

# X Seminário Luso-Brasileiro e Espanhol de Direito Registral Imobiliário MADRI 2015

**João Pedro Lamana Paiva**

*Registrador de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre*

*www.lamanapaiva.com.br*

## A Hipoteca no Brasil e sua aplicação na sociedade

### Sumário

1. Origem da Hipoteca
2. Evolução do Instituto no Brasil
3. Aplicação na Sociedade
4. Hipoteca no Registro de Imóveis

### 1. Origem da Hipoteca

#### Histórico

- As garantias reais não foram comuns no cotidiano romano.
- A fiança era o meio mais importante de garantia de créditos, muito impulsionada também pela severidade da execução. Podia-se escravizar o devedor ou até matá-lo.
  
- A hipoteca foi a forma mais recente de garantia conhecida no direito romano, mais próximo do advento do Império Romano, no século I a.C
- A forma podia ser verbal ou escrita.
- Não existia um mecanismo de publicidade seguro.
  
- No Direito Grego existia um primitivo sistema de publicidade, em que o ônus era gravado em um poste ou pedra no limite do imóvel, para conhecimento de terceiros.
- A constituição imperial romana de 472 d.C cria uma hierarquia entre as hipotecas:
  1. Instrumento Público
  2. Instrumento Particular
  3. Verbal
  
- A hipoteca romana, após as Invasões, desapareceu completamente, reaparecendo aos poucos somente a partir do século XI.

## 2. Evolução do Instituto no Brasil

### Histórico

- Lei Orçamentária nº 317, de 21/10/1843, regulamentada pelo Decreto nº 482, de 14/11/1846 - criou o Registro de Hipotecas (imóveis e semoventes).
- Lei nº 1.237, de 24/9/1864, regulamentada pelo Decreto nº 3.453, de 26/4/1865 - o Registro de Hipotecas passou a denominar-se Registro Geral

### Descrição

- Lei nº 3.272, de 5/10/1885 - tornou **obrigatória** a inscrição de todas as Hipotecas, inclusive as legais.
- Código Civil de 1916, regulamentou o instituto da hipoteca.
  
- Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), especificou o tratamento da hipoteca no Registro de Imóveis.
- Criação da Matrícula Imobiliária.
  
- Código Civil de 2002, atual norma regulamentadora da hipoteca no Brasil.

### Introdução

- O Sistema Registral Brasileiro é de natureza MISTA, podendo ser:
- **CONSTITUTIVO**: cria um direito e gera a ficção de conhecimento para o Brasil e o Mundo.

O efeito é *constitutivo* em relação aos atos de oneração e às transmissões *inter vivos*.

- **DECLARATIVO**: limita-se a declarar a existência de um direito preexistente.

O efeito é *declarativo* também nas aquisições originárias e *causa mortis*, bem como nos títulos de divisão, judiciais ou extrajudiciais

### Segurança jurídica do sistema

- O Sistema Registral Brasileiro admitiu a presunção RELATIVA (*juris tantum*) de verdade ao ato registral, o qual, até prova em contrário, atribui eficácia jurídica e validade perante terceiros (art. 1.245 e seguintes do Código Civil e art. 252 da Lei 6.015/73).

### O sistema da Lei nº 6.015/73

- A Lei 6.015, desde sua vigência a partir de 1976, instituiu o **sistema de matrícula (fólio real)** para os imóveis em todo o país, abandonando o sistema de inscrições e transcrições vigente até então.

### Fólio Real

- Este sistema de matrícula (fólio real) é um dos mais seguros do mundo, sendo fonte de referência para diversos países.
- Tanto é verdade que no último Congresso Mundial do CINDER – Centro Internacional de Direito Registral, foi destaque nas conclusões o Fólio Real.
- *“Destaca-se a importância do Sistema do Fólio Real como ordenador de direitos reais e como base da confiança do Sistema uma vez que facilita a identificação dos Direitos transmissíveis e protegidos que permitem o Desenvolvimento econômico e a paz social.”*

(Conclusões do **XIX Congresso Mundial de Direito Registral**, promovido no Chile, em 2014)

### A matrícula imobiliária

- A matrícula dos imóveis fez com que o sistema registral imobiliário brasileiro fosse modernizado já que origina um histórico completo relativo aos imóveis, formando um verdadeiro *“curriculum vitae”* de cada unidade imobiliária.

## **NO RIO GRANDE DO SUL HÁ A POSSIBILIDADE DE SE FAZER CONSTAR O DESENHO GRÁFICO DO IMÓVEL NO FÓLIO REAL**

### 3. Aplicação na Sociedade

#### Conceito de Hipoteca

- Hipoteca é o direito real de natureza civil, incidente em coisa imóvel do devedor ou de terceiro, sem transmissão da posse ao credor.

*(Caio Mário da Silva Pereira, in Instituições de direito civil)*

#### Características

- Direito Real de Garantia, art. 1.225, IX do Código Civil.
- Direito Acessório a uma obrigação principal.
- A posse fica com o proprietário e não há transferência de propriedade ao credor.
- Pode haver mais de uma hipoteca no imóvel (1º, 2º, 3º....grau), mas a satisfação do crédito deve respeitar a anterioridade no registro.
- Permitida a emissão de Cédula Hipotecária:
  - Art. 1.486 do Código Civil - Título de crédito lançado à circulação.
  - Necessária autorização de credor e devedor na constituição da hipoteca.

- Possibilidade de venda do imóvel hipotecado, sendo nula cláusula que proíbe a venda, art. 1.475 do Código Civil.
- Temporária, prazo máximo de 30 anos, Art. 1.485 do Código Civil. Renovável por nova hipoteca.
- Usucapião da Liberdade: nomenclatura que a doutrina atribuiu para a perempção da hipoteca convencional. Não convém à sociedade a perpetuidade de uma garantia real.
- Cancela-se a hipoteca em razão da perempção, caso haja autorização do Poder Judiciário (Instrução Normativa ou decisão judicial).

### Requisitos

- Imóvel: passível de alienação.
- Devedor ou terceiro garantidor: pessoa que pode alienar o imóvel.
  - Capacidade jurídica
  - Disponibilidade de direitos sobre o imóvel.

### Objeto de Hipoteca

#### **Art. 1.473 Código Civil.**

Podem ser objeto de hipoteca:

- I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles;
- II - o domínio direto;
- III - o domínio útil;
- VIII - o direito de uso especial para fins de moradia;
- IX - o direito real de uso;
- X - a propriedade superficiária.

### Tipos de Hipoteca

- a) Convencional: Art. 108 CC
- b) Legal: Art. 1.489 CC
- c) Judicial: Art. 466 CPC e Art. 495 do Novo CPC
- d) Cedular: Decreto-Lei nº 413/1969 e Legislação das cédulas.

#### **a) Hipoteca Convencional**

- Surge da vontade das partes, no âmbito de relações contratuais, art. 1.419ss Código Civil.
- Se constitui de três elementos:
  1. Vontade das partes
  2. Instrumento contratual
    - I. Público: negócios **acima** de 30 salários mínimos nacionais, Art. 108 Código Civil.
    - II. Particular: negócios **abaixo** de 30 salários mínimos ou autorizados por Lei (Lei nº 4.380/64 – SFH e Lei nº 9.514/2007 - SFI)
  3. Registro Imobiliário

### **b) Hipoteca legal**

- É a hipoteca instituída por lei em garantia de certas obrigações, que pela sua natureza ou condição da pessoa merecem o benefício.

(Washington de Barros Monteiro)

#### Art. 1.489, Código Civil e Art. 1.188, Cód. Processo Civil

- Por exemplo: aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior.

Objetivo: preservar o patrimônio.

- Se constitui de três elementos:
  1. Título da Lei
  2. Especialização
    - I. Judicial (independe da vontade do devedor): art. 1.205 a 1.210 do CPC
    - II. Convencional: as partes, capazes, lavram escritura pública.
  3. Registro Imobiliário

### **c) Hipoteca Judiciária**

- Mecanismo hábil para assegurar futura execução de sentença condenatória.
- Preliminar à execução
- Art. 466, CPC – 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.
- Com a hipoteca judiciária afeta-se o bem para que posteriormente sobre ele recaia a penhora em eventual execução da sentença (CPC, art. 655, §2º), assim como se assegura ao beneficiário lugar na ordem de preferência em possível concurso de credores.
- Se constitui de três elementos:
  1. Sentença condenatória
    - I. Consistente em dinheiro ou coisa;
    - II. Réu condenado na demanda.
  2. Mandado de Registro
  3. Registro Imobiliário

#### **Lei nº 13.105/2015 (Novo CPC, que vigorará a partir de 17/3/2016)**

Art. 495, § 2º 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.

- **NOVA ESPECIFICAÇÃO DE DOCUMENTO A SER APRESENTADO NO REGISTRO DE IMÓVEIS.**

#### d) Hipoteca Cedular

- Garantia real do pagamento de dívida originária de uma operação de financiamento formalizada através de cédula de crédito.
- Credor: banco ou instituição financeira.
- Instrumento facilitador do crédito.
- Necessária anuência do credor na alienação do imóvel.
- Não se registrará a penhora de imóvel hipotecado por Cédula de Crédito Rural, Industrial, Comercial, à Exportação ou do Produto Rural.
  - Exceção: crédito fiscal ou trabalhista.
    - Cédula de Crédito Rural - Decreto-Lei 167/69
    - Cédula de Crédito Comercial: Lei nº 6.840/80
    - Cédula de Crédito Industrial: Decreto-Lei nº 413/69
    - Cédula de Crédito Bancário: Lei nº 10.931/04
    - Cédula de Crédito Imobiliário: Lei nº 10.931/04
    - Cédula de Crédito à Exportação: Lei nº 6.313/75
    - Cédula de Produto Rural: Lei nº 8.929/94

### 4. Hipoteca no Registro de Imóveis

#### Princípios diretamente aplicáveis a hipoteca

##### Publicidade

- *(arts. 16 e segs. e art. 172, Lei nº 6.015/73, Art. 1º da Lei n. 8.935/94 e Art. 315, II da CNNR/RS);*
- Uma vez realizado o ato registral ele se torna público, efeito *erga omnes*, a fim de permitir a oponibilidade do direito inscrito perante toda sociedade. O que não tem publicidade não gera oponibilidade, pois, se o ato não é conhecido, não tem como ser respeitado.
- O meio de publicizar os atos registrais é a certidão.

##### Territorialidade

- *(art. 169, Lei nº 6.015/73, art. 12 da Lei n. 8.935/94 e e Art. 315, V da CNNR/RS);*
- Por este princípio, estabelece-se a competência registral com base num determinado território, ou região. O agir do Registrador está limitado a uma determinada circunscrição.
- **Art. 1.492, Código Civil:** As hipotecas serão registradas no cartório do lugar do imóvel.

### **Continuidade**

- *(arts. 195, 196, 197, 222, 223, 225, 228, 229 e 237 da Lei n. 6.015/73 e e Art. 315, VI da CNNR/RS);*
- Visa a impedir o lançamento de qualquer ato registral sem o registro anterior e a obrigar as referências originárias, derivadas e sucessivas;
- Hipotecas sucessivas devem respeitar o grau de prioridade.

### **Prioridade e Preferência**

- *(arts. 12, 174 e 182 ao 186 da Lei nº 6.015/73, e Art. 315, VII da CNNR/RS);*
- Uma vez apresentado um título no serviço registral competente, o mesmo deverá ser lançado no Livro de Protocolo, garantindo a prioridade do direito.
- Como o Direito não socorre quem dorme, o primeiro que apresentar um título ao Registrador terá assegurado seu direito posto em controvérsia com outro.

### **Especialidade Objetiva**

- *(arts. 176, § 1º, II, itens 3, e 222 e 225 da Lei nº 6.015/73, e Art. 315, X da CNNR/RS);*
- Exige a lei a completa descrição do imóvel e a referência à sua matrícula no título que ensejará um registro, a fim de se alcançar a certeza quanto ao bem, evitando que se realize um registro de forma equivocada. É obrigatória a descrição da coisa, além da indicação do número do registro anterior, por segurança.

### **Especialidade Subjetiva**

- *(art. 176, § 1º, II, item 4 da Lei nº 6.015/73 e Art. 315, XI da CNNR/RS);*
- Estabelece a necessidade de adequação da situação jurídica do titular do direito no Ofício Predial.
- Correta qualificação das partes (credor, devedor e terceiro garantidor)

### **Da qualificação atribuída ao registrador de imóveis** **Qualificação**

- Quanto ao **princípio da qualificação**, muito invocado pelos juristas espanhóis, explicita-se que consiste no direito-dever que o Registrador tem de analisar o ato, aderindo ao mesmo, inclusive para efeitos de responsabilidade.
- Destoa da função arquivadora que existe nos Estados Unidos, onde não há tal análise.
- O adquirente corre os riscos, normalmente repassando às seguradoras, após exame de seus advogados. Tal princípio coroa a função registral e importa em dar uma solenidade toda especial, gerando a tranquilidade às partes.
- Infere-se que o Registrador Imobiliário é independente para realizar a qualificação dos documentos a ele apresentados, a fim de verificar a sua legalidade para o lançamento do título no Fólio Real.
- Não estando apto para a realização do ato registral, o Ofício Imobiliário deverá fundamentar por escrito o motivo da devolução, a qual poderá ser submetida ao Processo de Dúvida quando a parte interessada não se conformar com as exigências.
- Sua previsão legal vem expressa através do art. 198, da Lei nº 6.015/73.

## Requisitos do contrato

### Art. 1.424 do Código Civil:

Os contratos de penhor, anticrese ou **hipoteca** declararão, sob pena de não terem eficácia:

- I - o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo;
- II - o prazo fixado para pagamento;
- III - a taxa dos juros, se houver;
- IV - o bem dado em garantia com as suas especificações.

## Ato Registral

### Lei nº 6.015/73

#### Registro

- Hipoteca: Art. 167, I, 2

#### Averbação

- Cédula Hipotecária: Art. 167, II, 7
- Rerratificação de Hipoteca – SFH: Art. 167, II, 15
- Sub-rogação da Dívida Hipotecária: Art. 167, II, 30

## Requisitos do Registro

- 1) a data;
- 2) o nome, domicílio e nacionalidade do devedor, do credor e terceiro garantidor, bem como:
  - a) pessoa física: o estado civil, a profissão e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou, à falta deste, sua filiação;
  - b) pessoa jurídica: a sede social e o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda;
- 3) o título da transmissão ou do ônus;
- 4) a forma do título, sua procedência e caracterização;
- 5) o valor da dívida, prazo desta, condições e mais especificações, inclusive os juros, se houver.

## Peculiaridades do Registro

- Art. 1.494, Código Civil
- Não se registrarão no mesmo dia duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real, sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas, salvo se as escrituras, do mesmo dia, indicarem a hora em que foram lavradas.

## Cancelamento de Hipoteca

### Art. 251, Lei nº 6.015/73

#### O cancelamento de hipoteca só pode ser feito:

- I - à vista de autorização expressa ou quitação outorgada pelo credor ou seu sucessor, em instrumento público ou particular;
- II - em razão de procedimento administrativo ou contencioso, no qual o credor tenha sido intimado (art. 698 do Código de Processo Civil);
- III - na conformidade da legislação referente às cédulas hipotecárias.

## SFH – Popularização da Hipoteca

- O Sistema Financeiro de Habitação foi criado pelo governo federal através da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, para facilitar a aquisição da casa própria.
- O objetivo, em tese, era favorecer as classes de baixa renda.
- O SFH emprega recursos das contas de poupança, ou repassados pelo FGTS, no financiamento da aquisição e construção de imóveis residenciais.
- A execução da inadimplência pode ser por processo judicial ou procedimento extrajudicial.
- Decreto-lei nº 70/1966 estabelece o procedimento a ser adotado na **execução extrajudicial** dos contratos regidos pelo SFH.
- A morosidade procedimental na retomada dos valores do credor em razão da inadimplência, tornou menos atrativa esta modalidade de financiamento imobiliário.

## Alienação Fiduciária

- Para fortalecer os contratos de financiamento imobiliários, por meio da recuperação rápida de crédito, foi instituída a Alienação Fiduciária de bem Imóvel, com a Lei nº 9.514/1997.
- A alienação fiduciária é a melhor forma de garantia para o credor que concedeu o financiamento, uma vez que ele passa a ser proprietário do bem. Já o devedor fica somente com a posse direta do imóvel.

## Caso ENCOL e o Patrimônio de Afetação

- A ENCOL foi uma das maiores empresas brasileiras no setor da construção civil.
- Fundada em 1961, entrou em processo de decadência a partir de 1990, em razão de gestão temerária e acusações de práticas ilícitas.
- A administração da Encol financiavam as construções, dando em hipoteca o terreno e o prédio a ser edificado em garantia da dívida.
- Os recursos obtidos por esses financiamentos não eram revertidos por alguns investidores para consecução da edificação correspondente, mas sim para saldar débitos existentes, decorrentes de outras construções e financiamentos, provocando um ciclo vicioso.
- No ano de 1999 foi decretada a falência da empresa, deixando mais de **700 empreendimentos inacabados** e prejudicando:
  - 38 credores (instituições financeiras)
  - 23 mil funcionários
  - 42 mil consumidores

- Com isso, os consumidores tiveram grande barreira para buscar os seus direitos, tendo em vista que os empreendimentos estavam hipotecados.
- A experiência da Encol trouxe ao Brasil duas normativas:
  - Súmula 308/STJ
  - Patrimônio de Afetação

### **Súmula nº 308/STJ**

- A questão e o desamparo legal daqueles que tinham comprado seu imóvel em planta foi levado ao Superior Tribunal de Justiça.
- Esta Corte, em malograda técnica, na tentativa de evitar o caos social, editou a Súmula n. 308, em 2001.

#### **Súmula n. 308 do Superior Tribunal de Justiça:**

- “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”
- Tal decisão sumulada desestabilizou o mercado, desprestigiou a publicidade registral e eliminou do âmbito jurídico o instituto mais consagrado no mundo: o da hipoteca, um verdadeiro e legítimo direito real de garantia.
- A medida reduziu drasticamente a capacidade de satisfazer o crédito pelo instrumento hipotecário.
- A jurisprudência ao longo do tempo fez uma única e pontual distinção: a aquisição de imóveis comerciais.
- Não se tratando de imóveis destinados a moradia, estes não merecem a mesma proteção especial conferida aos imóveis residenciais.

### **Patrimônio de Afetação**

- Visando dar maior transparência à situação jurídica das unidades autônomas, caso o incorporador restasse insolvente, a Lei nº 10.931 de 2004, instituiu o Patrimônio de Afetação.
- Patrimônio de afetação é uma segurança aos financiadores como aos consumidores, sem deixar de trazer benefícios aos incorporadores.
- **Bens:** o terreno e as acessões, objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a estes vinculados.

### **Características**

#### **Os bens que constituem o patrimônio de afetação:**

- São apartados do patrimônio do incorporador;
- Não são atingidos por falência/insolvência civil do incorporador;
- Não poderão ser objeto de hipoteca, ou alienação fiduciária, salvo para edificação da própria obra.

**Regime Especial de Tributação:** O incorporador tem o benefício da redução da carga fiscal para 7% da receita mensal.

**Duração:** Pode ser solicitada a partir da Incorporação Imobiliária e encerra-se com a conclusão da obra, etc.

## **Hipoteca de empreendimentos imobiliários**

- O financiamento de empreendimentos imobiliários tem se utilizado da garantia real da Hipoteca.
- Apesar de mais atrativa ao credor, a alienação fiduciária em garantia não se coaduna com o microsistema da incorporação imobiliária, na qual quem vende as unidades é o incorporador, que deve, portanto, conservá-las em seu domínio.

**Muito obrigado!**

João Pedro Lamana Paiva  
[www.lamanapaiva.com.br](http://www.lamanapaiva.com.br)  
cartorio@lamanapaiva.com.br