

A EXTINÇÃO DA HIPOTECA PELO DECURSO DO TEMPO NO REGIME DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

*Humberto Theodoro JÚNIOR**

RESUMO

Um problema de direito intertemporal em relação ao prazo de extinção da hipoteca surgiu como consequência das mudanças legislativas ocorridas com o advento do Código Civil de 2002, especificamente seu art. 1.485 e, posteriormente, com a Lei nº 10.931, de 02.08.2004. Criou-se um embaraço sobre o prazo a ser aplicado aos contratos aperfeiçoados no regime do Código de 1916 e àquelas hipotecas constituídas na vigência do Código de 2002, antes da reforma de 2004. O prazo peremptório da hipoteca é decadencial, integrando a própria substância do direito potestativo a que adere e não sofrendo efeitos de leis supervenientes que o altere. Desta forma, as hipotecas contratadas sob o regime do Código Civil de 1916 continuam sujeitas ao prazo de preempção de trinta anos, previsto em seu art. 817, mesmo que seu termo final se dê na vigência do Código de 2002. Igualmente se dá com as hipotecas pactuadas na vigência do Código Civil de 2002, antes da reforma do art. 1.485 pela Lei nº10.931/2004, que se extinguirão em vinte anos, de acordo com a lei do tempo de sua constituição, já que as inovações legislativas não afetam os direitos sujeitos a prazo de decadência.

* Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia de Direito de Minas Gerais, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law. Advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Hipoteca. Extinção. Prazo. Perempção. Decadência. Código Civil de 2002. Direito Intertemporal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos que nascem da hipoteca. 3. Prazos extintivos. 4. Direito intertemporal. 5. Conclusões.

1. Introdução

Em estudo anterior sobre o prazo de extinção da hipoteca previsto no art. 1.485 do Código Civil de 2002, registramos que a nova codificação havia reduzido o lapso em questão, de trinta para vinte anos, criando, com isso, um problema de direito intertemporal em relação aos contratos aperfeiçoados ainda no regime do Código de 1916¹.

A Lei nº 10.931, de 02.08.2004, por seu turno, alterou o novo Código, fazendo com que o prazo de extinção ou perempção da hipoteca voltasse ao antigo limite de trinta anos, outrora fixado pelo art. 817 do Código revogado. Com isso, um outro problema de direito intertemporal se criou. Trata-se de saber que prazo prevalecerá para as hipotecas constituídas na vigência do Código de 2.002, antes da reforma de 2004.

É o que pretendemos analisar e seguir.

2. Direitos que nascem da hipoteca

A hipoteca é direito real acessório que adere a um direito, geralmente pessoal ou de crédito, de sorte que o respectivo titular conta, após o gravame hipotecário com duas pretensões: uma *pessoal*, que é a de exigir o cumprimento da dívida por parte do devedor; outra *real*, que é a de excutir a garantia hipotecária, caso não se dê o adimplemento da dívida.

¹ O estudo é antigo, anterior à alteração do Código Civil operada pela Lei nº 10.931, de 02.08.2004, e sua divulgação se deu, mais recentemente, na *Revista Autônoma de Direito Privado*, nº 3, p. 283-292, abr/jun. 2007, e na *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 21, p. 5-12, nov-dez./2007.

No plano do direito real, da hipoteca nasce para o credor o direito de, não cumprida voluntariamente a obrigação pelo devedor, após o seu vencimento, vender forçadamente o bem dado em garantia, apurar o preço e se pagar com preferência em relação a todos os demais credores ao devedor comum².

No caso da hipoteca, a ação que a assegura tem um significado de direito material e não apenas processual. Explica PONTES DE MIRANDA que a propositura da excussão hipotecária corresponde a “*uma pretensão de direito material*”, exatamente “*oriunda do direito material*” engendrado por esta especial modalidade de garantia real.

Ensina, ainda, PONTES DE MIRANDA que “*toda obrigação tende à execução*”. Em regra, porém, a execução forçada é simples tutela processual, por meio da qual se aplica sanção ao inadimplemento cometido pelo devedor. No caso da hipoteca, diversamente, pode-se divisar na ação executiva, que lhe corresponde, mais do que simples remédio processual. Há realmente uma ação de direito material, visto que o conteúdo mesmo do direito do credor consiste no poder de excutir o bem garantidor de seu crédito. Em outros termos, a hipoteca não é outra coisa senão o direito de vender judicialmente o imóvel gravado, caso não se dê o pagamento da obrigação garantida. Daí a advertência de PONTES DE MIRANDA de que existe, *in casu*, uma “*ação executiva (de direito material)*”. Segundo sua lição, “*não se pode eliminar a pretensão de direito material, que há por parte do titular do direito real de garantia (...)*”. Assim “*o que há, a mais, na ação executiva pignoratícia, ou executiva hipotecária, é exatamente oriundo do direito material*”³.

² “O credor hipotecário, como titular de um direito real, que consiste em obter o pagamento de seu crédito por meio do preço obtido na venda forçada do imóvel hipotecado (na falta do pagamento voluntário ajustado) tem o direito fundamental de promover a venda pelos meios legais” (ESPÍNOLA, Eduardo. *Os Direitos Reais Limitados ou Direitos sobre a Coisa Alheia e os Direitos Reais de Garantia no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958, n. 279, p. 431-432).

³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, s/d, tomo XX., § 2.417, p. 21.

Nesse sentido é, aliás, o disposto no art. 1.422 do novo Código Civil, onde se lê: “*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*”. Eis por que lícito é dizer que, na espécie, “*pretensão à execução é de direito material*”⁴.

A relação obrigacional trava-se entre devedor e credor. A relação jurídica real da hipoteca, no entanto, “*é entre titular do direito de hipoteca e todos. Todos têm o mesmo dever de abstenção*”. Desta maneira, “*quando o titular do direito de hipoteca pede a tutela jurídica e se inicia a ação executiva, não é o crédito que ele executa: é a hipoteca*”⁵. E essa pretensão, nascida do direito real, “*por isso mesmo, não se dirige somente contra adquirentes do domínio: dirige-se contra todos e, processualmente, contra quem está com o domínio ou com o domínio e a posse do bem gravado, ou apenas com a posse*”^{6 / 7}.

Na mesma linha, observa DARCY BESSONE que “*a ação hipotecária permite ao credor promover a penhora da coisa sem considerar as mutações materiais ou jurídicas posteriores à constituição do vínculo real*”⁸. E isto se dá justamente porque o seu titular detém um direito oponível *erga omnes*.

3. Prazos extintivos

O exercício da pretensão real emanada da hipoteca sofre, na sistemática da lei civil, a contingência de dois prazos extintivos:

- a) o prazo *prescricional* relacionado com a obrigação garantida pela hipoteca;
- b) o prazo de *perempção* do próprio direito real de hipoteca.

⁴ MIRANDA, Pontes de, *ob. cit.*, § 2.426, p. 36.

⁵ MIRANDA, Pontes de, *ob. cit.*, § 2.437, p. 61.

⁶ MIRANDA, Pontes de, *ob. cit.*, § 2.438, p. 63-64.

⁷ “*A pretensão à execução, que tem o titular do direito de hipoteca, no tocante ao bem gravado, resulta do direito real, e não do direito garantido*” (MIRANDA, Pontes de, *ob. cit.*, § 2.438, p. 63).

⁸ BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, n. 293, p. 399.

Como toda pretensão que nasce do inadimplemento de alguma obrigação, a do credor hipotecário sujeita-se aos efeitos da prescrição, uma vez vencida a dívida e não exigida sua satisfação dentro do prazo previsto em lei (CC, art. 189), o qual pode variar conforme o tipo de obrigação principal garantida pela hipoteca. Esse prazo, portanto, diz respeito à pretensão de receber o valor da dívida a que se vincula a garantia real. Desde que extinta a pretensão à cobrança judicial do referido crédito, extinta também estará a pretensão de executar a hipoteca, dada sua natureza acessória.

Há um outro prazo que também pode levar a hipoteca a extinguir-se. Trata-se do prazo de preempção ou preclusão estabelecido pelo art. 1.485 do Código civil atual⁹, corresponde ao art. 817 do Estatuto anterior¹⁰. A ordem jurídica opõe-se à perpetuidade desse direito real, precrevendo-lhe um prazo, que era de trinta anos no Código anterior e que passou para vinte anos no texto primitivo do Código de 2.002, voltando a ser de trinta anos com a reforma efetiva pela Lei nº 10.931 de 2.004¹¹, findo o qual não mais se poderá prorrogar o vencimento do contrato hipotecário¹². Apenas por meio de novo contrato e novo registro se conseguirá manter a garantia real.

⁹ CC/2002, art. 1.485. Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até perfazer vinte anos, da data do contrato, Desde que perfaça esse prazo, só poderá substituir o contrato de hipoteca, reconstituindo-se por novo título e novo registro; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que não lhe competir. (texto primitivo, anterior à Lei nº 10.931/2004).

¹⁰ CC/1916, art. 817. Mediante simples averbação requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até perfazer trinta anos da data do contrato. Desde que perfaça trinta anos, só poderá substituir o contrato de hipoteca, reconstituindo-se por nova inscrição; e, neste caso, lhe será mantida a procedência, que então lhe competir.

¹¹ CC/2002, art. 1485: “Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até 30 (trinta) anos da data do contrato. Desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca reconstituindo-se por novo título e novo registro; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir” (texto oriundo da Lei nº 10.931/2004).

¹² “... a obrigação subsiste, mas a garantia real perime, porque não se admite o gravame hipotecário perpétuo” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. IV, p. 413).

De maneira diversa do que se dá na prescrição, com a perempção não se perde apenas a pretensão. Extingue-se o próprio direito real de hipoteca, liberando-se o imóvel do gravame que o assinalava. É perfeitamente possível que a dívida não esteja prescrita, e mesmo assim a hipoteca se extinguirá por perempção se se ultrapassar o termo legal de duração máxima estatuído pelo Código. Com ou sem a hipoteca, o obrigado continuará devedor da obrigação principal. Quando ao direito real que acobertava a obrigação, ao fim do prazo preclusivo, “*o que perime é o direito mesmo, que não existirá mais em relação a terceiros*”¹³, isto é, o vínculo de natureza real que ligava o bem à obrigação terá desaparecido.

Sempre que o prazo legal não seja estabelecido para exercício de pretensão nascida da violação de um direito subjetivo, mas se relaciona com a própria subsistência do direito, o caso não é de prescrição e sim, de decadência. Por isso, a doutrina é unânime em qualificar o prazo de perempção da hipoteca como prazo decadencial.

Nesse sentido ensina PONTES DE MIRANDA que o prazo em questão “*é preclusivo. Não suspende, nem se interrompe*”¹⁴. Vale dizer “*trata-se de prazo de caducidade, independe do prazo da obrigação garantida e de sua prescrição*”¹⁵, “*porque de natureza fatal*”¹⁶.

Não é diferente o posicionamento jurisprudencial: “*O decurso do prazo de trinta anos da inscrição da hipoteca determina a sua nulidade automática se não houver sido antes providenciada a prorrogação do contrato, não podendo ser interrompido como se tratasse de prazo de prescrição. Completados os trinta anos desaparece a hipoteca de pleno direito, passando a dívida a ficar sem garantia*”¹⁷.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *ob. cit.*, p. 291.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de, *ob. cit.*, p. 308.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Abreu. *Direito Civil: Direitos Reais*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 5, p. 536.

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. Atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 417.

¹⁷ TJSP, Emb. Inf, 45.810, Rel. Des. Ulysses Dória, ac. 16.03.53, RT 212/401.

4. Direito intertemporal

As sucessivas modificações da lei civil em torno da perempção ou caducidade da hipoteca geraram dois problemas de direito intertemporal:

- a) o primeiro decorre da redução de trinta para vinte anos efetuada pelo Código de 2002, e se relaciona com as hipotecas constituídas na vigência do Código de 1916, cujo prazo extintivo continuou a fluir sob o império do novo Código;
- b) o segundo refere-se às hipotecas constituídas perante o Código de 2002, antes que a Lei nº 10.931 ampliasse o aludido prazo para trinta anos.

Uma premissa há de ser levada em conta nas duas alterações legais: o prazo do art. 1.485 do Código Civil é de decadência e não de prescrição. Regras de direito intertemporal próprias da prescrição, por isso, não são adequadas à solução das questões de direito intertemporal ocorridas no campo dos prazos decadenciais.

A regra de transição fixada pelo art. 2.028 deste último Código Civil, que manda reger o prazo percorrido por mais da metade pela lei velha, e pela lei nova aquele que não ultrapassou tal limite, embora se refira genericamente a todos os prazos, não é de aplicar-se aos decadenciais que sempre haverão de submeter-se à lei do tempo de constituição do direito a que aderem.

Deve-se notar de início que o Código de 2002, ao contrário do que fazia o anterior, não confunde prescrição com decadência e submete cada um destes fenômenos a regras e efeitos próprios. A prescrição vem definida no art. 189, e o regime da decadência se encontra nos arts. 207 a 211.

O ponto de partida da tomada de posição do Código está na idéia de pretensão, sobre a qual se constrói a teoria da prescrição. Não se tratando de pretensão – exigência de uma prestação omitida pelo obrigado – não há que se pensar em prescrição. Os prazos extintivos de direito desprovidos de pretensão é que constituem o objeto da decadência.

Segundo adverte a Comissão Revisora do Projeto (que se converteu no atual Código), “*ocorre a decadência quando um direito potestativo não é exercido, extrajudicialmente ou judicialmente... dentro do prazo para exercê-lo, o que provoca a decadência desse direito potestativo*”¹⁸.

De fato, se “*os direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insuscetíveis de violação, já que a eles não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém*”, não há lugar para pensar-se em prescrição de um direito da espécie¹⁹. Tudo se há de reger pelas regras da decadência. Quando assim se estipula, na lei ou no contrato, um prazo determinado para que a parte exerça um direito, a própria aquisição deste direito restou condicionada ao dado temporal. A decadência se insere na estrutura formativa do próprio direito. É o caso do direito de renovação ou reconstituição da hipoteca ao final do prazo legal de preempção (art. 1.485).

Regras, portanto, que cuidam do regime de direito intertemporal e se aplicam naturalmente aos prazos prescricionais não podem ter a mesma incidência quando o prazo se refira à decadência de um direito potestativo. Por afetar diretamente o direito subjetivo, e não apenas a pretensão, a decadência, nos casos de inovação legislativa quanto aos prazos, não observa as mesmas regras aplicáveis à prescrição. Estas incidem desde logo, para encurtar ou ampliar os prazos prescricionais em curso²⁰. Já para a decadência, as regras do direito intertemporal são as próprias do direito de ação, já que esse tipo de direito e o prazo para exercê-lo se consideram inseparáveis²¹. Toma-se aqui a ação no sentido material de agir para exercer o direito subjetivo e não, no sentido processual de apenas reagir em juízo quando de sua violação.

¹⁸ MOREIRA, Alves. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 155.

¹⁹ MOREIRA, Alves, *ob. cit.*, loc. cit.

²⁰ ROUBIER, Paul. *Lê droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, n. 64, p. 297.

²¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, n. 221, p. 258.

Os prazos prescricionais podem ser alterados e aplicados imediatamente a fatos pretéritos porque não se referem ao direito material da parte, mas apenas ao remédio processual utilizável para reagir contra a violação do direito. Já quando se trata de decadência, o prazo de exercício do direito integra o próprio direito, de sorte que alterá-lo implicaria “*ofender direito adquirido*”, direito que nasceu e se consolidou antes da nova lei. Qualquer redução do prazo, em termos de decadência, no direito brasileiro, “seria inconstitucional”, em face do art. 5º, XXXVI, da CF²².

A decadência, portanto, do direito nascido no regime da lei velha continua por ela regida, ainda que o prazo só venha a se consumir sob o império da lei nova²³. Esse tema já foi enfrentado em campo de direito processual quando se reduziu o prazo da ação rescisória de cinco para dois anos²⁴.

Em tal perspectiva, é forçoso concluir que a alteração do prazo para reconstituição da hipoteca, operada pelo art. 1.485 do novo Código Civil, em nada afetou os contratos ajustados sob o regime do art. 817 do Código anterior. Isto porque “*todo direito potestativo adquirido antes de lei inovadora de seu prazo decadencial da lei do tempo de sua constituição, aplicando-se o prazo da lei nova apenas àqueles aperfeiçoados após a vigência desta*”²⁵.

²² MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. VI, p. 359.

²³ MAXIMILIANO, Carlos, *ob. cit.*, n. 221, p. 259.

²⁴ Segundo BARBOSA MOREIRA, “*o direito potestativo (à rescisão, no caso) já nascido para alguém, desde a ocorrência do fato que o gerou, fica imune (inclusive quanto ao lapso de tempo em que é exercitável, e que o integra como elemento essencial) a lei superveniente – no ordenamento pátrio, até por força de regra constitucional*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. V, p. 219).

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 404, t. II, v. III, p. 360; MOREIRA, Barbosa, *ob. cit.*, loc. cit.. Há, todavia, quem não faça distinção entre prazos de prescrição e decadência, para efeito de aplicação da regra de direito intertemporal do art. 2.028 do novo Código Civil, entendimento que, *data vênia*, não acatamos (DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 22, p. 32-67).

Outra não é a situação das hipotecas constituídas após a vigência do Código de 2002 e enquanto não adveio a inovação da Lei nº 10.931 de 2004: seu prazo de preempção iniciado como de vinte anos se conservará, pouco importando que seu termo final venha a ocorrer sob a vigência da lei nova. Os trinta anos restaurados pela Lei nº 10.931 somente prevalecerão, de forma automática, para as hipotecas constituídas depois da entrada em vigor do texto atual do art. 1.485 do Código Civil.

Para evitar que a preempção ocorra em vinte anos, a hipoteca terá de ser submetida a uma prorrogação convencional a fim de que o novo ajuste se dê sob o regime da lei nova. Sem tal medida, a hipoteca continuará regida pela lei do tempo de sua constituição, e não será beneficiada pela ampliação de prazo extintivo criado pela norma superveniente.

É preciso, portanto, distinguir, para efeitos de direito intertemporal, entre as hipotecas prorrogadas por iniciativa das partes e as não prorrogadas. Para estas últimas, o prazo de vinte anos vinculado à garantia real desde o momento de sua constituição acarretará a caducidade de forma fatal, pelo simples alcance de seu termo final. Para as que forem submetidas a prorrogações convencionais, a livre negociação das partes poderá fazer com que o vencimento da hipoteca chegue até o limite máximo atualmente em vigor, ou seja, trinta anos.

Somente, então, após atingido o marco decadencial do novo art. 1.485 do Código Civil, alterado pela Lei nº 10931/2004, é que a autonomia da vontade esbarrará na decadência intransponível imposta por norma legal de ordem pública.

5. Conclusões

Diante das premissas expostas, impõem-se as seguintes conclusões:

- a) O prazo de preempção da hipoteca (CC, art. 1.485) é de decadência e não de prescrição;

- b) Os prazos decadenciais integram a própria substância do direito potestativo a que aderem, razão pela qual não sofrem efeitos de leis supervenientes que os alterem, já que a lei nova tem de respeitar os atos jurídicos perfeitos consumados antes de seu advento (CF, art. 5º, XXXVI);

- c) As hipotecas contratadas e registradas sob o regime do Código Civil de 1916 continuam sujeitas ao prazo de preempção de trinta anos, previsto em seu art. 817, mesmo que seu termo final se dê na vigência do Código de 2002;

- d) Em razão da natureza decadencial do prazo referido no art. 1.485 do Código Civil, não se deve aplicar no direito potestativo de renovar ou reconstituir a hipoteca em vias de preempção, a regra de direito intertemporal estatuída pelo art. 2.028 do atual Código Civil;

- c) As hipotecas pactuadas na vigência do Código Civil de 2002, antes da reforma do art. 1.485 pela Lei nº10.931/2004, extinguir-se-ão em vinte anos, de acordo com a lei do tempo de sua constituição, já que as inovações legislativas não afetam os direitos sujeitos a prazo de decadência;

- d) Por meio, entretanto, de prorrogação convencional será possível fazer prevalecer o prazo trintenário para todas as hipotecas, inclusive as pactuadas sob o regime legal de vinte anos. O que não se admite é ampliação legal autoritária de prazo decadencial em vigor, o que não exclui, todavia, a liberdade negocial das partes, exercitável dentro dos novos limites temporais.