

O REFLEXO DA HIPOTECA ROMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS E BRASILEIRO

EL REFLEJO DE LA HIPOTECA ROMANA EN EL DERECHO PORTUGUES Y
BRASILEÑO

ROSÂNGELA VIANA ZUZA MEDEIROS¹

ALICE KRÄMER IORRA²

RESUMO: A hipoteca é um tema que tem sua importância por se tratar de um direito real que se traduz na sua especial afetação ao cumprimento de uma obrigação. Neste sentido, o estudo deste instituto deve ser observado desde a sua raiz romana até a sua aplicação nos dias atuais, como essa evolução se deu e se no ordenamento jurídico pátrio ainda há resquícios dessa influência. Mas como, por uma questão histórica inclusive, o ordenamento brasileiro sofreu grande influência do ordenamento português, esse ponto leva ao presente estudo a observar se, nos dias atuais, esse dois países guardam ainda influência do direito romano, no tocante a hipoteca, bem como, se entre si guardam semelhanças, assim buscando uma melhor aplicabilidade da hipoteca nos dias atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Hipoteca; Direito Romano; Direito Português; Direito Brasileiro.

ABSTRACTO: La hipoteca es un tema que tiene su importancia, ya que es un derecho que se refleja en su empleo particular, para cumplir con una obligación. En este estudio, la sensación de este instituto debe ser observado desde los tiempos romanos hasta su aplicación en los días de hoy, cómo esta evolución tuvo lugar y si todavía hay restos que influyen en las legislaciones nacionales. Pero como para la inclusión de un asunto histórico, el sistema brasileño estuvo muy influenciado por el sistema portugués, este punto nos lleva al presente estudio es observar hoy en día que los dos países siguen teniendo influencia del derecho romano, en cuanto a la hipoteca, así como entre mantenerse similitudes, buscando así un mejor cumplimiento de la hipoteca actual.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca; Derecho romano; La ley portuguesa; La ley brasileña.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Trata o presente trabalho de uma análise sobre a hipoteca romana e como ocorre o seu reflexo nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Essa temática tem sua relevância no que se refere, principalmente, a ser a hipoteca a

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra/Portugal. Professora da Universidade Potiguar – RN. Advogada. Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Potiguar (UnP).

² Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de Coimbra/Portugal - Diploma revalidado no Brasil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Advogada. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

forma de garantia mais prestigiada dentre as reais.

A hipoteca encontra determinada dentre as garantias reais, pois que a sua função é respaldar uma obrigação e, para tanto, é constituído um ônus real. Desta forma, contrapõe-se a hipoteca, como garantia real que é, as formas de garantias pessoais, como podemos elencar, a título de exemplo, a fiança.

Neste diapasão, o direito real de garantia é o que vincula diretamente ao poder do credor determinado bem do devedor, assegurando a satisfação do seu crédito se inadimplente esse (DINIZ, 2009).

Com efeito, o direito real de garantia, oponível “*erga omnes*”, supõe, para sua plena eficácia, a colocação num plano superior, num palco observável por todos os cidadãos, espectadores forçados que não podem alegar ignorância em relação ao conteúdo do mesmo (CAMPOS, 2003, p.18).

Assim, o que se busca com a hipoteca é prestigiar o credor hipotecário com um privilégio consoante ficará demonstrado ao longo do presente trabalho.

Mas os ordenamentos atuais acima referendados encontram a origem da hipoteca em análise na *hypotheca* romana, que traz o arcabouço da roupagem atual, e por sua vez traduz a *ratio* desta.

Logo no primeiro tópico fixaremos o marco do conceito da hipoteca romana e a sua origem, passando o tópico subsequente a explicitar os aspectos gerais do instituto, natureza jurídica, princípios e características.

Entendido o panorama que se veste a hipoteca, delimitaremos seu objeto, ainda na época romana, e passaremos a tratar da sua constituição e, por fim, da sua extinção, pois assim fecharemos o ciclo da época romana, sempre determinando uma visão geral do tema, sem nos atermos às épocas diferentes do direito romano, posto que o objetivo seja encontrar o reflexo da hipoteca romana nos ordenamentos atuais, nomeadamente o português e o brasileiro.

Assim que, após delimitados os aspectos da hipoteca romana, passaremos a demonstrar o seu reflexo nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, estando estes tópicos preenchidos não só das similitudes, mas também dos pontos que se afastam – o que ocorre por uma evolução natural do instituto, bem como por influência de outros ordenamentos que não são objeto do nosso estudo.

Abrir-se-á um sub-tópico para demonstrar como o ordenamento brasileiro, até por uma questão histórica, tem direta influência do direito português, e este não se afasta do romano.

Assim, buscar-se-á demonstrar o reflexo do direito romano no direito português e no

brasileiro, e mesmo a importância daquele desde a época romana até a atualidade.

1 CONCEITO

A hipoteca é um instituto jurídico que tem por finalidade garantir o cumprimento de uma obrigação. Nesta seara, já no direito romano tal aceção existia como forma de respaldar, ainda mais, os negócios jurídicos ocorridos, possibilitando que o credor passasse a obter uma garantia diferenciada no recebimento do seu crédito.

Neste diapasão, a *hypotheca* é um direito real sobre uma *res aliena* que se traduz na sua especial afectação ao cumprimento de uma *obligatio* (JUSTO, 1997, p.218).

O que se deve analisar neste momento meramente conceitual é que este instituto, em sua aceção, não importava a transferência da propriedade nem da posse da coisa para o credor (CURA, 1991, p.164), mas sim possibilitar ao credor assegurar, ainda mais, a obrigação contraída, através de uma delimitação precisa da parte do patrimônio do devedor, a qual responderá pelo incumprimento, ficando ele com maior segurança no real cumprimento da obrigação.

Mas, para que se chegasse a este conceito de hipoteca, deve-se ressaltar que a mesma advém de *pignus*³. Esta origem permite entender que a hipoteca não tinha a finalidade de impedir o garante de utilizar a coisa, ou mesmo que tal objeto fosse retirado da sua esfera jurídica; demonstra, claramente, que o intuito do instituto era dar garantia à obrigação contraída e, assim, dar segurança ao negócio jurídico efetuado, pois no caso de inadimplemento haveria um elemento patrimonial determinado para o adimplemento.

Nesta seara, ainda temos que referir que a hipoteca no direito antigo era concebida por princípio diverso do penhor, porque o credor não recebia a posse⁴. O penhor romano era direito real de posse, enquanto a hipoteca era direito real sem posse. Tanto o penhor quanto a hipoteca poderiam ter como objeto coisas móveis ou imóveis (VENOSA, 2005, p.538).

Neste diapasão, a hipoteca passa a referendar uma nova espécie de garantia real, na qual o devedor se mantém na posse da coisa, mas possibilita o credor de resguardar uma parte

³ A hipoteca não surgiu no ordenamento jurídico romano como uma instituição jurídica autónoma. Tal como o penhor (em sentido estrito), era um *pignus*, embora fosse um *pignus conventum* (e não um *pignus datum*), como atesta D.13,7, 1, pr. (CURA,1991, p.174). Necessário ressaltar a diferenciação entre estas duas figuras o *pignus datum* e o *conventum*, visto que a ausência da entrega da coisa no segundo faz com que a garantia permaneça na esfera jurídica do devedor e possibilita assim que o mesmo possa utilizar-se da coisa.

⁴ O aparecimento, no âmbito das relações privadas, de uma garantia constituída sem a transferência da propriedade ou da posse – que não existia ainda no tempo de Cícero – não deve ter sido alheia uma forma de garantia, assim caracterizada, já existente para os créditos do Estado ou dos municípios, em relação a empreiteiros de empreendimento públicos ou magistrados incumbidos de funções financeiras (CURA, 1991, p. 175).

determinada do aludido patrimônio do devedor (ou de terceiro) para eventual pagamento da dívida em caso de inadimplemento da obrigação garantida. Assim, não importava transferência (para o credor) da propriedade nem, de imediato, a da posse – que o garante conservava enquanto não pudesse considerar-se incumprida a dívida, para cujo reforço se constituirá a hipoteca (CURA, 1991, p.174).

A hipoteca (denominada *conventio pignoris* e depois *hypotheca*) terá sido introduzida, no direito romano, para garantir o pagamento da renda de prédios rústicos: o locatário autorizava o proprietário a apoderar-se dos utensílios de lavoura (*invecta*) e dos animais e escravos (*illata*) que introduzia no seu prédio no caso de a renda não ser paga (JUSTO, 2007, p. 469)⁵.

Logo, a origem (ou pelo menos, o precedente romano) desta espécie de garantia real parece encontra-se na *locatio conductio rei* de fundos rústicos (CURA, 1991; JUSTO, 2007).

Observa-se neste caso que a principal função não era o desapossamento da coisa, mas, sim, a delimitação de uma parte do patrimônio para assegurar, como mais propriedade, o inadimplemento (ou o cumprimento) do devedor. Tal premissa leva em consideração, ainda pela análise da gênese do instituto⁶, o fato de que o credor tinha consciência quanto à retirada do material de trabalho do locatário, que acarretaria a impossibilidade do pagamento – o que geraria o inadimplemento, evento não esperado pelas partes na contração de uma obrigação, isto é, não se contrai uma obrigação com a finalidade de inadimplemento, mas sim para que as partes tenham condições de cumprir com o acordado.

Verifica-se quanto à palavra *hipoteca* uma polissemia análoga à do *penhor*, pois ela tanto identifica o direito de hipoteca, como o se negócio constitutivo, como, ainda, com menos rigor, a própria coisa hipotecada (FERNANDES, 2004, p.150). Ressaltando que o termo tem sua acepção de origem grega⁷⁻⁸.

O que se torna relevante no estudo da hipoteca, desde a sua introdução no direito romano até a sua utilização nos ordenamentos jurídicos atuais, com relevância para o presente trabalho quanto aos sistemas português e brasileiro, é que esta concepção de garantia

⁵ A partir do século I a. C, a *hypotheca* generalizou-se, passando a garantir todas as obrigações e a constituir-se sobre qualquer objecto susceptível de posse e de venda; coisas corpóreas, direitos e até patrimônios (Justo, a. Santos. *Obra citada*, p. 469), e a ter por objeto qualquer *res*, desde que susceptível de penhor. (CURA, 1991, p. 176).

⁶ A origem (ou pelo menos, o precedente romano) desta espécie de garantia real parece encontra-se na *locatio conductio rei* de fundos rústicos (CURA, 1991, p.175).

⁷ A palavra “hipoteca” derivada do grego, indica a idéia de submeter uma coisa à outra. (GONÇALVES, , 2009, p. 562).

⁸ A própria utilização do termo *hypotheca* para designar o instituto não é originária. Apenas passou ser utilizada pela *iurisprudencia* clássica tardia (e com pouca frequência), mas precisamente, na época de Severos, por influência helenística. (CURA, 1991, p. 174).

possibilitou a realização de vários negócios jurídicos, posto que a sua característica de segurança de uma obrigação permite ao credor a certeza necessária, visto ter resguardo em parte diferenciada do patrimônio do devedor.

2 ASPECTOS GERAIS

Nesta seara, tem-se que a hipoteca é um direito que nasce em virtude de uma obrigação existente, o que caracteriza este como um direito acessório, visto que depende de outro para existir, e morre como este, como se verá nas formas de extinção deste direito.

Além do efeito principal de criar um vínculo real ente o bem hipotecado e a obrigação por ele garantida, de modo a só se liberar o gravame depois de paga dívida ou cumprida a obrigação (CHALHUB, 2003), o que se busca com a hipoteca é que a garantia acompanhe a obrigação, reforçando a garantia patrimonial que esta detém no caso de incumprimento.

Desta forma, a acessoriedade é caracterizada, desde os tempos romanos, haja vista que tem de se extinguir, portanto, pelo cumprimento da obrigação principal, ou por qualquer outra forma de extinção da obrigação garantida (CURA, 1991, p.180).

O direito de hipoteca é direito real limitado de garantia, utilizado para assegurar o cumprimento de obrigações, mas com elas não se confundem. Só haverá garantia se houver o que garantir, isto é, uma dívida, uma obrigação (VENOSA, 2005, p.539). Esta dependência da obrigação principal para que exista a hipoteca acarreta a sua característica de acessoriedade.

Tal característica demonstra que a finalidade do instituto não é a aquisição da coisa hipoteca, mas sim que esta resguarde de forma mais específica a obrigação principal contraída.

Desta sorte, a hipoteca é indivisível, isto é, já na época romana, tinha como caracterização a assegurar toda a obrigação. Mesmo que fosse cumprida uma parte da obrigação, a hipoteca só irá extinguir-se com o cumprimento total da obrigação – e não pelo cumprimento parcial.

Não importava transferência (para o credor) da propriedade nem, de imediato, a da posse – que o garante conservava enquanto não pudesse considerar-se não cumprida a dívida, para cujo reforço se constituía a hipoteca (CURA, 1991), mas sim que esta fosse capaz de assegurar a obrigação na sua totalidade, não podendo ser repartida ou fracionada, consoante a repartição da obrigação principal.

Para que o credor pudesse usar da sua prerrogativa da garantia hipotecária, deveria utilizar da chamada *actio Serviana*, primeiramente no âmbito da garantia que poderia o credor hipotecário buscar a coisa, seja no âmbito jurídico do arrendatário, seja de terceiro – o que

acarretará na característica da seqüela (CURA, 1991; JUSTO, 2007), que será explanada em subseqüência.

Ressalte-se que, posteriormente, foi substituída pela *interdictum Salvianum*, que possibilitava ao locador apoderar-se das coisas hipotecadas pelo arrendatário e, ao mesmo tempo, foi introduzida uma *actio in rem (vindicatio utilis)*, que o credor podia instaurar contra qualquer possuidor (JUSTO, 2007). E há ainda que mencionar a possibilidade de entrar na posse da coisa (*ius possidendi*) e o direito de alienar o bem para pagar-se (*ius distrahendi*) (CRETELLA JÚNIOR, 1999).

Todas estas ações demonstram claramente o direito de seqüela, já existente desde os tempos romanos. O *jus perseguendi* é o direito de reclamar e perseguir a coisa, em poder de quem quer que se encontre, para sobre ela exercer o seu direito de excussão, pois o valor do bem está afeto à satisfação do crédito (GONÇALVES, 2009, p.507).

Como sobre o bem hipotecado não havia a transferência imediata da posse, muito menos posterior, tendo em vista que o valor dele é que assegurava o credor, havia a possibilidade de várias hipotecas serem constituídas simultaneamente.

A satisfação do seu crédito mediante o exercício do *ius distrahendi*, o qual constituía o conteúdo principal do direito de hipoteca, apresentava, relativamente às outras formas de garantia real, a vantagem de a sua constituição não esgotar, de uma só vez, as possibilidades de crédito da coisa; não era, por isso, impediante da sucessiva constituição de hipotecas sobre a mesma *res*, a favor de vários credores (CURA, 1991, p.178-179).

Essa característica advém da não transferência da coisa ao patrimônio do credor. Como o devedor continua com o direito de propriedade sobre a *res* podia dá-la em garantia a vários credores. O que passa a importar diante desta situação é como se comporta a garantia quando houver vários credores que, sobre o mesmo bem, exercem um privilégio.

Desta sorte, o direito romano já trazia a solução da existência da gradação do crédito hipotecário pelo tempo, entre os detentores de hipoteca sobre o mesmo bem. Assim, aquele que primeiro constitui a hipoteca passa, dentre os outros credores hipotecários, a exercer um privilégio, devendo, após a excussão, pagar aquele que na ordem cronológica ocupa o primeiro lugar.

Os respectivos direitos seriam graduados em atenção ao critério cronológico, as datas de constituição; valia, pois, o princípio *prior in tempore potior in iure*. (C. 8, 17 (18), 3 (4)) (CURA, 1991, p.179). As hipotecas ordenavam-se segundo as respectivas datas, preferindo o credor garantindo por hipoteca anterior e só com o resíduo da venda da coisa hipotecada seriam satisfeitos, sucessivamente, os credores garantidos por hipotecas posteriores (JUSTO,

2007, p.469-470).

Não obstante tal preferência dentre os próprios credores hipotecários do mesmo bem, havia a possibilidade do *ius offerendi*, que se traduzia na oferta ao preferente (ou a qualquer outro credor melhor colocado do que o ofertante) da quantia que lhe era devida, passando quem assim procedia a ocupar o lugar daquele (CURA, 1991; JUSTO, 1997).

O que se observava era a que tal possibilidade traduzia que não era a garantia que podia ser adquirida por terceiro, mas apenas na sua colocação na ordem de preferência, e essa prioridade alterava-se, contudo, quando houvesse hipotecas “privilegiadas” (convencionais ou legais), além de que o credor posterior gozava do chamado *ius offerendi*, que se traduzia na oferta ao preferente (ou a qualquer outro credor melhor colocado do que o ofertante) da quantia que lhe era devida, passando quem assim procedia a ocupar o lugar daquele, ainda que houvesse recusa (CURA, 1991, p. 179).

Destarte, tem-se que a incidência de várias hipotecas sobre o mesmo bem é uma possibilidade consagrada desde o direito romano e a possibilidade de modificação na ordem de preferência sobre o valor da excussão do bem também já encontra sua raiz neste ordenamento, visto que o privilégio anteriormente determinado encontra respaldo em sua preferência no critério temporal. O que ressalva aqui é que não havia como determinação a inscrição de registro⁹, mas sim a anterioridade da vinculação jurídica da hipoteca.

Diante desta possibilidade de poderem recair várias hipotecas sobre o mesmo bem, deve-se indicar que este bem separado para o pagamento privilegiado do credor hipotecário no direito romano tem uma particularidade, a qual não encontra correspondência no direito atual, qual seja a possibilidade de a hipoteca recair sobre todo o patrimônio do garante.

Essa possibilidade constitui uma forma de que todos os bens que perfaziam o patrimônio do garante viesse a responder prioritariamente por aquela obrigação a qual se vinculava à hipoteca. Trataremos de forma mais pormenorizada esta temática quando do estudo do objeto da hipoteca.

3 OBJETO

A hipoteca, no direito romano, encontra como objeto qualquer coisa móvel ou imóvel, desde que pudesse ser alienada, podendo ainda tratar-se de bens futuros.

Neste diapasão, a hipoteca encontrava uma possibilidade vasta de bens que pudessem garantir a obrigação. Passam a tratar os romanos deste instituto, garantidor real da obrigação,

⁹ Não há referências no direito romano da existência do mecanismo do registro da hipoteca, mas o que não afasta a segurança jurídica instituída pelo instituto em análise.

e saído da possibilidade restrita dos casos de locação dos *fundus* rústicos, demonstrando claramente que o intuito era, sempre que possível, possibilitar ao credor maior segurança com a oferta de bens para garantir a obrigação – daí a condição de serem bens que pudessem ser alienados, e possibilitar ao credor uma maior segurança no recebimento do valor da obrigação.

O bem dado em garantia suportará primeiramente a obrigação contraída. Trata-se do direito de *preleção*. A regra é que o crédito com garantia real prefere ao crédito meramente pessoal (VENOSA, 2005, p.540).

No entanto, no direito romano, tem-se que o bem, que poderia ser de várias categorias (móvel, imóvel ou mesmo um direito), poderia ser constituído não apenas de um objeto, mas sim por um conjunto deles, chegando à possibilidade de esses bens serem traduzidos na totalidade do patrimônio do devedor.

Assim, além de poder versar sobre *res corporales*, esta garantia podia ter por objeto um direito de crédito, uma universalidade de coisas, um patrimônio inteiro (abrangendo bens que futuramente viessem a integrá-lo), frutos e coisas futuras (CURA, 1991, p.178-179).

Desta sorte, a hipoteca romana encontra na determinação do seu objeto apenas a particularidade de este poder ser alienado, visto que poderia ser objeto móvel, imóvel, presente ou futuro, bem como recair sobre todo o patrimônio do garante.

4 CONSTITUIÇÃO

No que se refere à constituição da hipoteca, temos que já nos tempos pretéritos romanos, a mesma constituía-se por acordo (*conventio*), testamento ou disposição legal. Neste caso, a favor do pupilo, do *furiosus* e do menor sobre o patrimônio do tutor ou curador, para garantir a obrigação contraída na administração dos seus bens, a favor dos filhos anteriores ao matrimônio, sobre o patrimônio da mãe bínuba, para garantir a *hereditas* paterna; sobre o patrimônio do marido, para garantir a restituição do dote, da *donatio propter nuptias* e dos bens parafernais; a favor do marido, sobre o patrimônio de quem prometeu constituir dote, e sobre a *hereditas* para garantir o cumprimento dos legados (JUSTO, 1997, p.218-219).

Estas formas de constituição da hipoteca apenas demonstram a busca pela garantia privilegiada, podendo a hipoteca ser constituída por negócio *inter vivos* e *mortis causas* e ainda por disposição legal (JUSTO, 2007, p.469).

5 EXTINÇÃO

A *hypotheca* extinguiu-se pela extinção da dívida principal; pela destruição da *res*,

renúncia ou confusão; pela prescrição de longo tempo (JUSTO, 1997).

Observa-se que as formas de extinção estão diretamente ligadas à extinção da obrigação principal, visto que o objetivo deste instituto era assegurar o pagamento da obrigação principal; se esta deixasse de existir, acarretaria diretamente a ausência de fundamentação para existência da hipoteca.

6 REFLEXO NO DIREITO PORTUGUÊS

O instituto da *hypotheca*, que encontra origem no direito romano, tem seus reflexos no direito português, posto que, mesmo com as evoluções daquele direito, foram incorporadas pelas legislações atuais várias outras influências, mostrando-se latente a influência e reflexo do ordenamento romano na atual legislação portuguesa.

6.1 DEFINIÇÃO DIREITO PORTUGUÊS

A hipoteca é uma garantia real que confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certa coisa imóvel (ou móvel equiparada), pertencente ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo (JUSTO, 2007, p. 468).

A definição de hipoteca não se encontra no ordenamento jurídico português, restando o art. 686¹⁰ do Código Civil a invocar o privilégio no pagamento do crédito de coisas imóveis, ou equiparados, desde que não haja privilégio especial ou anterior registo. Ressalte-se que o artigo 688º do mesmo diploma determina claramente quais são os objetos de hipoteca.

A hipoteca é um direito de um credor de ser pago, com preferência sobre os credores comuns, pelo valor da coisa determinada (DUARTE, 2007); é sinteticamente o que se busca com a hipoteca. Isso se dará no que respeita aos privilégios especiais, que são verdadeiros direitos reais. A suas relações com outros direitos reais de garantia processam-se em termos de prevalência (ASCENSÃO, 2000, p.553).

Desta sorte, tem-se que a hipoteca não confere direito de posse ao credor hipotecário, mas sim, de fato, a hipoteca constitui a garantia que permite ao credor a “melhor segurança da dívida sem que haja lugar à entrega da coisa” (MADALENO, 2008, p.9); a hipoteca garante uma obrigação.

¹⁰ Artigo 686º - a hipoteca confere o direito de ser pagos pelo valor de certa coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade no registo.

6.2 ESPÉCIES DE HIPOTECA

Neste diapasão, consoante o artigo 703º, encontram-se definidas as espécies de hipoteca, quais sejam: a legal, a judicial e a voluntária – o que corresponde, em sua totalidade, às espécies romanas.

A hipoteca legal é que nasce da lei, não sendo originária da vontade das partes. O mesmo ocorre com a judicial, que se diferencia daquela apenas por sua origem ser das decisões judiciais.

No que se refere à voluntária, a sua constituição depende da vontade do titular da coisa hipotecada, que pode manifestar-se num contrato ou declaração unilateral: testamento e simples concessão unilateral por parte do proprietário, sujeita a escritura pública (JUSTO, 2007, p. 471).

Logo já na tipologia das hipotecas existentes demonstra-se clara correspondência entre o direito português e o romano.

6.3 VISÃO GERAL DO TEMA

Como no direito romano, o direito português atual tem que a hipoteca é um direito acessório¹¹, demonstrando esta característica pela mesma fundamentação apresentada quando da explicação desta no tocante ao direito romano, isto é, encontra-se vinculada às causas de existência e extinção da obrigação garantida.

No entanto, no que tange o objeto da hipoteca, passa-se a ter umas das primeiras diferenças, das poucas existentes entre os dois direitos, visto que no direito português o objeto que pode ser hipotecado é apenas coisa imóvel, ou a esta equiparada, enquanto que no direito romano podia ser tanto objeto imóvel quanto móvel.

Nesta perspectiva, o objeto da hipoteca no ordenamento português deve estar devidamente individualizado no momento da sua constituição válida, isto é, no registo, e torna-se impossibilitada, desta forma, a constituição de todo o património do garante pela hipoteca. Assim, segundo o princípio da especialidade, o seu objeto deve ser determinado e, no respectivo registo, devem constar o fundamento, o crédito e seus acessórios e o monte máximo garantido (JUSTO, 2007, p. 474).

Mesmo havendo diferenciação no que se refere ao objeto, este se encontra eivado do

¹¹ O princípio da acessoriedade determina que a existência e a validade da hipoteca dependem da existência e validade da obrigação garantida. E justifica que a extinção desta dívida determine a extinção da hipoteca. (JUSTO, 2007. p. 475)

direito de sequela, podendo, atualmente, buscar o credor hipotecário a coisa onde ela esteja, para, através de recurso ao tribunal, executar a hipoteca.

Há de se ressaltar, nomeadamente, ao que se refere ao direito de sequela inerente à hipoteca. Tal característica tem seu antecedente no direito romano, com antes aludido, e encontra uma eficaz aplicação no direito português ora estudado, posto que, essa possibilidade atribui ao credor hipotecário a possibilidade de buscas onde se encontre o bem com a real afetação, com a finalidade de saciar o crédito garantindo.

Nesta perspectiva, este regime não prejudica o credor, haja vista que atos subsequentes de alienação ou oneração lhe serem inoponíveis. Nomeadamente, no caso de transmissão, isso significa que ele pode fazer executar a coisa hipotecada no património do adquirente, sendo esta uma manifestação da sequela do direito de hipoteca (FERNANDES, 2004, p.152).

Diante disto, temos que para que faça valer o seu direito hipotecário necessita da busca judicial para que se promova a venda do bem, e, assim, possa receber o valor correspondente à obrigação, pois não há na hipoteca a possibilidade de adjudicação imediata do bem – o que ela representa juridicamente é um privilégio no recebimento da obrigação.

A necessidade de registo, como anteriormente mencionada, é obrigatória no direito português, posto que tal imposição faz-se com o respaldo na ideia de que, na ausência do registo, aduz-se a ineficácia do negócio jurídico, inclusive entre as partes (art. 687, CC)¹², o que não se requisitava no ordenamento romano.

O art. 696, CC demonstra a indivisibilidade tal como a romana, em caso de divisibilidade do bem hipotecado, a hipoteca continua a recair sobre o todo, bem como se houver adimplemento parcial, não há a exoneração de parte da hipoteca, só restando terminada esta quando houver o adimplemento total da obrigação. Assim, em caso de divisão, esta recairá sobre a coisa nova dividida.

Com efeito, de acordo com o princípio da indivisibilidade, a hipoteca subsiste por inteiro, ainda que a coisa venha a ser dividida ou o crédito garantido parcialmente satisfeito. Se a hipoteca incidir sobre várias coisas, cada uma delas responde pela totalidade da dívida (JUSTO, 2007, p.475).

Tem-se que ressaltar que se a coisa for originalmente ou supervenientemente plural, ainda responde cada uma das coisas pela totalidade da dívida garantida.

Assim, a hipoteca pode abranger toda a extensão do prédio ou apenas os elementos suscetíveis de propriedade autônoma, ou seja, de alienação em separado. Assim, podem

¹²O Código de Registo Predial- Decreto-Lei nº 185/2009, de 12 de Agosto – art. 2º, h, 4º, nº.2, determina a necessidade de registo da hipoteca para sua validade.

hipotecar-se em separado as águas referidas no art. 1386º, alíneas “a”, “b” e “c”, mas já não as previstas nas alíneas “d”, “e” e “f”, por serem inseparáveis dos prédios a que se destinam (art. 1397º) (JUSTO, 2007, p. 472).

Outro ponto de encontro entre os dois ordenamentos encontra-se na possibilidade de haver várias hipotecas sobre o mesmo bem (art. 713, CC), o que já existia no direito romano. Porém, apesar de o critério ainda ser temporal na predileção da hipoteca constituída sobre o mesmo bem, esta no direito português corresponde à anterioridade de registo, isto é, o critério cronológico é claramente determinado pelo registo mais antigo, enquanto que, em Roma, como antes aduzido, não havia o registo, sendo o critério adotado o mesmo, mas o que era considerado era a própria constituição da hipoteca, isto é, a declaração de vontade das partes.

Como no direito português, para que de dê eficácia da hipoteca, mesmo entre as partes, é necessária a existência do registo, passa a ser este o critério para a contagem cronológica e aplicação do princípio *priori in tempore potiore in iure*.

O que tem que se ressaltar é que no ordenamento atual português esta garantia hipotecária pode ser transmitida (art. 727, n.º1, CC), mas a partir deste momento deixa de garantir o crédito inicial e passa a garantir o novo crédito (art. 728, nº 1, CC).

Tal prerrogativa não encontra precedente no direito romano, que visava apenas a garantia do crédito oriundo da obrigação principal, estando a esta vinculada, sob pena de não mais existir a garantia.

Desta sorte, há a possibilidade de substituição e o reforço da hipoteca, consoante o artigo 701º do Código Civil. O que se busca com este artigo é que o credor hipotecário passe a ter total certeza de que a garantia dada será realmente capaz de adimplir o crédito, visto que os casos em que o reforço pode ser autorizado são o de o bem garantidor da hipoteca perecer ou o de a hipoteca tornar-se insuficiente para a segurança da obrigação.

O credor pode pedir ao devedor que substitua a coisa hipotecada ou reforce a hipoteca, se aquela perecer ou a hipoteca se tornar insuficiente por causa que não lhe seja imputável; se o devedor não o fizer, o credor poderá exigir o imediato cumprimento da dívida ou registar hipoteca sobre outros bens do devedor, se a obrigação for futura (art. 701º) (JUSTO, 2007, p.475).

Tais similitudes demonstram que a hipoteca, apesar da grande evolução e das influências ocorridas através do tempo, mantém um regime jurídico idêntico, em muitos aspectos, ao da época romana; e aqui não se está analisando uma época específica do direito romano, mas sim a sua totalidade, nos pontos que se interligam os dois ordenamentos, ora em análise, o romano e o português.

6.4 EXTINÇÃO

No que se refere às formas de extinção da hipoteca, o direito português, no Código Civil, em seu artigo 730, CC, elenca as causas de cessar este instituto.

Observa-se, pela análise deste artigo, que as causas de extinção estão intimamente ligadas à extinção da obrigação principal, isto porque, não mais existindo esta, deixa de haver aquela. Com efeito, as causas de extinção são: a extinção da obrigação a que serve a hipoteca; a prescrição a favor de terceiro adquirente do prédio hipotecado, decorridos vinte anos sobre o registo da aquisição e cinco sobre o vencimento da obrigação; o perecimento da coisa hipotecada, sem prejuízo do disposto nos artigos 692º e 701º; e a renúncia do credor¹³.

Já assim se entendia, na época romana, posto que as formas de extinção encontravam-se intimamente ligadas às causas de extinção da obrigação principal, pois se esta não mais existe ou encontra-se eivada de vício que acarrete a sua nulidade, não há como se falar na garantia real a esta.

Posto que a extinção dava-se, nomeadamente, pelas mesmas causas comuns a os *iura in re aliena*: destruição da *res*; renúncia; confusão; pela extinção da dívida por qualquer forma e pela *longi temporis praescriptio* a favor de terceiro que possuísse de boa-fé e com justo título a *res* hipotecada, durante dez anos (*inter praesentes*) ou vinte anos (*contra absentes*). No direito justinianeu adquiriu efeito aquisitivo e podia ser invocada pelo possuidor de boa-fé, ainda que sem justo título, contra o antigo proprietário (garante) e contra o credor hipotecário (JUSTO, 1997, p.222-223).

Observa-se que no caso desta garantia real, ambos os ordenamentos guardam a similitude necessária no tocante às formas de extinção, visto que o fundamento da existência deste instituto se mantém praticamente inalterado, só tendo sido adicionado ao ordenamento jurídico atual algumas características necessárias a maior segurança da garantia, o que se refere nomeadamente à publicidade, ou seja, o registo, e não as suas causas de extinção.

7 REFLEXO NO DIREITO BRASILEIRO

No que se refere ao direito brasileiro, observa-se, tanto como no português, que *ratio* e normatização da hipoteca encontram, ainda hoje, grande similitude com o ordenamento romano.

Tal aceção deve-se, primeiramente, ao fato de o direito brasileiro, também, ter suas

¹³ Redação dada pelo artigo 730º do Código Civil português.

fontes no direito romano, e posteriormente, pelo fato de este ordenamento ter se insurgido com base, inclusive histórica, do ordenamento jurídico português. Aliás, no Código Civil que se encontra em vigor foram incluídas, no tocante a matéria hipoteca, normas mais precisas e diretamente influenciadas pelo direito português, como restará demonstrado mais adiante.

7.1 VISÃO GERAL DO TEMA

A hipoteca vem regulamentada, principalmente, no Código Civil brasileiro, em seus artigos 1.473 a 1.505, sendo este o âmbito de análise no presente trabalho – e não as leis esparsas. Neste diapasão, trata-se também de direito acessório e indivisível, com as mesmas delimitações já trazidas desde os tempos romanos, sem que houvesse no tocante a estes conceitos, mudanças significativas, abalizando, desta sorte, que a hipoteca no Brasil também é uma garantia real, na qual busca o credor hipotecário respaldar-se com a separação individualizada de uma parte especial do patrimônio do garante para que, em caso de inadimplemento, haja o pagamento necessário da obrigação, sem que este patrimônio especialmente separado concorra com os demais credores.

Faz-se necessário mencionar, neste momento, que este privilégio creditório tem, como já existia no direito romano e existe no direito português, a limitação da prévia existência de privilégio ou de privilégios mais favorecidos, ou seja, a existência de créditos que se tornam prioritários¹⁴, inclusive a hipoteca.

Assim, consoante o artigo 1419¹⁵ CC, a hipoteca é um vínculo real ao cumprimento da obrigação, e só pode efetuar-se quem pode alienar a coisa (art. 1420¹⁶, CC).

Como no direito português, há a necessidade do registro, consoante o artigo 1422¹⁷, e artigo 1.492¹⁸, do Código Civil, em respeito ao princípio da publicidade¹⁹ e esta característica,

¹⁴ Não se deve esquecer de que pode haver créditos de outra natureza, que tenham privilégio, precedência ou preferência antes do crédito hipotecário ou pignocrático, tais como dívidas tributárias ou trabalhistas. Deste modo a garantia estampada por esses direitos é apenas relativa. Sua preferência creditícia se perde para alguns credores quirografários, isto é, aqueles que não apresentam qualquer garantia específica, senão o patrimônio geral do devedor. (VENOSA, Silvio Salvo. Obra citada, p. 541)

¹⁵ Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

¹⁶ Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca. § 1º A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono. § 2º A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver

¹⁷ Art. 1.422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de executar a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.

¹⁸ Art. 1.492. As hipotecas serão registradas no cartório do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um.

como já foi mencionado, afasta-se do direito romano, pela inexistência desta prerrogativa para que o negócio jurídico tivesse efeitos, seja entre as partes, seja perante terceiros.

Esta afetação acarreta diretamente o direito de seqüela; o principal efeito das garantias reais consiste no fato de o bem que era segurança comum a todos os credores e que foi separado do patrimônio do devedor, fica afetado ao pagamento prioritário de determinada obrigação. Visam elas proteger o credor da insolvência do devedor, e em sua outorga, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real ao cumprimento da obrigação (GONÇALVES, 2009, p. 504), isto é, podendo ser perseguida onde quer que esteja.

Assim, já com relação ao artigo 1.422, CC, tem-se que referir que, como ocorria no direito romano e ocorre no direito português, há uma gradação de privilégio hipotecário, isto é, existe uma preferência àquele crédito hipotecário anteriormente registrado, consoante o artigo 1.493, § único²⁰, e respeita-se, neste diapasão, o princípio «*prior in tempore potior in iure*».

O objeto da hipoteca encontra-se elencado no artigo 1.473²¹ do Código Civil, e, neste aspecto, afastam-se tanto do direito romano, quanto do direito português. Podem ser objeto de hipoteca os bens imóveis, bem como os bens móveis que a lei portuguesa determina como passíveis de hipoteca, consoante restou mencionado neste trabalho, posto que no direito brasileiro se alargue um pouco o elenco de bens suscetíveis de hipoteca; mas vale a ressalva que a sua maior razão encontra ainda nos bens imóveis, o que se aproxima do direito português e afasta um pouco do romano.

Assim, extingue-se a hipoteca pelas causas elencadas no artigo 1.499 e 1.500²², CC, as quais estão diretamente ligadas ao fim da obrigação garantida, o que corrobora a influência do direito romano com seu reflexo nítido no direito português e, por consequência, no direito brasileiro, ora sob análise.

Parágrafo único. Compete aos interessados, exibido o título, requerer o registro da hipoteca.

¹⁹ A publicidade por meio de registro imobiliário quando tratar de imóveis confere essa eficácia real. (VENOSA, 2005, p. 539).

²⁰ Art. 1.493. Os registros e averbações seguirão a ordem em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo.

Parágrafo único. O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas.

²¹ Art. 1.473: podem ser objeto de hipoteca: - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II - o domínio direto; III - o domínio útil; IV - as estradas de ferro; V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI - os navios; VII - as aeronaves; VIII - o direito de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007); IX - o direito real de uso; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007); X - a propriedade superficiária. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

²² Art. 1.499. A hipoteca extingue-se: I - pela extinção da obrigação principal; II - pelo perecimento da coisa; III - pela resolução da propriedade; IV - pela renúncia do credor; V - pela remição; VI - pela arrematação ou adjudicação.

Art. 1.500. Extingue-se ainda a hipoteca com a averbação, no Registro de Imóveis, do cancelamento do registro, à vista da respectiva prova.

7.2 INOVAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO – REFLEXO NO CC/2002 - POR INFLUÊNCIA DO ORDENAMENTO PORTUGUÊS.

Resta clara a influência do direito romano no ordenamento jurídico português, este, por via de consequência, seja ela histórica, visto a ligação existente entre Brasil e Portugal, seja pela natural evolução social, passa a evidenciar no atual ordenamento jurídico brasileiro uma influência que o aproximou ainda mais, em alguns pontos do direito romano e em outros corroborou para o afastamento deste.

Assim, para que não ficassem repetitivas as colocações anteriormente descritas no que se refere nomeadamente ao direito português, passa-se a elencar quais os institutos que foram introduzidos na transição do Código Civil de 1916 para o atual e em vigor Código de 2002.

No artigo 1.475 CC/BR, veda o novo Código a existência de cláusula no contrato de hipoteca que proíba ao proprietário o direito de alienar o imóvel hipotecado; tal solução já era existente no ordenamento jurídico português, mas encontrava-se ausente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo introduzido em 2002, e passando a respeitar o que prelecionava o direito romano, que não vedava a alienação do bem hipotecado.

O direito brasileiro, também na legislação anterior ao Código Civil de 2002, previa de forma expressa a possibilidade de haver várias hipotecas sobre o mesmo bem; no entanto o Código de 2002, em seu artigo 1.476²³ CC/BR aduz a natureza cogente, faculta ao dono constituir outra hipoteca sobre o mesmo bem, independente de assentimento do credor anterior.

Assim, aduz-se que o credor hipotecário detém os direitos de seqüela e de preferência, assumindo o devedor um ônus de natureza real, o qual deve ser respeitado e que caracteriza a garantia pretendida pelo credor e devedor hipotecário, traduzindo, ainda, que esta garantia deva responder por toda a obrigação sendo impossibilitada a sua divisibilidade, consoante o artigo 1.488, CC²⁴.

O direito real de garantia apresenta duplo aspecto, portanto, determina o bem preferencialmente destinado à satisfação da obrigação, antes dos demais componentes do patrimônio do devedor, e pré-exclui, como regra, ataque dos outros credores. O direito real fica, portanto, ligado à dívida (VENOSA, 205, p. 542).

²³ Art. 1.476. O dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor.

²⁴ Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstra que o direito romano ainda tem grande influência sobre os ordenamentos jurídicos ditos modernos, nomeadamente o português e o brasileiro.

Tal influência, apesar de não afastarmos a incidência de outras existentes no decorrer dos séculos, inclusive de outras origens, é capaz de nos fazer perceber a importância clara da hipoteca como instrumento de fomento de inúmeros negócios jurídicos e das suas relações jurídicas, que de alguma forma poderia não ter ocorrido por receio do credor de concorrer com todos os credores comuns do devedor, consoante regra geral das obrigações.

A criação de um mecanismo jurídico capaz de garantir, com a separação de uma parte do património do devedor, o adimplemento da obrigação foi a forma que a sociedade encontrou de possibilitar que o credor encontre, além da possibilidade de utilização da garanti pessoal, ou esta por si não baste, mecanismos de ordem real que possam viabilizar a realização de negócios.

A característica real da hipoteca atribui a esta uma segurança, talvez maior do que o credor necessite, posto que já prevê que parte do património do garante será responsável pelo adimplemento do seu crédito, acompanhado disso do privilégio que passa a exercer perante outros credores, ditos comuns.

Desde a época romana até os ordenamentos atuais, a hipoteca carrega consigo a viabilidade jurídica de priorizar, no caso de inadimplemento do devedor, o recebimento do crédito, através da excussão do bem hipotecado.

Assim, a hipoteca é a forma de se constituir uma garantia, de característica real, que possibilita ao credor hipotecário sair desta rede comum de credores e separar para si uma parte especial do património que será responsável pelo adimplemento do seu crédito.

Passou a ser entendida como rainha das garantias, visto que criava no credor a segurança necessária para que contraísse a obrigação com o devedor. Essa garantia acessória da obrigação leva o credor hipotecário, por vezes, a determinar-se a efetuar o contrato.

A influência do direito romano na hipoteca é latente em ambos os ordenamentos, observando a dissonância no tocante ao registro e na possibilidade de hipotecar todo o património, que é vedada nos ordenamentos atuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO. José de Oliveira. *Direito Civil- Reais*. 5ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra editora, 2000.

CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres. *Da hipoteca*. Coimbra: Almedina, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. 1998. *Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CURA, António Alberto Vieira. *Fidúcia cum Creditore: aspectos gerais*. 1991. 306 p. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil brasileiro anotado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Rui Pinto. *Curso de direitos reais*. Cascais: Editora Principia, 2007.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de direitos reais*. 4ª ed. (reimpressão). Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Civil brasileiro - direito das coisas*. Vol. V. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano III – (direitos reais), STVDIA IVRIDICA 26*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. *Direitos Reais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MADALENO, Cláudia. *A vulnerabilidade das garantias reais: a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de Direito Civil - direitos reais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Reais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.