

SUMÁRIO : — SE NUMA ESCRITURA DE CONFISSÃO DE DÍVIDA OS DEVEDORES SE OBRIGARAM A HIPOTECAR UM PRÉDIO A GARANTIA DO PAGAMENTO DENTRO DE PRAZO CERTO, TAL OBRIGAÇÃO ESTÁ CUMPRIDA DESDE QUE SE MOSTRE FEITA A ESCRITURA DE HIPOTECA E AINDA QUE A HIPOTECA NÃO ESTEJA REGISTRADA. POR ISSO, NÃO PODE EXECUTAR-SE A ESCRITURA, ALEGANDO FALTA DE CUMPRIMENTO DO CONTRATO, CONSISTENTE SÔMENTE NA FALTA DE REGISTO DA HIPOTECA CONSTITUÍDA.

Acórdão da Relação de Lisboa, de 11 de Março de 1942.

Acordam em conferência — Por escritura de doze de Junho de mil novecentos e quarenta, Dona Maria Luísa Franco Esguelha, Joaquim Franco Esguelha, Doutor João Franco Esguelha, Marciano Franco Esguelha e o Doutor Miguel Franco Esguelha confessaram-se devedores a Dona Maria Olinda Salter de Sousa Cid e Sousa da quantia de sessenta e sete mil setecentos e sessenta escudos e sessenta e oito centavos, ficando estipulado que prestacionalmente se faria o pagamento do capital e dos juros (cláusulas primeira e quarta), que os devedores se comprometiam a, dentro do prazo dum ano a partir da data desta escritura, hipotecar em garantia do capital emprestado o seu prédio que se identifica, comprometendo-se a não o onerar além do encargo hipotecário que nessa data tinha (cláusula sétima), e que a falta de cumprimento desta cláusula sétima por parte dos devedores implicava necessariamente a exigibilidade imediata (cláusula oitava). Em três de Junho de mil novecentos e quarenta e um os devedores vieram dar em hipoteca aquele referido prédio, lavrando-se a competente escritura. Mas quando a credora quis fazer registar esta hipoteca, não logrou obter o registo definitivo, fazendo-se apenas o provisório, porque o prédio se não achava inscrito em nome dos devedores. Por este motivo e com base naquelas duas cláusulas, sétima e oitava, da primeira escritura, a credora moveu execução contra os devedores, dizendo a dívida exigível. Citados os executados, deduziram eles a sua opposição dizendo de essencial : A dívida não está vencida visto que, dentro do prazo fixado na cláusula sétima, constituíram a favor da exequente hipoteca especial sobre o prédio que então se identificou, sem qualquer outro encargo, além do que já o onerava, a nada mais se tendo obrigado ; A hipoteca

estava já registada quando se instaurou execução, produzindo o registo provisório todos os efeitos pelo prazo dum ano; O registo provisório foi já convertido em definitivo a requerimento dos executados antes da sua citação, sem a qual o acto da propositura da execução não produz efeitos em relação a eles por força do artigo duzentos e sessenta e sete do Código de Processo Civil: E esta conversão do registo provisório em definitivo tem de ser tomada em consideração ao decidir-se, por via do artigo seiscentos e sessenta e três do mesmo Código. Pedem por isso a absolvição da instância ou do pedido e a condenação da exequente em indemnização e multa como litigante de má fé. A exequente ofereceu ainda a sua resposta de folhas, insistindo no que alegou. E o Meritíssimo Juiz, despachando a folhas trinta e oito, dizendo que as acções executivas não admitindo condenação no pedido também não consentem a absolvição e que nos termos do artigo oitocentos e dois do Código do Processo Civil a execução não pode ter lugar enquanto a obrigação se não tornar exigível, julgou procedente a opposição e condenou a exequente nas custas, com quinhentos escudos de procuradoria, mas sem má fé, por não a ter visto revelada. Segundo este douto despacho, os executados constituíram a hipoteca a que se obrigaram, a cominação só podia aplicar-se no caso restrito para que foi estabelecida (artigo seiscentos e oitenta e cinco do Código Civil) e, valendo o registo provisório quando instaurada a demanda tanto como o definitivo, neste se fez a conversão dentro do prazo legal. Vem desta decisão o presente recurso de agravo interposto pela exequente. Está doutamente minutado e contra-minutado, tendo o Meritíssimo Juiz sustentado o seu despacho. Volta a agravante a insistir em que os agravados não cumpriram a obrigação e por isso é de aplicar a cláusula penal, sendo a dívida exigível. Vejamos. Verificam-se estes factos incontestáveis: Os executados, dentro do prazo de um ano estabelecido na cláusula sétima da escritura de confissão de dívida, vieram dar em hipoteca a favor da exequente o prédio que nela se identificara, e não outro (três-seis-novecentos e quarenta e um). Esse prédio pertencia-lhes na verdade, mas encontrava-se na respectiva Conservatória ainda a favor da primeira executada e de seu marido já falecido (Documento de folhas dezoito). Só por este motivo foi feito de princípio apenas o registo provisório da hipoteca, por dúvidas (Documento folhas dezoito citado). Removidas as dúvidas em que este registo se baseou, somente as já referidas, foi o registo provisório convertido em definitivo, poucos dias passados sobre aquele; O primeiro é de quatorze-seis-mil novecentos e quarenta e um (Documento folhas quatorze) e o segundo é de vinte e um-sete-mil novecentos e quarenta e um (documento de folhas vinte e sete). Destes factos há a tirar desde já as seguintes conclusões: Poderá dizer-se que os executados não foram muito solícitos, pois só deram o prédio em hipoteca poucos dias antes de terminar o prazo de um ano fixado na cláusula sétima e deixaram decorrer mais de um mês desde que surgiram as dúvidas até que as removeram, parecendo esta sua acção determinada por ter a agravante movido a execução. Mas assinaram a escritura da hipoteca dentro do prazo fixado, não ofereceram prédio que lhes não pertencesse e não lhe impuseram outro onus além do que já tinha. Assim, e desde que foi feito o registo, mesmo provisório, não faltaram com a garantia a que se obriga-

ram. E a agravante não pode mesmo alegar que esteve em risco de perder essa garantia, pois tinha meios de a fazer valer. Nestas condições mal se compreende até que se alegue a exigibilidade da dívida por se não ter garantido o seu pagamento pela forma estipulada, visto nada se provar que leve a concluir que houve infracção da cláusula sétima, único fundamento invocado para essa alegação. A exigibilidade, nos termos da cláusula oitava, só se verificaria se a credora provasse que os devedores dentro do prazo do ano lhe não hipotecaram o prédio referido, ou que essa hipoteca não produzia os seus efeitos, ou que oneraram o prédio com outro encargo além do que já o onerava em doze-seis-mil novecentos e quarenta. Mas a credora nada disto provou e, ao contrário, os devedores provam que se constituiu hipoteca, que ela reveste todas as condições para produzir os seus efeitos a favor da credora e que sobre o prédio não pesa outro encargo além do já existente ao celebrar-se a confissão de dívida. Não se infringiu, pois, a cláusula sétima. Com muita proficiência discutem as partes se a hipoteca era eficiente sem o registo, que alguns jurisconsultos julgam indispensável para a sua existência legal, como requisito de publicidade abrangido no artigo oitocentos e oitenta e oito do Código Civil. Mas essa questão não interessa à decisão porque, como dissemos, o registo foi feito em condições legais. Alude a agravante na sua minuta ao que se dispõe na última parte do artigo seiscentos e sessenta e três do Código de Processo Civil quanto a custas. Mas não havia que atender ao que ali se dispõe, porque a decisão se não baseia no facto de se ter feito o registo definitivo já depois de requerida a execução. Este facto tornou mais certo o direito da mesma agravante, quanto à hipoteca, mostrando terem desaparecido as dúvidas; mas sem ele a decisão seria a mesma, visto que nem se mostra a possibilidade de perder essa hipoteca os seus efeitos. Acertadamente decidiu, pois, o Meritíssimo Juiz. Da carta junta aos autos, atribuída a um dos executados, depreende-se que a agravante deve ter razões de ordem moral para desejar a liquidação deste seu crédito. Mas não tem a lei a seu lado. Pelo exposto, esta Relação, negando provimento ao recurso, confirma a decisão recorrida e condena a agravante nas custas e selos, com o mínimo de procuradoria. Lisboa, onze-três-novecentos e quarenta e dois.

Baptista Rodrigues

E. Barbosa

Tem voto do Meritíssimo Desembargador Nunes Ricca, que não assina por não estar presente. *Baptista Rodrigues*.

ANOTAÇÃO

Parece-nos rigorosamente exacta a doutrina deste acórdão.

A hipótese por ele decidida era a seguinte :

Por escritura lavrada em 12 de Junho de 1940, os agravados haviam-se obrigado a, dentro do prazo de um ano, hipotecarem à agravante, em garantia do débito que em tal escritura confessavam, um determinado prédio, sob pena de, não o hipotecando, se tornar exigível a dívida.

Em 3 de Junho de 1941, isto é, dentro daquele prazo, os executados haviam hipotecado à agravante o prédio mencionado; mas quando esta fora requerer o registo da hipoteca, só pudera fazê-lo provisório, por o prédio hipotecado não estar ainda registado a favor dos devedores.

Entendeu a agravante que este facto importava o vencimento do seu crédito; e, por isso, instaurou a execução.

Mas o juiz da 1.^a instância julgou que a obrigação não era exigível; e, em consequência, atendeu opposição que os agravados deduziram contra a execução.

Do seu despacho subiu o recurso, decidido pelo acórdão transcrito.

* * *

Insistia a agravante em afirmar que o crédito exequendo se vencera, por não terem, os agravados, cumprido a obrigação que lhes era imposta pela cláusula 7.^a da escritura de 12 de Junho de 1940.

Ora essa obrigação era, apenas, a

de, dentro do prazo de um ano, hipotecarem em garantia do capital emprestado o seu prédio descrito na Conservatória do Registo Predial de Vila Franca de Xira no Liv. B 40, sob o n.º 15.448, comprometendo-se a não onerá-lo além do encargo hipotecário que tinha na data da escritura.

Mostrava-se, porém, que em 3 de Junho de 1940 — ou seja, antes de volvido o prazo assinalado — os agravados haviam ido cumprir a sua obrigação e tinham constituído a favor da agravante hipoteca especial sobre o prédio aludido, que a agravante aceitara.

Mas esta sustentava que a hipoteca não se podia dizer constituída, porque não pudera ser definitivamente registada, e porque sem haver registo não há hipoteca.

Ou, por outras palavras: — para a agravante, a obrigação que os agravados haviam assumido na cláusula 7.^a da escritura de 12 de Junho de 1940, fora a de hipotecarem e registarem a hipoteca, pois só após o registo a hipoteca ficaria constituída.

* * *

Para defender esta opinião, a agravante cingia-se à letra do art.º 888.º do Código Civil; e concluía, dela, que só há hipoteca achando-se os créditos devidamente registados.

Mas a noção de hipoteca que o art.º 888.º apresenta, não é rigorosa, nem feliz. Basta notar que o artigo só concebe hipotecas sobre bens imóveis, quando, já ao tempo da sua promulgação, havia hipotecas sobre navios, que são móveis (Cód. Comer-

cial de 1833, art.º 1.287.º; Código Comercial de 1888, art.ºs 485.º e 584.º; e hoje há hipotecas sobre *automóveis* (Decreto n.º 18.479, art.ºs 7.º e segs.; Decreto n.º 19.832, art.ºs 9.º a 13.º).

Por isso o conceito de hipoteca que se contém no art.º 888.º tem sido alvo de numerosas críticas. Basta ver, para prova da asserção, a que lhe fez o grande civilista *GUILHERME MOREIRA*, que em vez de aceitar a noção legal ensinava que a hipoteca é um «direito real constituído numa cousa, em virtude do qual o credor fica com o direito de se pagar pelo preço dessa coisa» (*Instituições*, II, 2.ª ed., pág. 399).

Esta é, aliás, a noção que se contém na maioria dos Códigos estrangeiros: — Francês, art.º 2.114.º; Italiano, art.º 1.964.º; Alemão, art.º 1.113.º.

Sem dúvida, alguns autores há que consideram a *publicidade* um dos caracteres essenciais da hipoteca. Fê-lo *RUGGIERO*, na Itália, quando escreveu: — «São, pois, caracteres essenciais da hipoteca: a *realidade*, ...; a *indivisibilidade*, ...; a *especialidade* e a *publicidade*, «segundo a qual ela apenas *TEM EFEITO* quando tornada pública mediante o registo» (*Instituições de Direito Civil*, I, pág. 491 da trad. port. de Ary dos Santos); e fê-lo, entre nós, o saudoso *JOSÉ TAVARES*, ao aderir sem reservas à opinião daquele professor italiano: — «Caracteres essenciais da hipoteca são pois: a *realidade*, ...; a *indivisibilidade*, ...; a *especialidade*, ...; a *publicidade*, por meio do registo, sem o qual a hipoteca não pode produzir os seus efeitos próprios e característicos (*Os Princípios*, I, 2.ª

ed., pág. 590); ou sem a qual nada vale para com terceiros» (pág. 589).

Mas de haverem entendido, aqueles autores, que «a hipoteca só *tem efeito*, quando registada»; ou que ela «não pode produzir os seus efeitos próprios e característicos sem o registo»; ou que «sem a publicidade ela nada vale para com terceiros» — não é lícito concluir que *sem registo não há hipoteca*. Pelo contrário, o que se infere e conclui, é que a *hipoteca existe*, embora nada valha, ou não produza efeitos; pois se ela não existisse, escusado era acentuar a sua inutilidade e ineficácia. O que não existe não tem defeitos nem vícios; não é útil nem inútil; *não existe*.

De resto, que não é o registo que constitui a hipoteca, resulta iniludivelmente do art.º 936.º do Código Civil: — *as hipotecas voluntárias são constituídas pelos respectivos contratos*.

O *registo*, é acto diferente da *constituição da hipoteca*; e tam diferente que, estando ela sujeita ao registo, *ex vi* do art.º 949.º, § 2.º, alínea a), do Código Civil, *mesmo sem registo produz efeitos entre as próprias partes ou seus herdeiros ou representantes* (Código Civil, art.º 951.º).

Esta é a lição de *GUILHERME MOREIRA*: «O direito de hipoteca pode constituir-se por contrato entre o devedor e o credor, produzindo esse contrato os seus efeitos entre eles, independentemente de registo» (*ob. cit.*, pág. 398).

E o mesmo ensinam *PLANIOL & RIPERT*: «O registo não é uma condição de existência ou de validade do direito hipotecário nas relações das partes; ele é apenas exigido para assegurar a sua eficácia perante ter-

ceiros» (*Traité Pratique*, vol. XII, pág. 708).

Isto é: — a *hipoteca é uma coisa*; o *registro é outra coisa*.

O registro é, nos termos do art.º 888.º do Código Civil, «a condição imprescindível da preferência» que a hipoteca assegura (SR. DR. CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, V, pág. 424); mas não é a *própria hipoteca*.

«Um credor, *embora provido duma hipoteca*, não pode, na falta de registro, instaurar uma execução hipotecária», dizem AUBRY & RAU, *Cours de Droit Civil Français*, 6.ª ed., vol. III, pág. 397; mas o facto de não poder instaurar a execução hipotecária, não impede que ele esteja «*provido da hipoteca*» (sic).

Em comentário ao art.º 831.º do Cód. Civil Brasileiro, que diz: — «Todas as hipotecas serão inscritas no registro do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um» — o Prof. brasileiro TITO FULGÊNCIO escreve o seguinte: «Apesar do tom imperativo do texto, a *inscrição não é obrigatória*; descuidando dela, a consequência única é a si imputar o credor a culpa da perda da preferência do seu direito em concorrência com o de terceiro, que não deve ser prejudicado pela incúria alheia» (*Direito real de hipoteca*, pág. 311).

O princípio que ressalta da afirmação, é sempre o mesmo: a *hipoteca existe*, independentemente do registro. Pode não ser eficaz, sem ele; mas *existe*.

E tanto existe, que no direito alemão, para facilitar o tráfico hipotecário e imprimir maior poder de circulação às hipotecas, libertando-as do

registro e tornando-as transmissíveis por mero endosso, o art.º 1.116.º do Código Civil criou as chamadas *cédulas hipotecárias*, que pela simples tradição asseguram a transferência da hipoteca (Cfr.: NUSSBAUM, *Tratado de Derecho Hipotecário Alemán*, trad. espanhola de W. Roces, pág. 67 e segs.).

Portanto, e para concluir: quer da lei, quer da doutrina, resulta a todas as luzes o seguinte: a *constituição da hipoteca* não está dependente do registro; estará dependente dele a *sua eficácia* para com terceiros; mas a hipoteca pode existir sem registro, e até, sem registro, produz efeitos entre as partes.

Há hipotecas que produzem efeito sem registro (aquelas a que se refere o art.º 951.º do Código Civil); e há *registros sem hipoteca*.

Há, por exemplo, *registro sem hipoteca*, quando se faz um *registro provisório* duma hipoteca que não chega a constituir-se, subsistindo, no entanto, aquele registro pelo prazo de um ano (Cód. Civil, art.º 974.º); e até pode haver *registro definitivo* duma hipoteca que já não existe: basta, para isso, que tenha sido pago o crédito hipotecário, sem que se cancele o registro da hipoteca. A hipoteca *desapareceu com o crédito*, porque é, sempre, *subsidiária* ou *acessória*, e só existe enquanto o crédito existe (Veja-se, por todos os autores: SR. DR. CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, V, pág. 358 e segs.); mas o *registro mantém-se*, sobrevivendo à *hipoteca*, enquanto não for cancelado.

É a prova cabal do que já afirmámos: — a *hipoteca* e o *registro* não são a mesma coisa; são *actos diferentes*.

E tam diferentes, que o *acto do registo* é, em regra, posterior ao *acto da constituição da hipoteca*.

Estão sujeitos ao registo os actos indicados no art.º 949.º do Código Civil: *actos já praticados; direitos que já existem*. Mais: *actos* que não deixam de existir pelo facto de não se efectuar o registo, como resulta da simples leitura do art.º 949.º.

Ora, no nosso caso, dos *dois actos*

— *constituir a hipoteca e registar* — os agravados só se tinham obrigado a praticar o primeiro: *constituir a hipoteca*; e esse, haviam-no praticado.

Portanto, não podia dizer-se que, por não o praticarem, a obrigação se tinha vencido.

Adelino da Palma Carlos