

2. Aspectos relevantes da hipoteca judicial no CPC/2015

Relevant aspects of mortgages in the CPC/2015

RAVI PEIXOTO

Mestre em direito pela UFPE. Membro efetivo da ANNEP. Procurador do Município de João Pessoa.

Sumário:

1. Introdução
2. Função e natureza jurídica
3. Aspectos relevantes
 - 3.1 Decisões com aptidão para a produção da hipoteca judiciária
 - 3.1.1 Decisão com cognição provisória
 - 3.1.2 Decisões condenatórias
 - 3.1.3 Situações que não impedem a sua formação
 - 3.2 Partes que podem ser atingidas pela hipoteca
 - 3.3 Exigências formais
 - 3.4 Bens que podem ser atingidos
 - 3.5 Hipóteses de cessação da eficácia
 - 3.6 Preferências do crédito
 - 3.7 Natureza jurídica da responsabilidade civil
4. Conclusão

Área do Direito: Processual

Resumo:

A hipoteca judiciária é um efeito anexo das decisões condenatórias que tem, por objetivo, garantir a satisfação de uma futura execução. Por motivos desconhecidos é pouco utilizada na prática judiciária, no entanto, existem várias polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais envolvendo o tema. O objetivo desse artigo é fazer uma análise desse instituto, a partir do CPC/2015, e, de forma a verificar se as discussões travadas à luz do CPC/1973 são mantidas ou se há uma tomada de posição pela nova legislação.

Abstract:

The judicial mortgage is a secondary effect of the condemnatory decisions that has, as objective, guarantee the satisfaction of a future execution. For unknowns reasons, it is rarely used by the parties in the civil procedure, however, there are some doctrinaires discussions involving the theme. The purpose of this article is to analyze the institute based on the CPC/2015, allowing to verify if the discussions occurred about the judicial mortgage in the CPC/1973 continue or if the legislation is able to finish them.

Palavra Chave: Hipoteca Judicial - Efeito anexo - CPC/2015.

Keywords: Judicial mortgage - Secondary effect - CPC/2015.

Recebido em: 17.03.2015

Aprovado em: 28.04.2015

1. Introdução

A hipoteca é uma espécie de direito real de garantia e tem por objetivo impor que um determinado bem passe a garantir o cumprimento de uma obrigação pecuniária, sob pena de sua alienação como forma de satisfação do direito do credor. Ela é dividida em três espécies: (a) convencional, quando decorre de negócio jurídico entre as partes; (b) legal, decorrente da legislação e (c) judicial, nos casos em que é originada de decisão judicial.¹ Haverá, tal qual nas demais hipotecas, os seguintes elementos: (a) publicidade, havendo a necessidade do registro para que produza efeitos perante terceiros, (b) especialidade; precisando de individualização dos bens hipotecados e, (c) indivisibilidade, ou seja, o pagamento parcial não a extinguirá. O seu beneficiário ainda terá os direitos de sequela e também de preferência em face do bem hipotecado.

Em geral, aponta-se a origem da hipoteca judicial na França, por meio da Ordenança de Moulins, de 1566.² No entanto, em Portugal e, conseqüentemente, no Brasil, havia instituto semelhante nas Ordenações Manuelinas, de 1521, anteriormente à legislação francesa. Nas Ordenações Afonsinas, por outro lado, houve forte influência francesa, sendo o texto que versa a temática praticamente uma tradução da ordenança de Moulins. Com uma posição mediadora, aponta Egas Moniz de Aragão a forte possibilidade de que a hipoteca judicial já fosse uma prática comum nos países europeus e por isso tenha surgido em várias legislações.³

No Brasil, após a independência, foi regulada por diversos diplomas normativos, estando sempre presente no ordenamento jurídico pátrio. No século XX foi regulada inicialmente no art. 824 do CC/1916, passando, posteriormente, a ser prevista no art. 284 do CPC/1939, substituída posteriormente pelo art. 466 do CPC/1973. Aponte-se que o texto normativo constando do Código Civil de 1916 não foi repetido pelo Código Civil de 2002.

Atualmente, o tema é regulado pelo art. 495 do CPC/2015⁴ – que realiza modificações no regramento anterior, resolvendo algumas discussões doutrinárias – e também pelo art. 167, I, 2, da Lei de Registros Públicos. O objetivo deste ensaio é debater os principais aspectos polêmicos deste instituto, tal qual regulado pela nova legislação, bem como destacar as inovações produzidas a partir do novo regramento.

Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária.

§ 1.º A decisão produz a hipoteca judiciária:

<p>I – embora a condenação seja genérica;</p> <p>II – ainda que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor;</p> <p>III – mesmo que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo.</p> <p>§ 2.º A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência.</p> <p>§ 3.º No prazo de até 15 (quinze) dias da data de realização da hipoteca, a parte informa-la-á ao juízo da causa, que determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato.</p> <p>§ 4.º A hipoteca judiciária, uma vez constituída, implicará, para o credor hipotecário, o direito de preferência, quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade no registro.</p> <p>§ 5.º Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos.</p>	<p>Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.</p> <p>Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária:</p> <p>I – embora a condenação seja genérica;</p> <p>II – pendente arresto de bens do devedor;</p> <p>III – ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.</p>
---	--

2. Função e natureza jurídica

As decisões jurisdicionais são aptas a produzirem diversas espécies de efeitos. Os efeitos principais estão relacionados com as diferentes eficácias principais produzidas pelas decisões, as consequências operadas no plano fático, quais sejam, a depender da doutrina, o efeito condenatório, o constitutivo e o declaratório; para outros autores haveria a inclusão dos efeitos mandamentais e executivos e uma terceira corrente ainda adota uma classificação quaternária, ao identificar as sentenças declaratórias e condenatórias.⁵ Fala-se também em efeitos reflexos, que permitem a intervenção de terceiros juridicamente interessados na causa, “em razão de vínculos de conexão ou acessoriedade da relação de que os terceiros participem e a relação jurídica que seja tema do *decisum*”.⁶

Uma terceira classe de efeitos é denominada de efeitos anexos, secundários, colaterais ou mesmo efeitos de fato das decisões jurisdicionais, que atingem as próprias partes e decorrem de sua existência enquanto fato jurídico.⁷ Ao contrário dos efeitos principais, eles decorrem diretamente do texto normativo ou mesmo de um negócio jurídico entre as partes anexando efeitos a determinadas decisões.⁸ É desnecessário que o magistrado faça a eles menção, não sendo sequer objeto da cognição judicial, produzindo seus efeitos independentemente de pedido da parte por eles afetada.⁹ A doutrina indica que, ao contrário das eficácias principais e reflexas, os efeitos anexos não nascem de uma eficácia interna à demanda, mas lhe seria absolutamente externo, por não estarem incluídos nos pedidos das partes.¹⁰ Ou seja, independem da vontade das partes e do magistrado. Vários exemplos podem ser encontrados na legislação, como a preempção, a responsabilidade objetiva pela execução indevida, a dissolução da comunhão de bens com a sentença de separação judicial (art. 1.575 do CC/2002) etc.

A hipoteca judiciária é um efeito anexo produzido pelas decisões condenatórias.¹¹ Para a sua produção, é irrelevante que haja qualquer menção do magistrado à sua constituição. O CPC/2015, inclusive, foi bastante eloquente no ponto, ao ressaltar que, para o seu registro, basta que a parte se utilize de cópia da referida decisão para o registro no cartório, não havendo, a princípio, nenhuma participação prévia do magistrado.

A principal função da hipoteca judiciária é a de garantir a futura satisfação do direito material pleiteado em juízo, caso o devedor não cumpra a decisão judicial de forma voluntária. Por haver o direito de preferência, seria até irrelevante a eventual alienação do bem, pois este ainda estaria vinculado à execução, podendo ser utilizado para a satisfação do direito do credor, mesmo que esteja em poder de terceiro.

Há quem destaque que uma das suas funções seria a prevenção da fraude à execução preenchendo os requisitos exigidos para tanto por meio do Enunciado 375 da jurisprudência dominante do STJ.¹² No entanto, sequer seria necessária essa discussão, por ser da própria natureza da hipoteca a utilização do bem para a satisfação do direito do credor. Como apontam Rodrigo Mazzei e Lucas Serpa, não é adequada a “fixação do instituto apenas a partir de parâmetros (e fenômenos) processuais”, devendo, ao contrário, ser aproximado às figuras jurídicas dos direitos reais, sendo assim, desnecessária a criação da relação entre alienação de bem hipotecado e fraude à execução.¹³ Ou seja, não deveria haver a confusão entre direito de sequela e fraude à execução. No entanto, o CPC/2015 optou por consagrar essa relação ao prever expressamente que se considera fraude à execução a alienação de bem gravado pela hipoteca judiciária, no art. 792, III.¹⁴

3. Aspectos relevantes

3.1. Decisões com aptidão para a produção da hipoteca judiciária

3.1.1. Decisão com cognição provisória

Sob o prisma do CPC/1973, era natural que o primeiro requisito para que seja permitida a realização da hipoteca judiciária fosse a existência de uma decisão prolatada com cognição exauriente. Note-se que o art. 466 exigia expressamente uma sentença, o que gerava, ao menos, a necessidade de uma decisão com cognição exauriente. Assim, independentemente do grau hierárquico da decisão, decisões proferidas por meio de cognição sumária não seriam capazes de gerar o direito à hipoteca.

Antes de adentrar no mérito da necessidade de cognição exauriente, é preciso destacar uma primeira abertura permitida pelo CPC/2015, que é a formação do direito à hipoteca por julgamento antecipado parcial do mérito.

Em geral, a cognição exauriente irá ocorrer na sentença, especialmente com a introdução do § 6.º do art. 273 no CPC/1973, por meio da Lei 10.444/2002, a doutrina passou a defender a possibilidade da decisão interlocutória com cognição exauriente. Seria possível que, em relação a um dos capítulos da decisão houvesse incontrovérsia, permitindo a antecipação parcial do julgamento do processo, com cognição exauriente e aptidão para a formação da coisa julgada material.¹⁵ Conforme afirma Fredie Didier Jr. “Uma fruta madura não precisa esperar o amadurecimento de uma outra, ainda verde, para ser colhida”.¹⁶

O CPC/2015 adotou um posicionamento mais claro sobre a temática ao admitir o julgamento fracionado do mérito por meio de decisão interlocutória em seu art. 356.¹⁷ Houve a inserção de uma seção específica, denominada “Do julgamento antecipado parcial do mérito”.

É inegável a opção legislativa de admitir o fracionamento da decisão que analisa o mérito de forma exauriente.¹⁸ Note-se que o *caput* faz referência a que “O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um

ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles” e, ainda, que o § 3.º destaca que, “se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva”. Não há mais como negar essa possibilidade do trânsito em julgado parcial. Era despida de justificativa razoável a limitação imposta pela doutrina e jurisprudência no sentido de que apenas a sentença pudesse ter aptidão à formação da coisa julgada material.

Em sendo possível o fracionamento do julgamento exauriente, será possível que a hipoteca judiciária seja realizada com base em decisão interlocutória com cognição exauriente.¹⁹

Para além dessa possibilidade, o CPC/2015 permite uma maior ampliação das decisões com aptidão para gerar o direito à hipoteca ao não mais fazer referência à sentença no texto normativo, mas tão somente ao termo “decisão”. Assim, *não apenas as decisões com cognição exauriente, mas também as decisões provisórias terão aptidão para gerar a hipoteca judiciária.*²⁰

De fato, historicamente sempre se exigiu decisão com cognição exauriente, ainda mais pelo dogma de que não poderia haver execução sem título, que apenas seria formado por aquela espécie de decisão. No entanto, no Brasil, desde 1994, com a generalização da antecipação dos efeitos da tutela, tal dogma foi quebrado, sendo permitida a execução provisória de decisão com cognição sumária.

O CPC/2015, ao não mais exigir sentença, mas apenas decisão, permite que decisões com cognição sumária gerem o direito à hipoteca. Não há nenhum óbice teórico a essa interpretação e o aspecto histórico não parece ter aptidão de impedi-la. Há de se perceber que, na atualidade, é permitido a penhora e mesmo a alienação do bem por meio da execução provisória, não sendo justificável que se impeça a possibilidade da formação do direito à hipoteca por meio de decisão com cognição sumária.

Assim, com o CPC/2015, a hipoteca judiciária passa a ser formada tanto por decisões com cognição exauriente, sejam elas sentenças ou interlocutórias, como também por decisões detentoras de cognição sumária.

3.1.2. Decisões condenatórias

Outro aspecto discutido na doutrina é sobre quais espécies de decisão permitiriam a produção da hipoteca judiciária. O texto do CPC/1973 fazia referência a decisões que condenassem uma das partes ao “pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa”. No entanto, havia o posicionamento de uma interpretação ampliada, atingindo as sentenças que determinassem a realização de uma obrigação de fazer e não fazer,²¹ sob a interpretação de que a possibilidade de utilização de medidas para o cumprimento do direito material não retirariam a utilidade da hipoteca judiciária. Ela ficaria com a utilidade resguardada para a eventual conversão da obrigação em perdas e danos.²² Por outro lado, havia quem defendesse uma interpretação restritiva, abrangendo apenas as obrigações de pagar quantia. Essa posição doutrinária era fundamentada na atual prevalência do processo civil pelo cumprimento específico das obrigações de fazer, não fazer e de dar coisa. Como existiriam providências mais adequadas para efetivar tais direitos, seria pouco razoável a constrição do patrimônio imobiliário do condenado apenas para uma futura e incerta conversão em perdas e danos. A utilização da hipoteca judiciária apenas seria possível caso houvesse a efetiva conversão em perdas e danos.²³

O CPC/2015 acolheu a segunda corrente ao modificar o texto normativo, constando do *caput* do art. 495, a seguinte redação acerca das decisões aptas à produção da hipoteca judiciária: “A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária”. Além de ter ocorrido a exclusão à menção da decisão que determina a entrega de coisa, ainda houve a expressa menção a que, nos casos de decisões que imponham a prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa, a hipoteca judiciária apenas seja produzida quando elas forem convertidas em prestação pecuniária. Portanto, o CPC/2015 apenas admite a produção da hipoteca judiciária nas hipóteses de sentença condenatória.

Atualmente, é razoável ainda o entendimento que admite a inscrição em hipoteca judiciária das decisões

declaratórias que reconheçam a existência de uma obrigação de pagar quantia. A doutrina já defendia a possibilidade de concessão de executividade às sentenças declaratórias quando houvesse o reconhecimento de uma obrigação exigível a partir da interpretação do art. 475-N, I, do CPC/1973²⁴ e essa mesma interpretação permanece possível a partir da redação do art. 515, I, do CPC/2015, que trata da mesma matéria.²⁵ Assim, em sendo possível a execução das sentenças declaratórias que reconheçam a existência de uma obrigação exigível de pagar quantia, tais decisões também estarão aptas a produzir a hipoteca judiciária.²⁶

3.1.3. Situações que não impedem a sua formação

O CPC/2015 ainda estabelece algumas situações que não impedem a produção da hipoteca judiciária. A primeira delas está no inc. I do § 1.º do art. 495, afirmando que ela será produzida, mesmo que a condenação seja genérica. A referência à condenação genérica deve ser entendida como decisão ilíquida.

O desafio, na hipótese da decisão ilíquida, é a determinação dos valores a serem utilizados para a realização da hipoteca judiciária, de forma a impedir que haja uma constrição indevida do patrimônio do condenado. Destaca a doutrina que não seria admissível que o gravame atingisse todo o patrimônio do condenado, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade.²⁷ Essa determinação seria feita mediante oportunização do contraditório entre as partes e posterior decisão do magistrado, fixando um valor base para a realização da hipoteca judiciária. Caso o juiz, mesmo após a oportunização do contraditório, ainda assim, não fosse capaz de estimar um valor, haveria a possibilidade da utilização de perito para buscar um valor mais exato.²⁸

O inc. II do § 1.º do art. 495 manteve texto semelhante ao do CPC/1973 ao permitir a utilização da hipoteca judiciária “ainda que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor”. Parte da doutrina indica que o texto permitiria apenas uma escolha do credor, no sentido de que ou opta pela execução provisória ou pela utilização da hipoteca judiciária.²⁹ Por outro lado, há quem defenda que pode haver a hipoteca, mesmo que haja concomitantemente a execução provisória, em face da necessidade de prestação de caução e também pela possibilidade da demora no tempo para a instauração da execução e a possibilidade de piora da condição do executado.³⁰ A primeira parte do raciocínio não é mais aplicável ao processo civil brasileiro, por não haver mais a exigência de caução para a instauração da execução provisória. De toda forma, parece razoável a admissão da possibilidade da hipoteca, mesmo que seja possível a execução provisória, por não serem excludentes entre si. A execução e a hipoteca judicial possuem regramento e objetivos diversos, não havendo problema em sua utilização concomitante, servindo a hipoteca para garantir, de imediato, que haja bens suficientes para a satisfação da condenação.³¹

Uma incorporação de posicionamento doutrinário e jurisprudencial ocorreu com a inserção do inc. III do § 1.º do art. 495, permitindo a inscrição da hipoteca judiciária, mesmo que a decisão seja impugnada por recurso com efeito suspensivo. Afirmava a doutrina que o efeito suspensivo apenas suspenderia os efeitos principais da decisão recorrida, mas não os efeitos anexos, ou seja, os que decorrem do seu conteúdo, da simples existência da decisão judicial.³²

Por fim, de acordo com o entendimento jurisprudencial, é irrelevante a aparente suficiência do ativo patrimonial do executado para a constituição e a inscrição da hipoteca judiciária. Ela poderá ser realizada mesmo que o sucumbente demonstre ter bens que suportem uma eventual execução.³³

3.2. Partes que podem ser atingidas pela hipoteca

A referência no texto normativo do art. 495 à decisão “que condenar o réu” é interpretada de forma bastante ampla. O réu a que se faz referência não é apenas ao sujeito passivo do pedido da parte autora, mas todo aquele que tenha contra si uma decisão que determine o pagamento de uma quantia. Deverá abranger todos os que figurem na relação processual como sujeitos passivos de alguma condenação de

pagar quantia em dinheiro.

Esse réu pode ser o próprio autor, que atue como réu por meio de uma reconvenção. Ele ainda poderá estar sujeito ao pagamento de custas e honorários de sucumbência, caso seja derrotado no processo e essa sentença também valerá como título para inscrição em hipoteca judiciária.

3.3. Exigências formais

A sua requisição seria despida de maiores formalidades, independentemente de qualquer pronunciamento explícito do magistrado. Bastaria à parte vencedora, nos termos do § 3.º do art. 495, utilizar-se de cópia da decisão e levá-la ao cartório.

Uma questão polêmica no CPC/1973 envolve a exigência ou não de contraditório para a expedição desse mandado de registro. Douglas Neves indica que a decisão que autoriza a hipoteca é automática, porém, como é necessária a sua especialização, nesse ponto, seria necessário o contraditório prévio. Não seria possível, para a inscrição da hipoteca judiciária simplesmente levar a sentença para o registro no cartório, dependendo, anteriormente, da especialização dessa hipoteca, com os dados de qual(is) bem(ns) será(ão) atingido(s).³⁴ Ela não gera um direito de seqüela perante todos os bens do sucumbente, mas tão somente em face daqueles requeridos pela parte e especificados pelo magistrado. A não admissão do contraditório prévio, segundo essa doutrina, iria implicar na possibilidade de um prejuízo desarrazoado, tendo em vista a especialização da hipoteca em face de um bem com valor muito mais alto do que o da condenação ou mesmo em uma quantidade desnecessária de bens.

No entanto, há também posicionamento contrário, no sentido da desnecessidade de prévio contraditório. Para Leonardo Carneiro da Cunha, a hipoteca é um mero efeito anexo da sentença condenatória, que independe de pedido ou de determinação do magistrado. Não haveria necessidade e nem utilidade na oportunidade do prévio contraditório e sequer haveria necessidade de cognição judicial sobre o tema.³⁵

O entendimento que prevaleceu no texto normativo do CPC/2015 foi o da desnecessidade do contraditório. Na verdade, houve grande simplificação do procedimento para a realização da hipoteca judiciária, sendo desnecessário qualquer requerimento para que seja expedido mandado de registro pelo magistrado. De acordo com o § 2.º do art. 495 do CPC/2015, “A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência”.

Ou seja, para que haja a especialização dos bens sujeitos à hipoteca, basta que a parte beneficiada apresente cópia da sentença perante o cartório e indique quais bens devem ser hipotecados. Não haverá necessidade de determinação judicial prévia, de demonstração de urgência e, inclusive, de que haja menção à hipoteca na sentença. Permite o texto normativo uma avaliação prévia e unilateral dos bens hipotecados por parte do seu beneficiário.

Eventual controle passa a ser feito de forma posterior, uma vez que o § 3.º do art. 495, exige que, no prazo de até quinze dias após a realização da hipoteca, a parte informe o registro da hipoteca ao juízo da causa, que determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato. Caso a parte, após intimada, verifique algum excesso na realização da hipoteca, poderá comunicar ao magistrado, que, decidindo, poderá determinar a modificação da hipoteca. Poderá ainda a parte, baseada na disposição do art. 805 do CPC/2015,³⁶ que consagra o princípio da menor onerosidade ao devedor, realizar a demonstração de que existem outros bens mais eficazes e menos onerosos. Por exemplo, na hipótese em que a parte possua três imóveis – a sua residência, uma casa de praia e o da sua empresa – e o beneficiado pela hipoteca judiciária opte por hipotecar o imóvel no qual funciona a sua empresa. Poderá a parte demonstrar ao magistrado que seria mais razoável a hipoteca de sua casa de praia, pois traria menos prejuízos à sua atividade financeira.

Um regramento semelhante e que poderia ser utilizado de forma analógica seria o do art. 828 do CPC/2015,³⁷ que permite ao exequente a obtenção de certidão “de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade”. O que há, na hipótese do art. 828 é também um controle posterior de abuso desse direito, que poderia ser aplicado à hipoteca judiciária, em que também há uma avaliação prévia e unilateral dos bens do executado pelo exequente. Conforme o § 5.º do art. 828, caso o exequente promova averbações manifestamente indevidas indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.³⁸ Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado à hipoteca judiciária, com a eventual indenização pelo registro de hipotecas manifestamente indevidas. Assim, para além da possibilidade de requerimento de modificação da hipoteca pelo sujeito prejudicado, ainda é possível eventual indenização, caso haja algum prejuízo causado por sua abusividade.

Outro raciocínio que pode ser aplicado de forma analógica para a hipoteca judiciária, utilizado inicialmente para a averbação da execução, é aquele que interpreta que, caso não haja a comunicação da averbação no prazo legal, ela se tornará indevida.³⁹ Assim, surgiria o dever de indenizar a parte prejudicada pela hipoteca pela não comunicação tempestiva do seu registro.

Note-se que essa situação da hipoteca indevida não se confunde com a responsabilidade objetiva prevista no § 5.º do art. 495, que ocorre no caso de reforma da decisão que gerou a hipoteca judiciária. Aqui, a possibilidade de indenização independe da reforma. Ela dependerá apenas da demonstração, por parte do sucumbente, de que houve a realização de hipotecas indevidas.

Por outro lado, mesmo com o texto normativo do § 2.º do art. 495, o contraditório prévio deve ser exigido nas hipóteses de sentenças ilíquidas. Há de ser perceber que a permissão de que o credor possa simplesmente arbitrar, por si só, um valor que sirva de parâmetro para o registro da hipoteca é inadequado em face do devido processo legal. Além do mais, não haveria parâmetro para o controle da quantidade de bens a serem hipotecados. Por mais que seja possível posterior responsabilização por uma hipoteca manifestamente indevida, é mais adequada a exigência de prévio contraditório e de uma decisão por parte do magistrado fixando um valor base para a realização da hipoteca. O CPC/2015 tem como um dos seus principais princípios fundantes, o do contraditório, que, em regra, é prévio. Na hipótese, mesmo que, em tese, seja possível o registro da hipoteca sem contraditório prévio, ele passa a ser exigido nos casos de decisões ilíquidas.⁴⁰

Destaque-se que a eventual discussão acerca da preclusão acerca do requerimento de expedição do mandado para a inscrição da hipoteca judiciária também foi resolvido.⁴¹ Se a sua realização depende apenas de uma cópia da decisão apta a gerá-la, não há preclusão a que seja processada após finda a atuação do juiz originário.

3.4. Bens que podem ser atingidos

Os bens sujeitos à hipoteca estão previstos no art. 1.230 c/c art. 1.473 do CC/2002. Ela poderá atingir os bens imóveis e também navios e aeronaves, como forma de garantir a satisfação do crédito. Dentre essas possibilidades, abrangerá todos os bens do condenado, presentes e futuros.⁴² Ou seja, se os atuais forem insuficientes, poderá haver o reforço posterior.⁴³

Um tema que surge é relativo à hipoteca dos bens de família. Há doutrina e precedentes que entendem a sua impossibilidade, sob o fundamento de que tais bens não poderão, no futuro, ser alvo de expropriação para a satisfação do crédito.⁴⁴

Há, no entanto, um posicionamento em sentido contrário, admitindo ser possível a hipoteca desses bens, sob o fundamento de que a possibilidade ou não da penhora do bem será resolvida no momento da penhora. E, como é possível um longo lapso temporal entre a realização da hipoteca e do início da

execução, a situação de impenhorabilidade do bem pode ser modificada até esse momento. Por isso, seria viável essa hipoteca, sendo a questão da possibilidade decidida apenas no momento oportuno.⁴⁵ Um exemplo seria a hipótese do devedor, no momento da execução, ter adquirido outro imóvel e passado a nele residir, deixando de utilizar o imóvel inicialmente hipotecado como moradia e não mais havendo a proteção da impenhorabilidade familiar.

A hipoteca judiciária não se apresenta possível em face da Fazenda Pública.⁴⁶ É que a execução por quantia certa fundada em título judicial em face desses entes segue um rito especial, nos termos do art. 534 do CPC/2015, com a citação para a oposição de embargos e, ao final, haver a inscrição dos valores em precatórios, atendendo ao regramento do art. 100 da CF/1988. Não há, nessa modalidade de execução, a penhora, uma vez que os bens dos entes públicos são impenhoráveis,⁴⁷ motivo pelo qual seria inútil a realização da hipoteca judiciária. Por mais que seja possível a autorização legislativa para a alienação dos bens dos entes públicos, esta só poderia permitir a alienação, não o gravame com hipoteca.⁴⁸

3.5. Hipóteses de cessação da eficácia

As hipóteses de extinção da hipoteca estão previstas no art. 1.499 do CC/2002, podendo haver a sua aplicação ao processo civil, com algumas adaptações. Como é um direito acessório, uma vez extinta a obrigação principal, terá o mesmo fim a hipoteca, estando previsto no inc. I do artigo mencionado.⁴⁹ Poderá ainda ser cancelada, nos termos dos incs. II e III do artigo mencionado, pelo perecimento da coisa ou pela resolução da propriedade. Nessas duas hipóteses, poderá o credor realizar nova hipoteca em face de outros bens. Pode ainda haver a renúncia ao credor dessa garantia, nos termos do inc. IV, caso em que, naturalmente, não poderá renovar a hipoteca, salvo na hipótese de reforma parcial da decisão, que aumente o valor da condenação ou acrescente mais algum capítulo condenatório, hipótese em que a nova hipoteca apenas poderá abranger tais valores.

Consta ainda a possibilidade da remição como hipótese de extinção da hipoteca, que é uma espécie de resgate do bem. Atualmente, não há mais a possibilidade da remição dos bens pela família do devedor, desde a revogação dos arts. 787 e ss. do CPC/1973 pela Lei 11.382/2006. Mesmo para aqueles que admitiam a sua manutenção baseados no art. 1.482 do CC/2002,⁵⁰ houve a revogação desse texto normativo pelo inc. II do art. 1.072 do CPC/2015.⁵¹ No entanto, ainda existem algumas possibilidades de remição, a exemplo do direito de a União ou o Estado-membro de remir a estrada de ferro hipotecada que tenha sido arrematada ou adjudicada, no prazo de quinze dias contados de sua intimação, nos termos do art. 1.505 do CC/2002 e ainda a possibilidade de remição de bem tombado pela União, Estado ou Município, consoante autorizado pelo art. 22 do Dec.-lei 25/1937.

A última hipótese prevista no art. 1.499 aponta a extinção da hipoteca pela arrematação ou adjudicação do bem. Tal previsão normativa aponta que, durante o processo de execução, permanece a hipoteca mesmo após a penhora de tais bens no caso do devedor solvente ou mesmo na hipótese da arrecadação de bens do insolvente. A sua extinção apenas ocorrerá após a arrematação ou adjudicação dos bens hipotecados no caso da penhora e com a extinção das obrigações no caso da arrecadação de bens.⁵²

Ainda na hipótese da arrematação ou da adjudicação do bem, caso existam outras hipotecas em relação aos bens, a sua extinção dependerá da prévia notificação judicial dos respectivos credores hipotecários que não sejam partes na execução, nos termos do art. 1.501 do CC/2002.

Havendo reforma da decisão, caso ela transite em julgado, naturalmente será afetada a hipoteca, devendo ser cancelada, situação que decorre do próprio direito material, onde a extinção do principal acarreta a mesma situação no acessório, que seria essa garantia e a decisão que lhe fornece suporte. O próprio texto normativo do § 5.º do art. 495 do CPC/2015 confirma a desnecessidade do trânsito em julgado da decisão que reformar ou invalidar a que gerou a hipoteca, ao afirmar que a responsabilidade civil será gerada desde a reforma ou invalidação da decisão originária.

No entanto, há certa polêmica doutrinária nos casos em que a decisão de reforma não chegue a transitar em julgado, sendo impugnada por algum recurso. Uma corrente doutrinária defende que, caso o recurso possua efeito suspensivo, a hipoteca seria conservada. Por outro lado, caso não o possua, deveria ser cancelada.⁵³ Inicialmente, é preciso destacar um problema desse posicionamento, que seria o que deveria ser feito em caso de recurso com efeito suspensivo *ope judicis* quando ele seja concedido. Em tese, a hipoteca seria cancelada e, posteriormente, restabelecida, mesmo que não houvesse nenhuma mudança no conteúdo da decisão.

Outra corrente defende que seria irrelevante a existência ou não do efeito suspensivo *ope legis*. A única exigência é a de que seja reformada a decisão, não importando os efeitos do recurso interposto.⁵⁴

Essa parece ser a corrente mais adequada, uma vez que não existem razões que sustentem a primeira posição doutrinária. A única situação que importa é a reforma da decisão, que afirma a insubsistência da primeira decisão, que permitiu a inscrição da hipoteca. Se ela é um efeito anexo, a partir do momento em que a decisão é substituída ou anulada, deixa de existir esse efeito. Além do mais, seria uma violação do princípio da igualdade a admissão de que a decisão impugnada com recurso detentor de efeito suspensivo não impede a produção da hipoteca, mas a decisão de reforma impugnada por recurso com efeito suspensivo não tem aptidão para o seu cancelamento.

Para além do mais, esse posicionamento era mais adequado para a lógica do atual CPC, em que vários recursos eram tidos como detentores do efeito suspensivo *ope legis*, a exemplo dos embargos de declaração⁵⁵ e dos embargos infringentes. O CPC/2015 não adota mais essa lógica ao estabelecer, no art. 995, que “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”. A regra passa a ser a ausência do efeito suspensivo automático, com a exceção da apelação (art. 1.012 do CPC/2015).

Ou seja, a lógica da primeira corrente não mais existiria no direito processual civil, pois, para que haja reforma, deve haver recurso que tenha sido decidido. No mínimo, terá existido o agravo de instrumento em face da decisão interlocutória de mérito ou apelação contra a sentença e nas duas hipóteses houve reforma da decisão. Os embargos infringentes foram extintos e as possibilidades recursais seriam os embargos de declaração, recurso especial e extraordinário. Nenhum deles possui efeito suspensivo automático, tornando a primeira corrente simplesmente inaplicável a partir da reforma do processo civil.

Caso a reforma seja parcial, algumas situações diferentes podem ocorrer. Essa reforma pode gerar as seguintes situações, partindo do pressuposto de que a decisão inicial gerou uma hipoteca judicial e pensando em hipóteses que nela possam influenciar: (a) reforma apenas do capítulo referente à decisão condenatória; (b) inclusão de mais um capítulo de caráter condenatório; (c) diminuição dos valores e (d) aumento dos valores.

Na primeira hipótese, embora não haja reforma total da decisão, se o capítulo de caráter condenatório for modificado pela via recursal, a hipoteca deve ser extinta. Caso haja a inclusão de um capítulo de caráter condenatório, ou mesmo que haja o aumento dos valores, é possível que haja o aumento da garantia real, com a hipoteca de outros bens, ou mesmo reajustar o valor da hipoteca, caso ele seja mais valioso do que a anterior condenação.

Na hipótese da diminuição de valores, caso o devedor possua outro bem, de menor valor, mas que possua igual efetividade, poderá requerer ao magistrado que determine a modificação da hipoteca, a partir da aplicação do princípio da menor onerosidade. Mesmo que tenha sido hipotecado apenas um bem, defende a doutrina que o princípio da indivisibilidade não se aplica a essa hipótese, pois não houve pagamento parcial, mas diminuição do próprio título, da dívida.⁵⁶ Para além disso, ainda é possível mencionar o princípio da menor onerosidade, que permitirá ao beneficiado pela reforma parcial demonstrar que, com a diminuição, passam a existir outros bens passíveis de hipoteca e que seriam menos prejudiciais à sua esfera jurídica e, ao mesmo tempo, mais efetivos na garantia da dívida. Assim, como o valor da hipoteca

não precisa coincidir com o valor do bem, caso a parte beneficiada pela diminuição da condenação judicial não alegue e comprove que existem outros bens cuja hipoteca lhe causaria menor prejuízo e que teriam ainda maior efetividade para a execução posterior, deve ser mantida a hipoteca do bem originário. Caso tenham sido hipotecados vários bens, poderá a parte requerer a diminuição dessas hipotecas para que se adequem ao novo valor.

3.6. Preferências do crédito

Ao tempo do CPC/1973 havia forte polêmica doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade de a hipoteca judiciária ser capaz de gerar a preferência do crédito.⁵⁷ O CPC/2015 adotou a corrente que concede o direito de preferência do crédito por meio da hipoteca judiciária ao apontar, no § 4.º do art. 495, o seguinte: “a hipoteca judiciária, uma vez constituída, implicará, para o credor hipotecário, o direito de preferência, quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade no registro”. A disposição é semelhante ao previsto no art. 1.422 do CC/2002, que já garantia a preferência à hipoteca, desde que observada a prioridade no registro.

3.7. Natureza jurídica da responsabilidade civil

Sob o prisma do Código de Processo Civil de 1973 inexistia qualquer previsão específica acerca da responsabilidade civil em caso de reforma ou invalidação da decisão que produziu a hipoteca judicial. Isso fez com que houvesse certa polêmica doutrinária, havendo doutrina defendendo tanto o posicionamento de que seria hipótese de responsabilidade subjetiva,⁵⁸ como aqueles que defendiam a aplicação do regramento da execução provisória e definitiva e, portanto, de caráter objetivo.⁵⁹

O CPC/2015 resolveu o problema ao inserir o § 5.º no art. 495, no regramento da hipoteca judiciária com o seguinte texto: “§ 5.º Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos”.

Pelo texto normativo houve o esclarecimento da questão ao ser previsto expressamente que a responsabilidade civil por danos decorrentes da hipoteca judiciária é objetiva, ou seja, independe da demonstração de dolo ou culpa. Em havendo reforma ou invalidação da decisão, os danos causados podem ser liquidados nos próprios autos, tal qual ocorre no processo de execução.

4. Conclusão

Por motivos desconhecidos, o tema da hipoteca judiciária é esquecido tanto na academia, quanto na prática judiciária. Ainda existem poucos textos específicos sobre o assunto e raras são as decisões que a analisam. De toda forma, é um importante meio para garantir a efetividade de uma futura execução, impedindo fraudes à execução.

O CPC/2015 manteve esse efeito anexo da sentença, operando mudanças pontuais em seu regramento, tomando posição diante de várias polêmicas jurisprudenciais e doutrinárias. Vários temas que não possuíam uma resposta uniforme foram respondidos pelo novo texto normativo que facilitou ainda mais a sua utilização. Atualmente, sequer há necessidade de um despacho que a permita. Espera-se que essas modificações em seu regramento possam incentivar a sua utilização na prática dos operadores do direito.

Pesquisas do Editorial

- FORMAS DE EXTINÇÃO DA GARANTIA HIPOTECÁRIA., de José Renato Nalini - RDI 16/1985/141

- HIPOTECA: NATUREZA E REGISTRO, de Ricardo Henry Marques Dip - RDI 36/1995/17

FOOTNOTES

1

Há quem não conceda a natureza de direito real à hipoteca judicial, muito embora não seja esta a posição adotada neste ensaio. Nesse sentido: ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 630. No sentido do texto: NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2011, p. 15 e 35; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 367. Para José Rogério Cruz e Tucci, seria uma espécie de hipoteca anômala, por não outorgar a preferência ao seu beneficiário, mas, ainda assim, um direito real: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Hipoteca judiciária e devido processo legal. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 8, versão digital. Aparentemente, a discussão sobre a sua natureza de garantia processual ou de direito real teria influência para a determinação do direito de preferência, problema que foi resolvido pelo texto normativo do Novo CPC, conforme será explicitado mais adiante.

2

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Hipoteca judiciária e devido processo legal... cit.

3

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. Hipoteca judiciária. *Revista de Processo*. vol. 51. p. 10. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1988.

4

Como será feita sempre uma análise comparativa entre as duas regulações legais, opta-se pela referência comparativa entre os dois textos (conforme tabela abaixo)

5

Um interessante panorama sobre a questão, com artigos em defesa da teoria quinária, quaternária e trinária, pode ser observado na seguinte coletânea: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria quinária da ação*. Salvador: Juspodivm, 2010.

6

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Eficácias da sentença e coisa julgada. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.87-88.

7

Sob uma perspectiva histórica dos efeitos secundários da sentença, percebe-se que remontam ao direito romano e a produção da infâmia perante o derrotado em algumas espécies de condenações, tema que não era estabelecido pelo pretor e nem objeto da condenação. Destaca a doutrina que "Os romanos consideravam-na como consequência natural da sentença, em virtude do caráter mesmo daquelas ações em que a condenação implicava ter sido reconhecida a civil indignidade do réu" (COSTA, Moacyr Lobo da. Efeitos secundários da sentença. *Revista de Processo*. vol. 32. p. 15. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1983).

8

Alguns doutrinadores apontam para essa possibilidade de efeitos anexos que decorram de negócio jurídico entre as partes. Trata-se de uma interessante possibilidade de negócio jurídico processual atípico, questão bastante valorizada pelo art. 190 do CPC/2015 (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Eficácias da sentença e coisa julgada... cit., p. 88; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1970. p. 214-215).

Para além disso, é importante destacar que não há uma ligação intrínseca entre efeitos anexos e a sentença. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*... cit., p. 217-218). Nada impede que a vontade das partes ou a legislação crie hipóteses em que eles sejam produzidos por outras decisões, como é a hipótese da hipoteca judiciária, que pode ser produzida por uma decisão interlocutória de mérito.

9

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 75; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações...* cit., p. 217.

10

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Eficácias da sentença e coisa julgada... cit., p. 88.

11

Nesse sentido, dentre outros, cf.: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada...* cit., p. 74-75; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V, p. 53; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Eficácias da sentença e coisa julgada... cit., p. 88; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. vol. IV, p. 419.

12

CLAUS, Ben-Hur Silveira. Hipoteca judiciária: a (re)descoberta do instituto diante da Súmula n. 375 do STJ: execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região*. vol. 46. n. 91. p. 92-93. Belém, jul.-dez. 2013.

13

MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. Hipoteca judiciária: breves noções e sua nova roupagem segundo o Projeto do novo Código de Processo Civil. Texto inédito, gentilmente cedido pelos autores.

14

“Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

(...)

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude.”

15

Admitindo que o § 6.º do art. 273 é decisão decorrente de juízo de cognição exauriente, gerando coisa julgada material e execução definitiva: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O § 6.º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide? *Revista Dialética de Direito Processual Civil*. vol. 1. p. 126. São Paulo: Dialética, abr. 2003; MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 45-48; PASSOS, José Joaquim Calmon de Passos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 71-72; CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo; FUX, Luiz; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 678-679; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33-34; SIMONASSI, Mauro. A parte incontroversa da demanda: para uma teoria da coisa julgada do mérito e do processo. *Revista de Processo*. vol. 236. p. 109-110. São Paulo: Ed. RT, out. 2014; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 294-295; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 530-531.

Em sentido contrário: VILHENA NUNES, João Batista Amorim de. Cumulação de demandas, tutela antecipada, decisão parcial de mérito e sua execução. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coords.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao Professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 494-496; ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela em face do pedido incontroverso. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/teori%20zavascki(2)%20-formatado.pdf]. Acesso em: 26.02.2015.

Esse é também o posicionamento do STJ: STJ, REsp 1.234.887/RJ, 3.ª T., j. 19.09.2013, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 02.10.2013.

16

DIDIER JR., Fredie. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial de mérito. *Revista de Processo*. vol. 110. p. 232. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2003.

17

“Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I – mostrar-se incontroverso;

II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1.º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2.º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3.º Na hipótese do § 2.º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4.º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5.º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.”

18

Para uma análise detalhada dessa possibilidade de julgamento fracionado do mérito, cf.: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A fragmentação do julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 229. p. 121-166. São Paulo: Ed. RT, mar. 2014.

19

Também nesse sentido: MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. Hipoteca judiciária: breves noções e sua nova roupagem segundo o Projeto do novo Código de Processo Civil.

20

De forma semelhante, cf.: MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. Hipoteca judiciária: breves noções e sua nova roupagem segundo o Projeto do novo Código de Processo Civil... cit.

21

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. Hipoteca judiciária... cit., p. 13-14; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 443; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 346.

22

Com essa fundamentação: NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 51-55.

23

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil...* cit., p. 368-369. Aderindo a esse posicionamento: BARBOSA, Fernanda Leal; TEIXEIRA, Maria Luíza Firmiano. O instituto da hipoteca judiciária e a sua atual aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. *Revista da CEJ*. n. 55. p. 67. Brasília, out.-dez. 2011.

24

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 250-252. A bem da verdade, parcela da doutrina já admitia essa possibilidade mesmo antes da modificação da redação do art. 475-N, I, do CPC/1973 em 2005. Sobre o tema: ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*. vol. 109. p. 45. São Paulo: Ed. RT, jan. 2003.

Para certa doutrina, além da possibilidade da executividade das sentenças declaratórias serem executáveis para o autor, na hipótese do julgamento de improcedência, seria possível que ela fosse executável pelo réu. (MOUZALAS, Rinaldo. Duplicidade da ação declaratória – Certificação por contrariedade. *Revista de Processo*. vol. 237. p. 115. São Paulo: Ed. RT, nov. 2014.).

25

“Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

I – as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa.”

26

De forma semelhante: THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. I, p. 531-532.

27

JUSTEN FILHO, Marçal; MOREIRA, Egon Bockmann; TALAMINI, Eduardo. Sobre a hipoteca judiciária... cit., p. 86-87.

28

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Hipoteca judiciária e devido processo legal... cit.; JUSTEN FILHO, Marçal; MOREIRA, Egon Bockmann; TALAMINI, Eduardo. Sobre a hipoteca judiciária... cit., p. 86-87; NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 56. Para Egas Moniz de Aragão, também deveria haver um prévio procedimento, com decisão do magistrado, no entanto, utiliza-se de um raciocínio analógico a partir do valor da causa para ser utilizado como base: ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 17.

29

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil...* cit., p. 370.

30

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 18.

31

Defendendo o interesse de agir na utilização concomitante da execução e da hipoteca judicial, cf.: HOFF, Luiz Alberto. A hipoteca judiciária e a sua importância como instrumento de garantia. *Revista do Tribunais*. vol. 674. p. 81-87. São Paulo: Ed. RT, dez. 1991. versão digital.

32

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil...* cit., p. 370; NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 80-81.

Esse é também o posicionamento do STJ: STJ, REsp 1.133.147/SP, 3.ª T., j. 04.05.2010, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 24.05.2011.

33

STJ, REsp 1.133.147/SP, 3.ª T., j. 04.05.2010, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 24.05.2011.

34

NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 57; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Hipoteca judiciária e devido processo legal... cit.

Nesse sentido: STJ, REsp 439.648/PR, 3.ª T., j. 16.11.2006, rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 04.12.2006, p. 294; STJ, REsp 1.120.024/SP, 4.ª T., j. 13.11.2012, rel. Min. Marco Buzzi, *DJe* 28.06.2013; STJ, AgRg no REsp 1.280.847/SP, 3.ª T., j. 11.03.2014, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 18.03.2014.

35

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Hipoteca judiciária e contraditório. equívoco do entendimento do STJ. *Opinião 40*. Disponível em: [www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-40-hipoteca-judiciaria-e-contraditorio-equivoco-doentendimento-do-stj/]. Acesso em: 26.02.2015.

No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil...* cit., p. 369; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Hipoteca*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 231.

36

“Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.”

37

“Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

§ 1.º No prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas.

§ 2.º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados.

§ 3.º O juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo.

§ 4.º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

§ 5.º O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2.º indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.”

38

Fazendo uma análise comparativa entre o art. 615-A do CPC/1973 e o seu equivalente no novo CPC, o art. 828, e tentando identificar as hipóteses que geram uma averbação indevida, em definições que podem, com certa aproximação, serem aplicadas à hipoteca judiciária, cf.: LAMY, Eduardo de Avelar; BORGES, Marcus Vinícius Motter. A responsabilidade do exequente pela averbação indevida do ajuizamento da ação e sua previsão no novo CPC. ARRUDA ALVIM, José Manoel de et alli (coords.). *Execução civil e temas afins - Do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

39

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 441.

40

De forma semelhante, cf.: MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. Hipoteca judiciária: breves noções e sua nova roupagem segundo o Projeto do novo Código de Processo Civil... cit.

41

Sobre o tema, indicando a sua não preclusão, cf.: NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 86.

42

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil...* cit., p. 94.

43

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 15.

44

JUSTEN FILHO, Marçal; MOREIRA, Egon Bockmann; TALAMINI, Eduardo. Sobre a hipoteca judiciária. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 34. n. 133. p. 83-88. jan.-mar. 1997. p. 87.

TJMG, 1.ª Câmara, j. 18.02.2014, AgIn 10142070192604003/MG, rel. Des. João Cancio, DJ 21.02.2014; TJPR, 8.ª Câmara, j. 31.07.2008, AgIn 4.463.287/PR 0446328-7, rel. Des. Gil Francisco de Paula Xavier F. Guerra.

45

Nesse sentido: NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 103.

Há posicionamento isolado do STJ admitindo tal possibilidade: STJ, 3.^a T., REsp 52.933/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 11.10.1994, *DJ* 14.11.1994.

46

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Hipoteca de bem público. *Revista de Processo*. vol. 46. p. 196. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1987.

47

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 322.

48

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Hipoteca de bem público... cit., p. 196.

49

Inclusive, destaca o STJ, que, havendo o pagamento do débito, deve haver o levantamento da hipoteca judiciária (STJ, REsp 1.121.709/PR, 3.^a T., j. 05.11.2013, rel. Min. João Otávio De Noronha, *DJe* 11.11.2013).

50

Nesse sentido: PEIXOTO, Ravi. Para além do art. 10 do CPC: uma análise das influências do casamento no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 123. p. 141-142. São Paulo: Dialética, 2013. Em sentido contrário: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; OLIVEIRA, Rafal; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. vol. 5, p. 631-633.

51

“Art. 1.072. Revogam-se:

(...)

II – os arts. 227, *caput*, 229, 230, 456, 1.482, 1.483 e 1.768 a 1.773 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).”

52

Nesse sentido: NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 87. Em sentido contrário, defendendo que a hipoteca será extinta, em face do devedor solvente, com a penhora e, em face do insolvente, com a arrecadação de bens (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 18).

53

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 19.

54

NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 88; HOFF, Luiz Alberto. A hipoteca judiciária e a sua importância como instrumento de garantia... cit.

55

Os embargos de declaração, para a maioria da doutrina, são detentores de efeitos suspensivo *ope legis*. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 557; GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2.^a parte) e procedimentos especiais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 127. Também nesse sentido, fazendo referência a diversos outros autores, a exemplo de Humberto Theodoro Júnior, Simardi Fernandes, José Carlos Barbosa Moreira e Carlos Scarpinella Bueno, cf.: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 914.

Defendendo outra interpretação, no sentido de que “os embargos de declaração devem seguir a regra do recurso que seria cabível da decisão embargada ou que seja interposto após seu julgamento”, que parece ser a mais adequada, embora seja minoritária, cf.: CUNHA, Leonardo

Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 182.

56

NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 89.

57

Apontando a preferência: JUSTEN FILHO, Marçal; MOREIRA, Egon Bockmann; TALAMINI, Eduardo. Sobre a hipoteca judiciária... cit., p. 88; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil...* cit., p. 371; MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. *Hipoteca judiciária: breves noções e sua nova roupagem segundo o Projeto do novo Código de Processo Civil...* cit.

Em sentido contrário: TJSP, AgIn 02546336020128260000 SP 0254633-60.2012.8.26.0000, 6.ª Câm. Dir. Priv., j. 07.02.2013, rel. Des. Francisco Loureiro, *DJ* 07.02.2013. Na doutrina: ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos reais...* cit., p. 630; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil...* cit., p. 90; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil...* cit., p. 420.

Com mais vagar, sobre a temática, cf.: NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 106-117.

58

JUSTEN FILHO, Marçal; MOREIRA, Egon Bockmann; TALAMINI, Eduardo. Sobre a hipoteca judiciária... cit., p. 86; NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 91.

59

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Hipoteca judiciária...* cit., p. 20.