuais atos constritivos.

Nesse toar de ideias, é possível identificar que, na verdade, o pequeno uso da hipoteca judiciária no sistema processual brasileiro decorre da similitude entre os efeitos desta e aqueles próprios da execução provisória, ora vista como provisório cumprimento de sentença, o que faz com que esta seja utilizada preferencialmente por já antecipar atos típicos da fase processual subsequente e inerente à satisfação do crédito inadimplido.

8. CONCLUSÕES

O estudo proposto e, neste ato, concluído, indicou que a hipoteca judiciária, enquanto direito real de natureza processual, decorrente de efeito secundário da sentença, tem por finalidade assegurar ao litigante vencedor a solvibilidade do sucumbente, mediante garantia real, relativamente a obrigação decorrente de sentença condenatória ao adimplemento de obrigação de pagar quantia ou dar coisa certa, assim como, em segundo plano, no caso de conversão em perdas e danos, quanto às obrigações de fazer e não fazer.

Sopesando, de um lado, sua natureza hipotecária, mas, de outra banda, seu propósito de identificar bem sobre o qual possam recair os atos executivos, a hipoteca judiciária haverá de observar as vedações legais à referida constrição, bem como terá por limites impenhorabilidades e inalienabilidades.

Revelou-se, outrossim, a inviabilidade da utilização do dito instrumental processual em relação à Fazenda Pública sucumbente, eis que esta está adstrita ao regime executivo dos precatórios por expressa prescrição constitucional.

A inscrição de hipoteca legal há de ser efetivada mediante aplicação analógica do procedimento de especialização de hipoteca legal, a despeito da oposição de considerável doutrina, servindo-se à fixação de direito de preferência em relação ao favorecido, o qual assume oponibilidade *erga omnes* a partir do momento em que inscrito no competente registro público.

Finalmente, no que diz respeito à questão menos abordada pelos estudos a respeito do tema, apurou-se que o pequeno uso do instituto no país decorre da similitude entre seus efeitos e aqueles inerentes à execução ou ao cumprimento de sentença de natureza provisória, o que faz com que estes sejam preferidos pelos credores por já anteciparem o procedimento de satisfação compulsória do crédito.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal; MOREIRA, EgonBockmann; TALAMINI, Eduardo. Sobre a hipoteca judiciária. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 133, p. 83-88, jan./mar. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PELUZO, Cezar. *Código Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROMITTI, Mário Muller & DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao Código Civil Brasileiro – Do Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XIII.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1.