

A hipoteca romana

Rodrigo Ghisleni Fontana*

NOTA PRÉVIA

No presente trabalho, que é parte integrante da avaliação da disciplina de Direito Romano, ministrada pelo Senhor Doutor António dos Santos Justo, optativa no curso de mestrado em Ciências Jurídico-Processuais (2005 – 2006), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, far-se-á uma abordagem geral sobre um dos direitos de garantia real, surgidos em Roma, nomeadamente, a hipoteca.

A abordagem do tema referido será realizada de forma a demonstrar, em linhas gerais, a origem e evolução do instituto; as formas de constituição, bem como o seu objeto; o conteúdo da hipoteca romana, demonstrando as faculdades inerentes tanto ao credor, como ao devedor, enquanto vigente a hipoteca; a possibilidade da cumulatividade de hipotecas sobre o mesmo bem, assim como as formas de proteção que eram permitidas para o credor e para o devedor buscarem a satisfação de seus direitos e, finalmente, os meios extintivos da hipoteca romana.

Diante da especificidade da disciplina à qual se submete o presente estudo, como o próprio nome revela – Direito Romano – e, também, da dilatada dimensão do assunto escolhido, a exposição será focada, basicamente, na hipoteca romana. Entretanto, como o assunto é latente e utilizado com vasta frequência, tanto no país onde se realiza o curso de mestrado, como no Brasil, onde exerço a advocacia, restou inevitável a apresentação de algumas similitudes entre o instituto romano e as legislações portuguesa e brasileira.

SUMÁRIO:1.Introdução. 2.Da origem da hipoteca. 3.Da constituição. 4.Do objeto. 5.Do conteúdo. 6.Da pluralidade de credores hipotecários. 7.Dos meios de proteção . 8.Da extinção da garantia. 9.Considerações Finais

ABREVIATURAS

AHDE – Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid)

NNDI – Novissimo Digesto Italiano (Turim)

SDHI – Studia et Documenta Historiae et Iuris (Roma)

CC – Código Civil (brasileiro ou português)

ABREVIATURA DE FONTE

D. – *Digesta (Corpus Iuris Civiles, I*¹⁶ (Editora Theodorus MOMMSEN – Paulus KRÜGER/ Berlin, 1954).

1.Introdução

Os direitos reais de garantia que tiveram aplicação no direito romano são: a *fiducia cum creditore*, o *pignus* e a *hypotheca*.

A hipoteca romana, tema central deste estudo, é um direito real que tem como finalidade assegurar o cumprimento de uma obrigação, concedendo ao credor o direito buscar a posse do bem garantido no caso do inadimplemento desta. Embora seja detentor deste direito desde que foi constituída a garantia hipotecária, o credor somente poderá fazer uso dele no momento em que se verificar o não cumprimento da avença. Durante o prazo estipulado para o cumprimento da obrigação não é realizada a *traditio* da *res*, somente passando para o credor no caso do inadimplemento do devedor, diferentemente da *pignus datum*, que se caracterizava pela detenção da coisa pelo credor desde o momento em que foi oriunda a obrigação, ficando responsável pela conservação e pela restituição ao devedor no momento do adimplemento da obrigação.

A existência da garantia hipotecária está intimamente ligada à duração da obrigação principal. A liquidação do crédito garantido simultaneamente extingue a garantia hipotecária.

Uma característica marcante da hipoteca é a sua oponibilidade *erga omnes*, que surgiu com a *Serviana pignoratitia in rem*. Daí resulta a expressão *obligatio rei, res obligata* ^[01], que define bem o vínculo da garantia hipotecária à coisa, estendendo-se o direito real do credor a qualquer possuidor da *res*, independentemente de ser o devedor ou terceiro.

Por ser um sistema carente de publicidade, o direito real de garantia hipotecária não era muito utilizado pelos romanos que davam preferência às garantias pessoais.

Porém, vale salientar que foi no direito romano que surgiu o primeiro embrião da publicidade hoje em dia conferida à hipoteca, através das hipotecas constituídas em documento público – *instrumentum publice confectum* –, instituídas pelo Imperador Léon.

2.Da origem da hipoteca

A origem do instituto da hipoteca é controvertida na doutrina especializada em direito romano.

Alguns doutrinadores são adeptos da teoria de que o surgimento da hipoteca deve ser creditada aos gregos devido ao termo *hypotheca*, de origem grega, ter primeiramente sido utilizado nesta civilização, aparecendo somente no direito romano, nas compilações justinianas, no período pós-clássico.

Outros estudiosos do direito romano atribuem a origem da hipoteca aos romanos, nos *praedia subdita vel subsignata*^[02], onde os imóveis eram dados em garantia a créditos do Estado ou de um Município. Caso a dívida não fosse adimplida, os bens seriam vendidos em favor do *aerarium*^[03].

A *praedia subdita vel subsignata* é, portanto, considerada um direito de garantia real romano, mas não é, propriamente, uma hipoteca.

Há uma teoria sobre a origem do instituto da hipoteca que também defende o seu surgimento no direito romano, porém, era tratada pelos juristas LABEÓN, NERVA, PRÓCULO, CELSO, etc., como *pignus cum non transit nec possessio ad creditorem*.

Essa forma de garantia, sem a transferência da posse ao credor, teria surgido em Roma com os arrendamentos rurais.

O arrendatário, no princípio, dava em penhor, através de uma convenção, os utensílios da lavoura (*invecta*), os animais e os escravos (*illata*) - bens necessários para exploração da terra - como forma de garantia do pagamento da renda (*merces*). Essa forma de garantia, com a transferência da posse dos instrumentos de trabalho ao locador, impossibilitava o arrendatário de produzir na terra arrendada.

Desta forma, surgiu como solução o *pignus cum non transit nec possessio ad creditorem*, de forma que os *invecta et illata* introduzidos pelo arrendatário no bem arrendado continuavam garantindo o pagamento dos aluguéis em caso de inadimplemento, mas a posse permanecia com o locador para que pudesse desempenhar a sua atividade fim, a exploração da terra arrendada.

Surgiu, igualmente, na época clássica, o exemplo da convenção entre as partes referente ao aluguel de um *praedium urbanum*: na casa alugada, quando se concluía o contrato locativo da habitação, surgia a hipoteca sobre os móveis introduzidos e os escravos do inquilino, como forma de garantir o aluguel^[04].

No período clássico, antes mesmo da utilização do termo *hypotheca*, os romanos já tratavam desta garantia real que se baseava na convenção entre as partes sem haver transferência da posse, sob a denominação de *pignus conventum*, em contraposição ao *pignus datum*, onde havia a transferência da posse ao credor^[05].

Para a jurisprudência romana, o *pignus* é um tipo único de garantia real, pelo qual a entrega da posse da *res* garantida pode ser imediata ou após verificado o descumprimento da obrigação (*inter pignus et hypothecan tantum nominis sonus differt*)^[06].

A origem do termo hipoteca não parece estar ligada ao surgimento do instituto, uma vez que, na hipoteca romana, uma coisa é o batismo, outra é o nascimento. O termo *hypotheca* apareceu para os romanos nas compilações justinianas, no período pós-clássico, tomando força e prevalecendo sobre o termo *pignus conventum* somente na época dos Severos, através da influência helenística^[07] e da formação cultural do jurisconsulto^[08], muito tempo depois da efetiva utilização da garantia sem transferência da posse, na época clássica.

Na época de LABEÓN, a hipoteca apareceu restrita aos casos dos arrendamentos rurais, onde eram dados em garantia os *invecta et illata*^[09].

Com o passar dos tempos, mais precisamente no século I, a *hypotheca* passou a ser utilizada como forma de garantia de qualquer obrigação recaindo sobre os objetos suscetíveis de posse, desde que alienáveis^[10].

3. Da constituição

Com essa evolução do instituto da hipoteca, desde o seu surgimento, que remonta à época clássica, com os *invecta et illata*, até ser utilizada para dar lastro a qualquer obrigação, surgiu a necessidade de demonstrar as suas formas de constituição:

a) por convenção das partes: essa foi a primeira forma de constituição de hipoteca, conhecida através da (1) garantia hipotecária dos *invecta et illata*, no caso do não pagamento da renda do *fundus*; (2) do aluguel do *predium urbanum*, onde a hipoteca recaía sobre os bens introduzidos no *predium*^[11] e sobre os escravos do inquilino^[12].

b) por testamento;^[13]

c) por disposição legal^[14]: A hipoteca legal, surgida no período clássico, tal como a hipoteca convencional, é observada nos seguintes casos: (1) a hipoteca em favor do fisco pelas dívidas fiscais do contribuinte^[15], (2) a hipoteca em favor do pupilo sobre a *res* que o tutor ou um terceiro comprou com o seu dinheiro^[16].

Na época pós-clássica foram admitidas, com frequência, hipotecas legais gerais, que eram constituídas sobre o patrimônio do devedor, quais sejam, (1) do fisco, pelos créditos derivados de impostos; (2) do pupilo^[17], do *furiosus* e do menor sobre o patrimônio do tutor e do curador pelas obrigações contraídas em seu nome^[18]; (3) em favor do marido sobre os bens de quem prometeu constituir um dote; (4) da mulher sobre o patrimônio do marido, em garantia da devolução do dote, dos bens parafernais e da *donatio propter nuptias*^[19]; (5) dos filhos sobre os bens do pai e da mãe, quando qualquer um deles

contraía novo matrimônio ^[20]; (6) das igrejas sobre o patrimônio de seus enfiteutas, para garantir os créditos resultantes da deteriorização dos *fundi* ^[21]; entre outras.

d) por disposição de autoridade ^[22]: (*pignus causa iudicati solvi*) nos casos onde o réu era condenado e não quer cumprir a sentença, o juiz pode determinar a hipoteca dos seus bens ^[23].

4. Do objeto

O objeto da hipoteca pode ser, tanto as coisas corpóreas, como as incorpóreas, desde que sejam alienáveis ^[24], em virtude do conteúdo principal do direito de hipoteca ser o *ius vendendi*. ^[25]

No que diz respeito às coisas incorpóreas, na legislação justiana, consideravam-se suscetíveis de hipoteca alguns dos direitos reais, nomeadamente, o usufruto ^[26], a enfiteuse, a superfície ^[27], as servidões prediais rústicas ^[28] – as servidões prediais urbanas não estão incluídas nos rol de direitos hipotecáveis ^[29].

Incluem-se, aos direitos onde os romanos admitiam recair a garantia hipotecária, os créditos (*pignus nominis*) e, também, a coisa já penhorada (*pignus pignoris* ou *subpignus*).

Em se tratando de hipotecas gerais legais, que adquiriram grande importância na era pós-clássica, o seu objeto alcançava todo o patrimônio ^[30] do devedor, abrangendo os bens presentes e os futuros ^[31].

No tocante às coisas corpóreas, podiam ser objeto de direito real de garantia os frutos e as coisas futuras.

5. Do conteúdo

A garantia hipotecária não era meramente de natureza coativa ^[32]. Aos credores hipotecários eram facultados o *ius distrahendi* e o *ius possidendi*.

O *ius possidendi* se traduz no direito do credor de entrar na posse da coisa garantida desde que restou inadimplente o devedor. Pelo fato da hipoteca ser um direito real de garantia, gera efeitos *erga omnes*, podendo ser oposto pelo credor hipotecário contra todo e qualquer possuidor: proprietário ou terceiro.

Sendo a hipoteca um direito que tem razão somente para garantir uma dívida ao credor hipotecário, não é atribuída a faculdade de usar a coisa, pois, em fazendo, incorrerá em crime de *furtum* ^[33].

Entrando o credor na posse da coisa, este adquire o direito de perceber os frutos produzidos por ela, compensando com o seu valor, primeiramente, os juros da dívida e depois o valor principal garantido. Todavia, se o valor dos frutos excedesse o principal, caracterizava-se o *superfluum*, podendo o garante reclamá-lo através da *actio in factum concepta* ^[34]. Sendo assim, era facultada a celebração de um pacto entre o credor e o devedor, denominado *antichesis* ^[35], onde ficava estabelecido que o devedor renunciava aos frutos da coisa e o credor renunciava aos juros da dívida ^[36].

O credor hipotecário, na posse do bem, em virtude do não pagamento da dívida, somente poderia vender a coisa dada em garantia no caso de o credor e de o devedor convencionarem a possibilidade de venda do objeto para o pagamento da dívida com o preço – o *pactum de distrahendo pignus* ^[37]. No caso do valor arrecadado com a venda do bem ser superior à dívida, o devedor tinha a faculdade de reclamar frente ao credor o excedente – *superfluum* – através de uma *actio in factum*.

Devido a freqüência com que ocorriam os pactos neste sentido, a partir de Constantino, a possibilidade de venda da coisa garantida (*ius distrahendi*) ^[38] passou a ser um elemento natural da hipoteca, tornando a pactuação desnecessária. Ocorre que, na época pós-clássica, surgiu a exigência de que o credor pedisse ao devedor, por três vezes, o pagamento da dívida antes de vender a coisa. Não sendo encontrado comprador, o credor poderia solicitar autorização ao imperador para se tornar proprietário da coisa garantida, facultando ao devedor o resgate mediante pagamento da dívida, no prazo de dois anos ^[39]. A ausência do resgate em tempo hábil converteu o credor em proprietário da coisa.

Outro meio de satisfação do crédito que o devedor tinha, frente ao não cumprimento da obrigação no prazo acordado, era ficar com a coisa dada em garantia a título de pagamento da dívida, a denominada *lex comissoria*. Para ser constituída a *lex comissoria* era imprescindível a realização do pacto entre o credor e o devedor ^[40].

Diante da carência de créditos na época pós-clássica, tornou-se usual a prática de hipotecas cujo valor da *res era* muito superior ao da dívida a ser paga. Com a freqüência de casos de inadimplência era facultado ao credor ficar com a coisa hipotecada como satisfação da dívida, sem a obrigação de realizar o pagamento do eventual *superfluum* ao devedor ^[41], acarretando no enriquecimento deste frente a diferença verificada entre o valor da dívida e o da coisa hipotecada.

Conseqüentemente, Constantino proibiu o pacto comissório ^[42] devido a prática da usura. No entanto, continuou lícito ao credor, decorrido certo lapso temporal, tornar-se proprietário da *res* a título de compra e venda pelo justo preço, caso o devedor não cumprisse com o pagamento da dívida ^[43].

Admitindo que o credor entrasse na posse do bem garantido pela hipoteca, mediante a inadimplência do devedor, e que fosse credor do mesmo devedor de outras dívidas não garantidas pela hipoteca, era-lhe facultado reter a posse da coisa mesmo depois de satisfeita a dívida garantida, através da *pignus Gordianum*, constituída pelo Imperador Gordiano. O direito de posse somente cessava com a satisfação de todas as dívidas.

6. Da pluralidade de credores hipotecários

A hipoteca, por se tratar de um direito real de garantia onde não há a tradição da coisa para a pessoa do credor garantido, permite que sejam cumuladas várias hipotecas sobre a mesma *res* com o intuito de garantir inúmeras obrigações ^[44], podendo ser constituídas simultaneamente ou sucessivamente ^[45].

Nos casos onde se observava a falta de pagamento das obrigações garantidas pela hipoteca, deveria ser respeitada uma ordem de satisfação dos credores, qual seja: era acatada a ordem cronológica das hipotecas, devendo ser satisfeito, primeiramente, o credor cuja convenção foi celebrada anteriormente, seguindo o princípio *prior tempore, potior iure* ^[46]. Os credores sucessivamente posteriores seriam alcançados pela garantia no montante do seu crédito, no limite do resíduo da venda da *res* hipotecada.

Havendo mais de uma hipoteca constituída simultaneamente frente a diferentes credores e não havendo a possibilidade de empregar o princípio *prior tempore, potior iure*, preferia o possuidor, segundo a regra *possidentis meliorem esse conicionem* ^[47].

O credor posterior tem a faculdade de oferecer ao primeiro credor hipotecário a realização de seu crédito, através do *ius offerendi*. Independentemente da aceitação ou da recusa da oferta por parte do credor *prior*, o ofertante se coloca em sua posição de preferência.

Além do *ius offerendi*, podia se verificar, também, uma sucessão hipotecária – *successio in locum* – nas circunstâncias a seguir: (1) no caso de haver novação e o garante consentisse na transferência da hipoteca para garantir a nova obrigação; (2) quando se realizava um mútuo ao devedor hipotecário para que salde a dívida, a hipoteca era transmitida para garantir a nova obrigação; (3) quando o credor cedesse o seu crédito, gratuita ou onerosamente, a um terceiro, que se sub-rogava no seu direito de hipoteca.

A prioridade temporal não era absoluta, havendo exceções fundadas em privilégios ou em documentos ^[48].

A prioridade documental ^[49], estabelecida pelo imperador Léon, observa-se nas hipotecas constituídas em documento público – *instrumentum publice confectum* –, ou em documento privado subscrito por, pelo menos, três testemunhas idôneas – *instrumentum quasi publice confectum*. Esta forma de privilégio conferido à hipoteca documentada foi o primeiro embrião do sistema de publicidade deste direito real de garantia ^[50].

As hipotecas privilegiadas ^[51] eram constituídas legalmente e se davam em favor, por exemplo: (1) de créditos do Fisco; (2) do mutuante sobre a coisa comprada com a *pecunia* mutuada; (3) da mulher, sobre os bens do marido; (4) do pupilo sobre as *res* do tutor.

As hipotecas privilegiadas prevaleciam sobre as documentadas, e estas sobre as hipotecas com prioridade temporal ^[52].

7. Da proteção

O credor, diante do não pagamento da renda por parte do arrendatário, recorria ao pretor que, através do *interdictum Salvianum* ^[53], fazia valer a sua hipoteca sobre os *invecta et illata*, compelindo o devedor a transferir-lhe a posse dos mesmos. Esse interdito era, por vezes, ineficaz, pois somente se aplicava contra a pessoa do devedor ^[54], não alcançando terceiros ^[55], aos quais, porventura, estavam alienados os bens.

Surgiu então a ação criada por um pretor chamado *Servius Sulpicius Rufus* – *actio Serviana* –, através da qual o credor ficava possibilitado de entrar na posse dos *invecta et illata*, independentemente de quem detivesse o poder, fosse o locatário, fosse um terceiro ^[56].

No caso da necessidade de se intentar uma ação contra terceiro possuidor do bem dado em garantia, o pretor deveria verificar alguns pressupostos ^[57] antes de condenar o devedor na transferência dos bens garantidores para o credor:

a) se havia realmente se concretizado um *pignus conventum*;

b) se, no momento em que foi realizada o *pignus conventum*, a coisa objeto da garantia tivesse *in bonis* do hipotecante;

c) se a obrigação que originou a garantia não estava extinta.

Em princípio, a *actio Serviana*, só era aplicada nos casos de arrendamento de bens rústicos ^[58]. Mais tarde, buscando dar maior amplitude ao instituto, a *actio Serviana* se estendeu a todos os casos em que se verificava uma *pignus conventum*, entretanto, aparecendo sob nova denominação, conforme os diferentes períodos de evolução do direito romano: assim, sucessivamente, *actio Serviana utilis*, *actio quasi Serviana* ^[59] e *actio hypothecaria*, também denominada, *Serviana pignoratitia in rem*, que consagrou o caráter real, oponível *erga omnes*, desse direito de garantia ^[60].

Nos casos em que a garantia hipotecária era acessória a uma obrigação referente a uma locação de habitação, o locador, em virtude do inadimplemento de seu crédito, poderia apoderar-se dos *invecta et illata*. O locatário, após comprovar o pagamento da dívida, poderia recuperá-los através do *interdictum de migrando* ^[61].

Em se tratando de bens imóveis dados em garantia hipotecária, o devedor, ao comprovar o cumprimento da obrigação e se negando o credor em restituir a coisa, poderia recuperá-la, fazendo uso da *rei vindicatio* ^[62].

O credor somente poderia exigir do devedor o montante do seu crédito, porém, no caso de concorrerem uma garantia pessoal e uma hipoteca, em se tratando do bem hipotecado se encontrar na posse de terceiro, o credor poderá exigir o valor real total do bem hipotecado, pois responde frente ao devedor pelo *superfluum*, isto é, o excedente do montante obtido sobre o valor do crédito garantido.

O terceiro demandado, possuidor do bem hipotecado, pode, por via de exceção, remeter o credor hipotecário para que busque a satisfação do seu crédito, primeiramente, através da garantia pessoal, junto ao devedor e seus *fideiussores* ^[63], fazendo uso do *beneficium excussionis personalis* ^[64].

No caso de haver um devedor de um mesmo credor com a garantia de uma hipoteca geral – sobre o patrimônio do garante – e outra especial – sobre *res* singulares – pode exigir que o credor proceda, a *priori*, com a venda da *res* garantida pela hipoteca especial e, somente depois, venda a coisa hipotecada de forma geral, invocando o *beneficium excussionis realis* ^[65].

Esse benefício demonstra claramente o intuito do legislador romano em proteger o patrimônio do devedor, onde, no caso de acúmulo de hipotecas sobre bens patrimoniais e coisas singulares, primeiramente, deveriam ser executados as coisas singulares.

8. Da extinção

O direito real de garantia hipotecária tem caráter acessório e indivisível ^[66] em relação à dívida garantida. É acessório por estar intimamente vinculado com o crédito a garantir. Sem o crédito, não se constitui a garantia hipotecária, ao passo que, com a extinção do crédito, se extingue, também, a hipoteca ^[67]. É indivisível, à medida que a garantia hipotecária acompanha o crédito garantido até o momento em que este esteja inteiramente adimplido. Esta indivisibilidade observada entre o crédito e a sua garantia mantém-se até mesmo nos casos onde se observa uma pluralidade de bens garantidores de um crédito parcialmente pago, onde a totalidade dos bens alienados permanece garantindo o resíduo.

A garantia hipotecária, em se tratando, via de regra, de direito acessório, estritamente vinculado ao crédito a garantir, pode ser extinta:

a) pelo pagamento integral da dívida ^[68];

b) pela *datio in solutum*, isto é, a coisa hipotecada é transmitida ao credor em lugar do cumprimento da obrigação ^[69];

c) pela *pactum in non petendo*, que é um pacto de renúncia à dívida, onde o credor promete não reclamar a dívida do devedor ^[70];

d)pela novação ^[71], mas não pela *litis contestatio* ^[72];

e)pela destruição da coisa ^[73] (a modificação e a restauração da coisa não pode ser considerada destruição, inexistindo a extinção da garantia por esses motivos);

f)pela renúncia do direito de hipoteca pelo seu titular ^[74], mesmo que realizada tacitamente, como por exemplo, pela restituição da coisa ^[75];

g)pela confusão: incidência sobre a mesma pessoa das qualidades de proprietário da coisa dada em hipoteca e do credor hipotecário;

h)pela venda da coisa hipotecada pelo primeiro credor garantido. Os credores subseqüentes somente terão direito, depois de satisfeito o credor anterior, sobre o excedente, caso haja;

i)pela *longi temporis prescriptio* em favor de terceiro que, de boa-fé e justo título, possuísse a coisa hipotecada por dez anos – contra presentes – ou vinte anos – em se tratando de ausentes. No caso da posse ser com boa-fé e sem justo título, o prazo aumenta para trinta e quarenta anos, respectivamente. Na época justiniana, os efeitos aquisitivos da usucapião se estendiam, tanto ao proprietário, quanto ao credor hipotecário ^[76].

Vale salientar que a extinção da hipoteca, nos casos supra referidos, se dá somente se for observada a satisfação plena da dívida: *pignoris causa indivisa est* ^[77].

9.Considerações Finais

O direito real de garantia denominado *pignus conventum* parece ter surgido nos arrendamentos rurais na época clássica, onde os *invecta et illata* do locatário eram garantidores do cumprimento da obrigação. A posse da *res* ficava com o locador, que a utilizava na exploração da terra, tendo o credor o direito de possuí-la somente no caso de inadimplência do devedor, em contraposição ao *pignus datum*, que também é um direito de garantia real sobre a *res aliena* ligada ao cumprimento da obrigação, mas a transmissão da posse se realiza desde o momento em que é criado o direito.

O termo *hypotheca* apareceu mais tarde, na época dos Severos, ganhando força e prevalecendo ao termo *pignus conventum*.

A hipoteca surgida com os arrendamentos rústicos foi se desenvolvendo, podendo alcançar todas as coisas suscetíveis de posse e de venda. Esta evolução refletiu, também, nos mecanismos de defesa que eram conferidos, tanto ao credor, como ao devedor.

Não restam dúvidas da importância da hipoteca no direito romano, inclusive sendo utilizada pelo Estado para garantir o pagamento dos impostos e, também, na proteção de

direitos dos incapazes, através de hipotecas legais. Entretanto, devido à carência de publicidade nesta época, os cidadãos romanos preferiam a utilização das garantias pessoais.

A publicidade que hoje dá segurança e credibilidade à hipoteca era uma carência deste direito de garantia romano, apesar de que, entende-se que os primeiros indícios de publicidade da hipoteca surgiram no direito romano com as garantias hipotecárias constituídas por documento público.

Hodiernamente, a hipoteca é uma garantia real positivada em inúmeras legislações nacionais, incluindo-se a brasileira e a portuguesa. É claro que muitas alterações foram feitas em decorrência do progresso – ou regresso – da sociedade que, como sabemos, se deve refletir na evolução do direito. Entretanto, são inúmeros os pontos da hipoteca romana que se repetem no direito hoje vigente.

O valor e a importância do direito romano como um todo é inegável frente às fortes influências que se refletem no direito contemporâneo. A hipoteca romana é apenas uma pequena demonstração da força de um direito que atravessou séculos para alicerçar os direitos que regulam a sociedade nos dias atuais.

É claro que no decorrer destes longos anos foram inevitáveis algumas adaptações a este direito de garantia real, porém, acredita-se que a diferença entre a hipoteca romana e a constante nas legislações atuais é infinitamente menor em relação à disparidade entre a sociedade romana e a moderna, demonstrando a força do direito romano na sua totalidade.

BIBLIOGRAFIA

ARIAS RAMOS, José, *La Doctrina de la "Conventio" y el Origen de la Hipoteca Romana* na *Revista de Derecho Privado* XXVII nº 313 (1943), p. 214 – 223.

BISCARDI, Arnaldo, *La Dottrina Romana dell'Obligatio Rei*, em *Pubblicazione Dell'Istituto di Diritto Romano* 25 (1991), p. 120 – 123.

CRETELLA JÚNIOR, J., *Curso de Direito Romano: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro*²¹ (Editora Forense/ Rio de Janeiro, 1998).

DI PIETRO, Alfredo/ LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique, *Manual de Derecho Romano*⁴ (Depalma/ Buenos Aires, 1992).

D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*⁸ (EUNSA/Pamplona, 1991).

FREZZA, Paolo, *Le Garanzie delle Obligazioni. Corso di Diritto Romano, II, Le Garanzie Reali* (CEDAM/ Pádua, 1963).

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*¹¹ (Editorial Ariel/ Barcelona, 1993).

KASER, Max, *Direito Privado Romano*, trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle (Fundação Calouste Gulbenkian/ Lisboa, 1999).

MENEZES CORDEIRO, A., *Direitos Reais* (Lex/ Lisboa, 1993).

MIQUEL, Juan, *El Rango Hipotecario en el Derecho Romano Clássico*, em *AHDE* XXIX (1959), p. 229 – 316.

_____, *Nuevos Estudios de Derecho Hipotecario Romano*, em *ADHE* XXX (1960), p. 727 - 736

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, I¹¹ (Editora Forense/ Rio de Janeiro, 1999).

PALMIERI, Elio, *Ipoteca (Diritto Romano)*, no *NNDI* IX (1957), p. 48 – 50.

SANFILIPPO, Cesare, *Instituzioni de Diritto Romano*⁹ (Messina/ Rubbettino, 1996).

SANTOS JUSTO, A., *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)* em *Studia Iuridica* 26 (Coimbra Editora/ Coimbra, 1997).

_____, *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)* (Coimbra, 1988).

SARGENTI, Manlio, *Il 'de Agri Cultura' di Catone e le Origine Dell'Ipoteca Romana*, em *SDHI* XXII (1956), p. 158 – 184.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil*, V³ (Editora Atlas/ São Paulo, 2003).

Notas

⁰¹ Vid. SANTOS JUSTO, A., *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)*, em *Studia Iuridica* 26 (Coimbra Editora/ Coimbra, 1997), p. 213.

⁰² Segundo D'ORS: "Los origenes de la hipoteca deben buscarse, por un lado, en la garantia inmobiliaria de los arriendo públicos (*praedia subsignata*), y, por otro, en la garantia inmobiliaria del arrendamiento rústico." Vid. D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*⁸ (EUNSA/Pamplona, 1991), p. 469. A crítica a essa teoria, tecida por MOREIRA ALVES, é no sentido de não conhecer texto romano que se refira à coisa hipotecada como *praedium subsignatum*. Vid. MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, I¹¹ (Editora Forense/ Rio de Janeiro, 1999), p. 353.

⁰³ Vid. MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 353.

⁰⁴ Vid. BISCARDI, Arnaldo, *La Dottrina Romana dell'Obligatio Rei*, em *Pubblicazione Dell' Instituto di Diritto Romano* 25 (1991), p. 120.

⁰⁵ Vid. MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 353.

⁰⁶ Cf. D., 20, 1, 5, 1. Vid. D'ORS, *ob. cit.*, p. 418.

⁰⁷ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito...*, *cit.*, p. 218²; e IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*¹¹ (Editorial Ariel/ Barcelona, 1993), p. 317⁹.

⁰⁸ Vid. ARIAS RAMOS, José, *La Doctrina de la "Conventio" y el Origen de la Hipoteca Romana*, na *Revista de Derecho Privado* XXVII n° 313 (1943), p. 215.

⁰⁹ Vid. MIQUEL, Juan, *El rango hipotecario en el derecho romano clásico*, em *AHDE* XXIX (1959), p. 234.

¹⁰ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito...*, *cit.*, p. 218.

¹¹ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito...*, *cit.*, p. 218 - 219.

¹² Vid. BISCARDI, *ob. cit.*, p. 120.

¹³ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito...*, *cit.*, p. 219; FREZZA, Paolo, *Le Garanzie delle Obligazioni. Corso di Diritto Romano, II, Le Garanzie Reali* (CEDAM/ Pádua, 1963), p. 114; D'ORS, *ob. cit.*, p. 421; MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 354; e SANFILIPPO, Cesare, *Instituzioni de Diritto Romano*⁹ (Messina/ Rubbettino, 1996), p. 277. IGLESIAS enquadra a hipoteca constituída por ato de última vontade como sendo convencional. Vid. IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 318.

¹⁴ Forma de constituição mantida no CC brasileiro, no art. 1.489 e no CC português, no art. 704°.

¹⁵ Vid. PALMIERI, Elio, *Ipoteca (Diritto Romano)*, no *NNDI IX* (1957), p. 50.

¹⁶ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito...*, *cit.*, p. 218 – 219; e PALMIERI, *ob. cit.*, p. 50.

¹⁷ Desde Constantino. Vid. KASER, Max, *Direito Privado Romano*, trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle (Fundação Calouste Gulbenkian/ Lisboa, 1999), p. 184.

¹⁸ Hipótese mantida no CC português, sob a égide do art. 705, "c".

¹⁹ A partir de Justiniano, em relação aos itens 3 e 4. Vid. KASER, *ob. cit.*, p. 184.

²⁰ Vid. IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 319. O CC brasileiro, no art. 1.489, III, manteve essa forma de constituição legal da hipoteca.

²¹ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito..., cit.*, p. 220.

²² Vid. FREZZA, Paolo, *ob. cit.*, p. 115; IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 319; e MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 354. Em sentido contrário, SANTOS JUSTO, onde afirma que, neste caso, não se trata propriamente de uma hipoteca, mas de uma penhora. Vid. SANTOS JUSTO, A., *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)* (Coimbra, 1988), p. 20².

²³ A legislação portuguesa manteve essa forma de constituição da hipoteca, no art. 710º, 1, do CC português, que trata das hipotecas judiciais.

²⁴ Vid. IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 320. No CC brasileiro, assim como no português, o pressuposto de alienabilidade foi mantido, conforme dispõe o art. 1.420 e 715º, respectivamente. Também, em ambas as legislações, a hipoteca se restringe a bens imóveis, exceto alguns móveis, mas esses, quando por lei, são equiparados a imóveis, conforme art. 1.473, do CC brasileiro e 686º, 1, do CC português.

²⁵ Vid. SANTOS JUSTO, *As garantias..., cit.*, p. 21.

²⁶ A hipoteca, em se tratando de usufruto, deve recair sobre o exercício deste, pois é alienável, e não sobre o direito do usufruto, pois este é inalienável. Vid. MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 355¹³. O CC português, arrolou o usufruto como bem passível de hipoteca, conforme, art. 688º, 1, "e".

²⁷ Manteve-se essa possibilidade no CC português (art. 688º, 1, "d").

²⁸ Segundo MOREIRA ALVES, as servidões prediais urbanas não estão incluídas no rol de direitos hipotecáveis. Vid. MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 355. De acordo com o CC português, ainda hoje é permitida a hipoteca sobre os prédios rústicos (art. 688º, 1, "a"), acrescentando-se no mesmo artigo, os prédios urbanos.

²⁹ Vid. MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 355.

³⁰ Ficam excluídos, em último caso, os objetos indispensáveis para a sobrevivência cotidiana. Vid. IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 320⁴³.

³¹ Vid. D'ORS, *ob. cit.*, p. 471.

³² Vid. D'ORS, *ob. cit.*, p. 470.

³³ Vid. MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 356; e IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 321.

³⁴ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito..., cit.*, p. 215¹⁶.

³⁵ A palavra *antichresis* tem origem grega: *anti* (contra) e *chresis* (uso). Vid. VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil*, V³ (Editora Atlas/ São Paulo, 2003), p. 506.

³⁶ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito..., cit.*, p. 215; SANFILIPPO, *ob. cit.*, p. 277; FREZZA, *ob. cit.*, p. 199; D'ORS, *ob. cit.*, p. 468; e MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 356.

³⁷ Na ausência deste *pactum* expresso, era aplicada a pena de *furtum* ao credor que vendesse a coisa dada em garantia.

³⁸ Segundo MENEZES CORDEIRO, o credor hipotecário não era detentor do *ius possidendi* sobre a *res*, somente do *ius distrahendi*. Vid. MENEZES CORDEIRO, A., *Direitos Reais* (Lex/ Lisboa, 1993), p. 756.

³⁹ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito..., cit.*, p. 214 e 215; DI PIETRO, Alfredo/ LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique, *Manual de Derecho Romano*⁴ (Depalma/ Buenos Aires, 1992), p. 250; e IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 320 – 321.

⁴⁰ Vid. MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 356.

⁴¹ Vid. FREZZA, *ob. cit.*, p. 226.

⁴² Prática também proibida do direito português e no brasileiro, conforme art. 694º, do CC português e art. 1.428, do CC brasileiro.

⁴³ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito..., cit.*, p. 214⁸; MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 356; IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 321⁴⁸; e KASER, *ob. cit.*, p. 186. Segundo FREZZA, a transmissão da *res* ao credor a título de compra e venda é muito familiar ao instituto da *datio in solutum*, sendo, no entanto, sujeito a uma estimativa do valor da coisa. Vid. FREZZA, *ob. cit.*, p.227.

⁴⁴ Tanto Brasil, como Portugal, mantiveram essa característica romana, conforme art. 1.476, do CC brasileiro e art. 713º, do CC português.

⁴⁵ Vid. MIQUEL, *El rango..., cit.*, p. 236 – 237.

⁴⁶ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito..., cit.*, p. 220; PALMIERI, *ob. cit.*, p. 50; e IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 322.

⁴⁷ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito..., cit.*, p. 220.

⁴⁸ Vid. IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 322.

⁴⁹ Tratada no CC brasileiro no art. 1.422.

⁵⁰ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito...*, cit., p. 220²⁴. A publicidade, hodiernamente, é indispensável à hipoteca, tanto que o CC brasileiro instituiu, no seu art. 1.492, a sua obrigatoriedade, assim como o CC português, no seu art. 687º.

⁵¹ Regra também acolhida pelo CC do Brasil, no seu art. 1.422, Parágrafo único.

⁵² Vid. IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 322-323. No Brasil, é o número da ordem no registro público que determina a prioridade e não a data da sua constituição, conforme arts. 1.493 a 1.495, do CC brasileiro. Em Portugal, o procedimento é análogo. Todavia, se forem realizadas inúmeras hipotecas no mesmo dia, o bem deverá ser repartido pelos credores na proporção de seus créditos.

⁵³ Vide BISCARDI, *ob. cit.*, p. 120 – 121; e MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 353. Em sentido contrário, teoria de Wube, comentada por MIQUEL, onde refere que o *interdictum Salvianum* não se dirige unicamente contra o arrendante, como, também, contra qualquer devedor. Vid. MIQUEL, Juan, *Estudios de Derecho Hipotecario Romano*, em *AHDE XXX* (1960), p. 731.

⁵⁴ Vid. IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 318; e DI PIETRO/ LAPIEZA ELLI, *ob. cit.*, p. 248.

⁵⁵ Segundo KASER, o *interdictum Salvianum* inicialmente dirigiu-se somente contra o arrendatário, atingindo, mais tarde, também a pessoa de terceiros possuidores. Vid. KASER, *ob. cit.*, p. 188.

⁵⁶ Vid. IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 318; e D´ORS, *ob. cit.*, p. 470.

⁵⁷ Vid. BISCARDI, *ob. cit.*, p. 122 - 123; e KASER, *ob. cit.*, p. 189.

⁵⁸ Vid. MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 353; e MIQUEL, *El rango...*, cit., p. 234.

⁵⁹ Para SARGENTI, o meio de tutela do credor não pode ser o *interdictum Salvianum*, tampouco a *actio Serviana*, tendo que se pensar necessariamente, na *actio quasi Serviana*. Vid. SARGENTI, Manlio, *Il ´de Agri Cultura´ di Catone e le Origine Dell´Ipoteca Romana*, em *SDHI XXII* (1956), p. 162.

⁶⁰ Vid. DI PIETRO/ LAPIEZA ELLI, *ob. cit.*, p. 249; e SANFILIPPO, *ob. cit.*, p. 276.

⁶¹ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito...*, cit., p. 221; e KASER, *ob. cit.*, p. 188.

⁶² Vid. KASER, *ob. cit.*, p. 189; e MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, p. 357.

⁶³ Os *fideiussores* somente poderiam ser demandados depois de esgotadas as possibilidades de cumprimento pelo devedor principal. Vid. SANTOS JUSTO, *Direito...*, cit., p. 222³³.

⁶⁴ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito...*, cit., p. 221; e IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 323.

⁶⁵ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito..., cit.*, p. 221 - 222.; e IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 323.

⁶⁶ O direito brasileiro e o direito português mantiveram o caráter de acessoriedade e indivisibilidade da hipoteca. Conforme, os arts. 698º e 696º, do CC português e arts. 1.419 e 1.421, do CC brasileiro.

⁶⁷ Exceto se houver, na relação entre o credor e o devedor, a existência de outros créditos inadimplidos sem garantia real, *Vide pignus Gordianum*, item 4.

⁶⁸ Mantida no CC brasileiro sobre a égide do art. 1.499, I e no CC português, no art. 730, "a".

⁶⁹ Vid. KASER, *ob. cit.*, p. 187. A *datio in solutum* era encontrada, por exemplo, nos casos da hipoteca em favor do marido sobre os bens de quem prometeu constituir um dote. Vid. FREZZA, *ob. cit.*, p. 229.

⁷⁰ Vid. CRETELLA JÚNIOR, *Curso de Direito Romano: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro*²¹ (Editora Forense/ Rio de Janeiro, 1998), p. 342.

⁷¹ Segundo CRETELLA JÚNIOR, "a novação romana é a transferência (*translatio, transfusio*) duma dívida antiga para uma obrigação nova." Vid. CRETELLA JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 343.

⁷² Vid. SANTOS JUSTO, *Direito..., cit.*, p. 220; e IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 324. A *litis contestatio* é o ato mediante o qual as partes concordam em submeter as suas controvérsias ao julgamento de um terceiro. A principal consequência da *litis contestatio* é a extinção do direito anterior do autor e dar nascimento a um novo direito – o direito de condenar o réu ao pagamento de uma soma em dinheiro ao credor. Vid. CRETELLA JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 346.

⁷³ O CC brasileiro manteve essa forma de extinção da hipoteca, conforme art. 1.499, II, assim como o português, no seu art. 730º, "c", do CC.

⁷⁴ Critério mantido nas legislações brasileira e portuguesa, no art. 1.499, IV e no art. 730, "d", respectivamente.

⁷⁵ Vid. IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 323.

⁷⁶ Vid. IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 324.

⁷⁷ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito..., cit.*, p. 220; e IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 324.

*Advogado em Porto Alegre (RS), pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Coimbra (Portugal), mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade de Coimbra (Portugal).

FONTANA, Rodrigo Ghisleni. **A hipoteca romana** . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1288, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9376>>. Acesso em: 14 fev. 2007.