

## HIPOTÉCA DE PRÉDIO FOREIRO

(Continuação)

PELO DR. HENRIQUES DA SILVA

A segunda garantia especial em favor do senhorio directo, credor de foros, é a hipoteca que a lei lhe permite registar no prédio respectivo, a fim de que possa obter no concurso hipotecário o pagamento, para assegurar o qual o seu privilégio seja ineficaz.

O legislador entendeu ser necessário mais este recurso para garantir convenientemente o direito senhorial.

Mas, se o foreiro tivesse ampla liberdade para onerar o prédio, os intuitos do legislador seriam facilmente sofismados, e tal recurso em muitos casos inerte. É necessário notar que o registo do crédito privilegiado como hipotecário só pode verificar-se quando haja crédito efectivo, isto é, para assegurar foros vencidos e não pagos. Ora, sendo assim, como dar eficácia a esta faculdade outorgada aos senhores directos em meio das liberdades legitimamente reconhecidas aos enfiteutas? Como equilibrar os direitos de uns e dos outros?

Se, quando o credor de foros fôr valer-se do recurso facultado pelo art. 907.º do Código Civil, o prédio estiver aliviado de qualquer onus ou hipoteca, bem está elle de facto. Mas se o devedor tiver já a êsse tempo, no uso dos direitos que lhe conferem os arts. 898.º e 1.676.º, constituído sôbre o prédio algum onus ou hipoteca, que esteja completamente registada? Vejamos.

Os onus reais com registo anterior ao da hipoteca acompanham o prédio, e do seu valor total é deduzida a importância dos onus referidos, art. 1.022.º Por tanto, quando se proceder à avaliação do prédio na execução promovida pelo senhorio directo para pagamento do seu crédito hipotecário tem deduzir-se do valor do mesmo prédio, estimado como alodial, em primeiro lugar o valor do domínio directo, visto que êle tem de ser arrematado como enfiteutico, e o valor dêste domínio, supondo que não há laudémio a considerar, é reputado igual a vinte pensões anuais, Código Civil, art. 2.096.º, Código de Processo Civil, art. 253.º n.º 3. Ora, imaginando que a pensão seja igual a 1/4 do rendimento líquido do prédio, esta primeira dedução inutilisa para o pagamento do crédito do senhorio directo 1/4 do valor restante, há-de fazer-se ainda a dedução do valor do onus constituído pelo foreiro e assegurado com registo anterior ao da hipoteca em favor do credor hipotecário de foros. Supondo que êsse onus seja um usufruto, cujo valor é reputado igual ao rendimento de dez anos, (Código de Processo, art. 253.º n.º 6), absorve 2/4 do valor total do prédio, restando, feita a dedução, 1/4 dêste valor. Se o senhorio houver de ser pago dos foros de 5 anos (art. 1.684.º do Código Civil), e se tiver hipoteca registada para pagamentos dos foros dos três primeiros, podendo obter pelos frutos pendentes, avaliados em separado (Código de Processo, art. 253.º § 2.º), o pagamento dos foros dos dois anos últimos no uso do seu privilégio mobiliário, segue-se que tem a receber do quarto restante do valor do prédio apenas 3/4 relativos ao rendimento líquido (porque o valor da pensão é por hipótese 1/4 dêsse rendimento), isto é, 3/4 relativos a 1/20 do valor do prédio, havendo portanto ainda um grande saldo a favor do foreiro. Note-se, porém, que não fizemos referência aos juros devidos desde a mora (Código Civil, art. 1.671.º), nem às custas, que são pagas, em primeiro lugar, pelo produto em depósito (Código de Processo, art. 946.º). Mas em regra o onus imposto pelo foreiro no prédio não prejudicará a garantia que a lei teve em vista dar ao senhorio directo, quando lhe permitiu registar como hipotecário o crédito privilegiado de foros, embora êste registo seja posterior ao dêsse onus, porque em geral fica subsistente o valor do direito de propriedade que o enfiteuta conserva. O arrendamento nem mesmo dá lugar a nenhuma dedução

do valor do prédio, por quanto o arrematante supõe-se vir a receber pela renda o equivalente da privação que sofre no seu direito de fruição, quando o contrato haja de subsistir nos termos dos art. 1.621.º do Código Civil.

Falámos dos onus em geral. Consideremos agora os casos de venda e doação.

Se o foreiro quiser vender o prédio aforado, tem de avisar disso previamente o senhorio directo, e só trinta dias depois do aviso é que pode realizar a alheação (art. 1.678.º). Neste caso pois o senhorio, credor de foros, pode precaver-se já intentando logo a acção executiva, já fazendo registar, antes da transmissão, hipoteca legal, a qual acompanha o prédio em mão de terceiro.

Na hipótese, porém, da doação, não é o foreiro obrigado a fazer ao senhorio o aviso prévio, e então resta ao credor de foros, além do recurso contra outros bens que o devedor possua, o privilégio mobiliário que pode, segundo supomos, exercer a despeito da transmissão, para pagamento dos foros devidos e relativos aos dois últimos anos e ao corrente. Se o privilégio não abrange tôdas as pensões devidas, a si deve êle imputar não ter segurado o pagamento dessas por meio da hipoteca legal. Pode contudo a doação ser rescindida, a requerimento do senhorio, como feita em prejuízo seu, ainda que as partes não procedessem de má fé, sob as condições do art. 1.033.º e nos termos do art. 1.035.º do Código Civil, e até o donatário responde pelas dívidas do doador tendo havido fraude em prejuízo dos credores, conforme o disposto no art. 1.470.º § 1.º, que achamos perfeitamente conciliável com o citado art. 1.035.º (Código Civil, anot., 2.º vol., pág. 488).

Suponhamos, porém, que o enfiteuta, logo depois de receber o prédio emprasado e antes mesmo que houvesse dívida de pensões, constituiu sôbre o prazo uma hipoteca convencional, ou o enfiteuta, constituiu dote em seu favor?

Vamos por partes, e em primeiro lugar ao caso da hipoteca.

Passado tempo, há foros devidos, e o senhorio pensa em segurar o pagamento. É verdade que o seu privilégio mobiliário está de pé, mas para inutilizá-lo basta que haja um privilégio mais graduado, como o da Fazenda Nacional (art. 1.008.º).

Se a Fazenda lhe levar o valor dos frutos do prédio, embora lhe poupe o valor do imóvel por já não necessitar dêle, arreba-

ta-lho com tudo a hipoteca convencional. Se o foreiro não tiver outros bens ou tiver mais credores, que pode fazer o senhorio?

Respondemos: pode registrar como hipotecário o seu crédito, a-fim-de obter, no concurso hipotecário, o pagamento que no concurso de créditos privilegiados não poderia alcançar (art. 907.<sup>o</sup>). É certo que, no concurso de hipotecas entre si, o pagamento é feito pela ordem de prioridade do registo (art. 1.017.<sup>o</sup>), e por outro lado é certo que o foreiro pode hipotecar sem consentimento do senhorio a totalidade do prédio emprazado (art. 898.<sup>o</sup>); mas não é menos verdade que a hipoteca constituída pelo foreiro sem aquele consentimento não pode abranger a parte do valor do prédio que corresponde ao fôro mais um quinto (art. 1.676.<sup>o</sup>). Logo só a hipoteca consentida pelo senhorio pode abranger aquele valor isento, e neste caso está a hipoteca que êle próprio faça inscrever sôbre o prédio por permissão da lei (art. 907.<sup>o</sup>).

Mas o senhorio directo não há-de pagar-se por um valor que é seu, e que êle cede ao foreiro a trôco da pensão; qual é o valor que corresponde ao fôro. Não obstante, a hipoteca em favor do senhorio, credor de foros, subsiste a respeito do quinto do valor correspondente ao fôro, quinto que não pode ser compreendido pela hipoteca convencional anterior.

Assim, promovida execução hipotecária contra o possuidor do prédio (Código do Processo, art. 952.<sup>o</sup>), avaliado êste como prazo e deduzido por tanto do seu valor total o valor correspondente ao fôro, o senhorio directo, no concurso de créditos hipotecários, impugna o direito do credor hipotecário concorrente a receber do prêço em depósito o valor do quinto do capital correspondente ao fôro, com o fundamento da nulidade da hipoteca relativamente a êsse valor (Código Civil, art. 10.<sup>o</sup>, Código do Processo, arts. 935.<sup>o</sup>, 956.<sup>o</sup>, 954.<sup>o</sup>; n.<sup>o</sup> 4), e por consequência será graduado em primeiro lugar com relação a êsse quinto isento das hipotecas anteriores à sua.

Passemos à hipótese da constituição de dote no prédio aforado em favor da enfiteuta.

Por êste facto o prédio fica em regra inalienável na constância do matrimónio (Código Civil, art. 1.149.<sup>o</sup> — Rev. de Leg. e Jur., 12.<sup>o</sup> ano, pág. 358).

Poderá ainda assim o senhorio directo registar e fazer valer hipoteca legal no prazo?

Parece que não, porque a hipoteca só pode recair em bens imobiliários que não estejam fora do comércio, art. 889.º

Mas, por outro lado, diz o § único dêste artigo que «sempre que forem hipotecados prédios sujeitos a onus reais, não abrangerá a hipoteca senão o valor dos mesmos prédios, deduzida a importância dos onus registados anteriormente ao registo da mesma hipoteca».

Ora o onus dotal não pode abranger todo o valor do imóvel emprazado, porque não pode compreender o valor do capital do fôro mais um quinto, não sendo consentido pelo senhorio (art. 1.676.º); logo êste valor pode ser abrangido pela hipoteca legal em favor do credor de foros.

Mas o capital do fôro pertence ao senhorio; logo fica o quinto dêle adstricto ao pagamento da dívida de pensões.

Como, porém, o senhorio não possa ser constrangido a dividir o prazo em glebas (Código Civil, art. 1.662.º); a hipoteca pode onerar todo o prédio, donde resulta que todo êle pode ser posto em praça, devendo a parte do preço que não pertencer ao senhorio directo ser aplicada em bens imobiliários ou fundos públicos de assentamento com registo ou averbamento do onus dotal, segundo o disposto no Código do Processo art. 610.º

#### b) À extinção do emprazamento.

O emprazamento extingue-se:

Ou por devolução do prédio ao senhorio, quer seja porque o foreiro não tenha deixado herdeiros testamentários ou legítimos (art. 1.663.º), quer seja porque haja deteriorado o prédio a ponto de o seu valor não ser equivalente ao do capital correspondente ao fôro e mais um quinto (art. 1.672.º); — ou pela consolidação do domínio útil com o direito, que pode verificar-se, já quando o foreiro interpõe o seu direito de preferência no contrato de alheação do domínio directo (art. 1.678.º § 1.º), já quando o senhorio directo interpõe idêntico direito no contrato de alheação do prédio aforado (art. 1.678.º § 2.º), já quando o senhorio directo prefere no caso em que o prédio emprazado é penhorado por dívidas do

foreiro (art. 1.682.º), já ainda por contrato directo entre os dois ou disposição de última vontade ;

Ou enfim se extingue, quando o prédio se destrói ou inutiliza totalmente, por força maior ou caso fortuito (art. 1.687.º).

Nada temos com êste último modo de extinção, porque aqui desaparece o valor do prédio.

## I

Consideremos, em primeiro lugar, a devolução nos dois casos a que nos referimos.

O senhorio pode por êste modo receber o prédio livre ou onerado.

E pode recebê-lo, ou gravado com um onus, prêso por uma hipoteca constituída em favor de terceiro, credor do último foreiro.

Se se lhe devolve gravado com um onus e no caso do art. 1.672.º em que o prédio deteriorado já não conserva do seu valor senão menos que o capital correspondente ao fôro e mais um quinto, — como êste valor pertence ao senhorio (art. 1.672.º), e como, por outro lado, o onus imposto pelo ex-foreiro não podia abrangê-lo (art. 1.672.º) ; o senhorio pode intentar acção para fazer declarar extinto o onus e cancelar o seu registo.

No caso, porém, do art. 1.663.º, é certo que a lei transfere para o senhorio o direito de propriedade sôbre o prédio, mas não é menos certo que legitima o onus constituído pelo ex-foreiro sôbre êle, embora sem consentimento do senhorio (art. 1.676.º, primeira parte) ; logo êste tem de suportar o onus com que o prédio lhe é devolvido.

Contudo há uma parte do valor do prédio que lhe é devolvida livre de onus ; é a que corresponde ao fôro mais um quinto, e que o onus não podia vâlidamente abranger (art. 1.676.º, segunda parte).

E como, no caso que nos ocupa, o senhorio recebe o prédio, não por vontade do foreiro, mas por disposição da lei, tem evi-

dentemente o direito de fazer anular o onus relativamente à parte isenta do valor do imóvel.

Não é de crer que o valor do onus compreenda esta parte nem alguma coisa dela, a não ser que o canon fôsse elevadíssimo; mas, se isso acontecer, o senhorio tem a faculdade de pedir que, sendo avaliado o prédio e o onus que sobre êle pesa e verificando-se que êste tem excesso de valor em prejuízo do seu direito, seja reduzido, se disso fôr susceptível, ou seja êle senhorio convenientemente indenizado, sob pena de nulidade do encargo.

Suponhamos agora que ao senhorio se devolve o prédio, adstricto ao crédito hipotecário de terceiro.

No caso do art. 1.672.º compete-lhe o mesmo direito que em relação aos onus: — o de fazer declarar extinta a hipoteca e cancelar o registro.

No caso, porém, do art. 1.663.º, a hipoteca subsiste, porque «quando o senhorio directo conseguir a consolidação dos dois domínios, seja de que modo fôr, a hipoteca, que onera o domínio útil, acompanha o prédio» (art. 899.º). Mas não compreende a consolidação, como já ensinavam os jurisconsultos antes do Código Civil, isto é, não compreende o valor do domínio directo, nem tão pouco o valor do quinto do capital correspondente ao fôro, acrescenta o art. 1.676.º dêste Código. E, como, na devolução que nos ocupa, o que o senhorio recebe é regulado, não pela vontade do foreiro como num contrato, mas por disposição da lei, sendo a própria lei que dá àquele o valor do quinto (art. 1.663.º), isento do encargo hipotecário (art. 1.676.º), — segue-se que o senhorio pode inutilizar a hipoteca com respeito a êsse quinto, como com respeito ao valor do domínio directo. Onerando, porém, ela a totalidade do prédio (art. 898.º), e sendo de sua natureza indivisível (art. 893.º), — não pode o possuidor impedir que todo o prédio seja posto em praça, mas nos embargos de executado alega a nulidade da hipoteca relativamente ao valor correspondente ao valor correspondente ao fôro mais um quinto (Código Civil, art. 10.º, Código do Processo, art. 954.º n.º 4).

## II

Temos agora a estudar os restantes modos de consolidação do domínio directo com o útil.

Podem estes dois direitos reünir-se :

- a) na pessoa do senhorio ;
- b) na pessoa do enfiteuta.

a) O senhorio directo pode adquirir o domínio útil, recebendo o prédio : livre ou onerado ; havendo ou não dívida de foros.

Se o senhorio contracta directamente com o enfiteuta a aquisição do prédio, não pode ter sobre êle direitos diferentes de qualquer adquirente ; recebe-o em virtude do contrato, e não por força de qualquer prerogativa que lhe seja peculiar ; não pode por isso arrogar-se senão os direitos que o outro pactuante lhe quis transferir.

Dissemos noutro lugar que o senhorio directo, credor de foros, tinha direito de registar hipoteca sobre o prédio e de fazê-la valer em relação ao quinto do capital do fôro, a despeito de qualquer hipoteca convencional ou onus anteriormente registado e não consentido por êle, porque não poderia tal hipoteca ou onus compreender o valor correspondente ao fôro mais um quinto. Assim o quinto era, na constância do emprazamento, em valor que a lei queria conservar permanentemente em poder do foreiro, não porque o foreiro fôsse um simples depositário dêle, mas para que o senhorio pudesse ter em qualquer ocasião alguma coisa sobre que fizesse valer as preferências com que o legislador entendeu dever assegurar os seus direitos. Mas o quinto não é do senhorio, é do foreiro, porque pertence ao domínio útil. É na mão do foreiro um valor sobre que permanentemente o senhorio, como credor, pode fixar uma preferência. A lei sòmente o transfere para o senhorio, ou quando a existência desta garantia virtual (se assim podemos dizer) é evidentemente ameaçada de destruição por uma forma irreparável (art. 1.672.º), ou quando já não há foreiro, para quem possa passar (art. 1.663.º).

Assim não deve esquecer que o quinto do valor correspondente ao fôro é do enfiteuta na constância do emprazamento, e que o senhorio, comprando-lhe o domínio útil, como qualquer adqui-



rente, não recebe, quanto a êsse valor, senão os direitos que, na liberdade do contrato, o foreiro lhe quis transmitir, como fica dito.

Se pois o prédio vendido vier onerado, não pode, é certo, o onus ou hipoteca sacrificar o valor que corresponde ao fôro porque essa parte do valor pertencia ao senhorio, mas pode compreender o quinto do capital do canon, sem que ao ex-senhorio adquirente fique a faculdade de, a respeito dêle, anular a hipoteca ou o onus. É certo que a hipoteca ou o onus que abranja o quinto do capital do fôro é nulo na parte em que o abrange (Código Civil, art. 10.<sup>o</sup>); mas tal nulidade só pode ser alegada por quem tenha direitos sôbre êsse valor. Ora o senhorio, na qualidade de adquirente, não tem tais direitos, porque, não adquirindo senão os que o foreiro pactuante lhe quis transmitir, é inadmissível que êste quisesse transmitir-lhe aquilo de que havia disposto, quando constituiu hipoteca ou onus em ordem a abranger o valor do quinto. De mais, em contrato oneroso, o senhorio adquirente calculou, antes de realizado o contrato, a extensão do encargo que pesava sôbre o prédio, e de certo deduziu no preço o valor dêle; não pode, portanto, ter pretensões sôbre o que não pagou.

Se, no momento da transmissão, houver dívida de foros, a aquisição do prédio pelo senhorio directo pode ser ocasião de obter pagamento; se, porém, tal pagamento se não verificar, entendemos que nem assim poderá o credor dos foros nestas circunstâncias fazer reduzir o onus ou hipoteca aos limites legais. Em nossa opinião ninguém mais tem tal direito, visto que a nulidade da hipoteca ou onus que compreenda o valor do quinto não resulta senão da falta do consentimento do senhorio directo. Se êle, só por si, tem poder para dar validade ao acto, entendemos que é o único que pode arguir a sua nulidade, com quanto tal arguição possa aproveitar a quaisquer outros credores do foreiro, visto que o quinto é dêle, e está pois à mercê dos direitos dos seus credores, salvos os casos de devolução a que nos referimos, regulados pelos arts. 1.663.<sup>o</sup> e 1.672.<sup>o</sup>, em que a propriedade do quinto pertence ao senhorio directo, e salvo ainda o caso de hipoteca legal registrada em favor dêste, a qual lhe daria preferência aos credores comuns.

Na hipótese, porém, que nos ocupa, parece que nem o credor do foros tem o direito de pedir a redução do onus ou hipoteca,

visto que, contratando a aquisição do prédio com o encargo tal como havia sido constituído, implicitamente o sancionou, dando assim o consentimento de que dependia a sua validade.

O que deixamos dito parece-nos ser applicável a todos os casos em que o senhorio directo adquira o prédio, por títulos oneroso, aceitando-o sem discutir os encargos com que lhe é transmitido reconhecendo êsses encargos e tomando em conta o seu valor e extensão para os deduzir no preço.

É pois applicável ao caso de venda, por contrato particular do foreiro, em que o senhorio prefira ao comprador.

Mas se a venda do prédio se realizar em hasta pública, por haver sido penhorado por dívidas do foreiro, a que estivesse hipotecado, e o senhorio interpelado como preferente o arrematar livre e desembargado, intendemos que tem direito a discutir, na qualidade de credor de foros, com o credor hipotecário, a validade da hipoteca na parte em que afecte o valor do quinto isento pelo art. 1.676.º do Código Civil, advertindo que, se não houver registo de hipoteca legal, não tem, sôbre êsse quinto que salvou da hipoteca convencional, direitos diferentes de qualquer credor comum; porque, pondo tal valor ao abrigo desta hipoteca, não o tornou seu por êsse facto, mas fê-lo reverter ao cumulo da fortuna do devedor, em benefício dos seus credores.

Se o prédio advém ao poder do senhorio por generosidade do foreiro, como por doação ou legado, também lhe é vedado pedir a redução da hipoteca ou onus com que o doador ou testador lhe transmite. Nem pode pedi-la em nome do seu direito de adquirente, porque não recebeu sôbre a parte do valor ilegalmente abrangida pela hipoteca ou onus senão os direitos que o generoso transmitente lhe quis dar, devendo interpretar-se pela sua vontade a extensão dêsses direitos; nem em nome do seu direito creditório, porque, embora a doação não seja, em regra, destinada a pagar dívidas, e o legado feito a um credor, sem que se refira à dívida do testador, não seja considerado como compensação da mesma dívida (art. 1.820.º), seria imoral que o senhorio aceitasse e disfrutasse o prédio por mera liberalidade do foreiro, e, não obstante, pudesse ir depois impugnar a validade dum acto dêle a respeito do mesmo prédio, pelo fundamento do seu não consentimento prévio.

b) Se o domínio directo se reúne com o útil na pessoa do enfiteuta, antes que o senhorio directo haja pedido a redução da hipoteca ou onus imposto no prédio pelo foreiro, aquele, despojando-se espontâneamente da qualidade de senhor directo, a qual o habilitava a pedi-la, renuncia à impugnação dos actos anteriores do mesmo foreiro, para quem passam todos os seus direitos, e confirma-os com um reconhecimento tácito.

B) — Direitos de terceiros em relação ao valor do prédio.

A excepção do senhorio directo e do enfiteuta, só podem alegar direitos ao valor do prédio emprazado aqueles a quem um ou outro os tenha legalmente conferido, ou os seus credores nos termos das leis.

A ninguém independentemente de consentimento do senhorio directo, pode o foreiro conferir direitos sôbre o prédio, pela imposição de um onus ou pela constituição de uma hipoteca, que abranja o valor correspondente ao fôro mais um quinto (art. 1.676.º).

O onus ou a hipoteca que afecte êste valor isento pode ser arguida de nulidade na parte em que o compreende.

A arguição de nulidade só compete ao senhorio directo, porque a nulidade só resulta da falta do seu consentimento.

Nos casos dos arts. 1.663.º e 1.672.º, em que a propriedade do quinto isento pertence ao senhorio directo, a êle unicamente aproveita aquella arguição; nos demais casos, em que a propriedade do quinto pertence ao foreiro, pode aproveitar também aos seus credores, se o senhorio não houver registado sôbre o prédio a hipoteca legal que lhe faculta o art. 907.º do Código Civil, ou se alguma quantia reatar, depois de pago êste crédito hipotecário.

A arguição de nulidade de hipoteca ou onus por excesso de valor e falta de consentimento do senhorio directo é improcedente, sempre que o mesmo senhorio haja, livremente e por cálculo das próprias conveniências, aceitado o prédio com os encargos impostos pelo enfiteuta, antes de os discutir, porque tal aceitação envolve reconhecimento e sanção tácita delas.