

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 35370/09.6T2SNT.L1-2

Relator: VAZ GOMES

Sessão: 06 Dezembro 2012

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: IMPROCEDENTE

ACÇÃO DE REIVINDICAÇÃO

HIPOTECA

PROPRIEDADE HORIZONTAL

REGISTO DA HIPOTECA

PRESUNÇÃO ILIDÍVEL

PERMUTA

ÓNUS DA PROVA

Sumário

I- Aquando das escrituras de mútuo com hipotecas sobre o terreno para construção a “C” mutuária, ficou aberta a possibilidade de a hipoteca abranger o edifício e as fracções autónomas desse edifício, o que só ocorreu, como é bom de ver, após a construção, pelo proprietário do terreno e das fracções, que, ainda, era a 2.ª Ré, do edifício nele construído em propriedade horizontal.

II- Nessa data, pois, a “C” era a proprietária do edifício e suas partes integrantes, tanto que a constituiu em propriedade horizontal, registando essa mesma propriedade horizontal em 27/12/07, antes, pois de os apelante registarem a propriedade das fracções permutadas em seu nome;

III- Aquele registo da hipoteca constitui presunção de que o direito da hipoteca existe e pertence à “Banco”, nos precisos termos em que o registo o define nos termos do art.º 7.º do CRgP, presunção que pode, naturalmente, ser ilidida; e uma das formas de a ilidir era alegar, primeiro e demonstrar em julgamento que, quando foi outorgada a escritura da constituição da propriedade horizontal e registada essa mesma escritura, já os autores se encontravam na posse das fracções permutadas em cumprimento da obrigação, pela “C”, do contrato de permuta, não tendo, por isso, já “C” poderes de disposição sobre as mesmas (art.ºs 715 do CCiv); não se sabendo quando ocorreu a entrega das fracções da permuta, não é possível concluir,

como os apelantes pretendem, que o momento da constituição da hipoteca sobre as fracções coincide com o momento de aquisição do direito de propriedade sobre as mesmas pelos autores permutantes e que a presunção do registo foi ilidida, sendo manifestamente ilegítima aquela hipoteca das fracções.

IV- E, sendo facto constitutivo do direito dos Autores a eles cabia o ónus da alegação e respectiva prova (art.ºs 342/1 do CCiv)
(Sumário elaborado pelo Relator)

Texto Integral

Acordam os juízes na 2.ª secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa

I - RELATÓRIO

APELANTE/AUTORES: “A” e mulher “B” (Representados em juízo, entre outros, pelo ilustre advogado A..., com escritório em ..., conforme instrumentos de procuração de fls.13 ,62 e 272 dos autos, que também subscreve as alegações de recurso).

APELADA/RÉ: “Banco” (Representada em juízo, inicialmente, pelo ilustre advogado L..., com escritório em ..., conforme instrumento de procuração de fls.123/124 dos autos, que aos 26/12/2011 substabelece sem reserva na pessoa do ilustre advogado J... com escritório em Lisboa conforme instrumento de substabelecimento de fls. 347 dos autos, que também subscreve as alegações de recurso); CO-RÉ: MASSA INSOLVENTE de “C” (Representada pela administradora de insolvência M... com escritório em ..., na pessoa de quem foi aquela massa citada, conforme fls. 166, não contestante)

Com os sinais dos autos.

I.1. Os Autores propuseram contra os Réus a presente acção declarativa de condenação com a forma de processo ordinária a que deram o valor de 594.270,00 EUR, valor definitivamente fixado em audiência preliminar a fls. 267 dos autos, onde pedem:

- a) a declaração do Autor marido como dono e legítimo proprietário dos imóveis identificados nos art.º 1.º
- b) a condenação dos Réus a reconhecerem o Autor marido titular do direito de propriedade sobre os imóveis identificados no art.º 1.º
- c) a declaração de que os contratos de hipoteca celebrados entre a 1.ª e a 2.ª

Rés são ineficazes em relação aos Autores e em consequência a declaração da nulidade da constituição das hipotecas sobre os prédios acima identificados em um, para garantia da quantia mutuada entre a 1.^a e a 2.^a Ré, declarando-se assim nulos os registos de hipotecas constituídos pelas Ap. 89 de 2005/04/19 e Ap. 14 de 2006/080/08 na Conservatória do Registo Predial de ... e incidentes sobre os imóveis acima identificados em um;

d) em, consequência ordenar-se o cancelamento dos registos das hipotecas que incidem sobre os aludidos imóveis, acima identificados em um, sendo as inscrições Ap. 89 de 2005/04/19 e Ap. 14 de 2006/080/08 na Conservatória do Registo Predial de ...;

e) a condenação dos Réus nas custas do processo e demais encargos legais; em suma alegam:

- O Autor marido é dono das fracções autónomas designadas pelas letras B, C, D, E, F, G, H, do prédio urbano constituído em propriedade horizontal sito na Rua ..., n.ºs ...13, 13 a, 13 b, 13 c, 13 d, 15, 15 a, 15 b, 15 c, 15, d Lugar do ... da freguesia da ..., concelho de ..., descrito na CRgP de ... sob o art.º ..., fracções B, C, D, E, F, G, H, e inscrito na matriz predial urbana da mesma freguesia sob o art.º ... mesmas fracções, que foram adquiridas pelo Autor marido com a natureza de bem próprio, por escritura de permuta de 28/12/2004, rectificada no mesmo cartório notarial de ... aos 13/12/2007, sendo que os autores por si e antepossuidores se encontram há mais de 30 anos na posse dos referidos imóveis usando-os e fruindo-os á vista de toda a gente sem oposição de quem quer que seja, ininterruptamente convictos de estarem a exercer um direito próprio, sem prejudicar direitos alheios, comportando-se como proprietários dos mesmos (art.ºs 1 a 3);
- Antes o Autor era proprietário do prédio urbano destinado a construção sito no Livramento, mesma freguesia e concelho descrito na CRgP de ... sob o art.º ... da mesma freguesia e inscrito na matriz sob o art.º ... da mesma freguesia o qual permutou pelas fracções referidas logo que a construção pela 2.^a Ré ficou concluída; a 2.^a Ré celebra escrituras públicas de mútuo com hipotecas com a 1.^a Ré as quais dão lugar aos registos Ap. 89 de 2005/04/19 e Ap. 14 de 2006/080/08 na Conservatória do Registo Predial de ..., sem que das escrituras fizesse constar que as ditas fracções autónomas, não estariam abrangidas pelas ditas hipotecas, sendo que a 1.^a Ré tinha efectivo conhecimento da escritura de permuta e sua rectificação (art.ºs 4 a 6)
- Quando a Autora recebe as fracções acima referidas e após ter efectuado o competente registo, a seu favor, na CRgP depara-se com os registos de hipotecas a favor da 1.^a Ré, incidindo as mesmas sobre as fracções autónomas identificadas; quando a construção ficou concluída, a 2.^a Ré entregou aos autores as chaves das referidas fracções autónomas, começando a utilizar as

ditas fracções autónomas com base na qualidade de único e verdadeiro proprietário que era e é o Autor marido, estando algumas delas arrendadas (art.ºs 7 a 10);

- Os Autores não devem quaisquer quantias à 1.ª Ré, não contrataram com a mesma qualquer mútuo e muito menos as deram em garantia de mútuo, não tendo os imóveis que aos Autores pertencem de suportar qualquer hipoteca a fim de garantir o pagamento da quantia mutuada pela 1.ª à 2.ª Ré, sendo que, em caso de incumprimento da 2.ª Ré das suas obrigações para com a 1.ª, existindo processo executivo, chegando-se à fase da venda tal levaria a que os Autores ficassem privados daquilo que com boa-fé adquiriram que é a mesma que vêm tendo, bem sabendo a 1.ª Ré que os Autores se utilizam das ditas fracções autónomas, bem sabendo a 1.ª Ré que quando efectuou os mútuos com hipoteca com a 2.ª Ré, as referidas fracções não pertenciam à 2.ª Ré e isso muito antes dos registos definitivos das hipotecas, distrates das quais o Autor marido solicitou e que a 1.ª Ré recusou (art.ºs 11 a 16);

- A 2.ª Ré quando efectivou as hipotecas sobre as fracções autónomas que os Autores já haviam adquirido pela escritura de permuta fê-lo sem legitimidade, sendo a tal patologia aplicáveis as disposições de venda de coisa alheia sendo tais hipotecas não podem ser opostas ao comprador de boa fé (art.ºs 408, 715, 939, 892 do CCiv (art.ºs 17 a 2)).

I.2. A Ré “Banco...”, S.A. adiante designada pela sigla “Banco”, veio contestar pedindo a sua absolvição do pedido, impugnando os art.ºs 3, 6, 8, 9, 10, 14, 15, da p.i., em suma dizendo:

- Actualmente as fracções autónomas designadas pelas letras B, C, D, E, F, G e H do prédio urbano identificado no art.º 1.º da p.i. encontram-se registadas a favor do Autor marido, mas essa qualidade de proprietário das fracções autónomas referidas não foi adquirida pelas mencionadas escrituras de permuta e fiança e de rectificação a que os Autores se referem no art.º 2.º da p.i. já que nas datas em que foram outorgadas tais escrituras as fracções autónomas não existiam sequer, uma vez que não só o prédio que elas integram não estava construído nem estava constituída a propriedade horizontal, pelo que o Autor marido só assumiu a invocada qualidade de proprietário das identificadas fracções em 10/01/2008, data do registo da aquisição (art.ºs 1ª 4).

- Entre o momento em que o Autor marido transferiu a propriedade do prédio que identifica no art.º 4.º da p.i. e aquele em que registou a seu favor a propriedade das fracções, o prédio foi propriedade da 2.ª Ré (antes da insolvência) como resulta das escrituras de permuta e de rectificação que, nessa qualidade, contratou com a “BANCO” vários financiamentos que visaram designadamente, a construção do imóvel que integra, entre outras, as

fracções autónomas dos autos e como é normal no comércio bancário a “BANCO” exigiu da 2.ª Ré a prestação de garantias de bom cumprimento daqueles financiamentos que lhe foram prestadas através da constituição de hipotecas a seu favor que, entre outros, incidiram sobre o prédio urbano que integra as fracções que se discutem (art.ºs 5 a 10)

- Ao tempo da constituição dessas garantias os Autores que nada contrataram com a “BANCO”, e nada lhe garantiram, já não eram proprietários do imóvel, sendo que as hipotecas foram constituídas pela legítima proprietária do imóvel, que, para tanto, tinha toda a legitimidade. (art.ºs 11 a 13, 16 e 17 ,20, 24)

- Não é verdade que a “BANCO” conhecesse, na ocasião, o conteúdo das escrituras de permuta e fiança e rectificação (art.º 14)

- Antes do registo que os Autores efectivaram das fracções, já as hipotecas estavam registadas como se verifica das certidões dos autos, e, por isso, não podem os Autores estar surpreendidos por tal facto (art.sº 18 e 19)

- Na data da constituição das hipotecas as fracções ainda não existiam, mas como a hipoteca é indivisível, abrange as fracções autónomas, todas, constituídas a partir do prédio inicialmente hipotecado, nos termos do art.º 696 do CCiv (art.ºs 22 a 24)

I.3. Sobrevido a informação prestada pelo Tribunal Judicial de ..., 1.º juízo, processo 2834/09.1TBTVD de que a 2.ª Ré foi declarada insolvente no dias 8/4/2010, sendo administradora de insolvência M..., fi aquela citada na pessoa desta administradora, para contestar, como de fls. 166/169 resulta, não tendo havido contestação da mesma.

I.4. A acção foi registada como resulta de fls. 73/93, encontrando-se a escritura de constituição de propriedade horizontal do prédio urbano a que se referem as fracções dos autos a fls. 247//261 do vol. I.

I.5. Aos 16/2/2011, marcada que foi, realizou-se a audiência preliminar, sem a presença da administradora de insolvência da 2.ª Ré, na qual se seleccionou a matéria assente e a controvertida que ficou em base instrutória, e notificada a Ré “Banco” para juntar aos autos o processo de concessão de crédito à 2.ª Ré que decorreu na sua Direcção Comercial e bem assim como o relatório de avaliação do imóvel objecto dos autos, veio a “Banco” por requerimento de 1/3/2011 dizer que nada tem a opor à pretendida junção mas como integram informação sujeita ao segredo bancário do art.º 78 do RGICSF, não podendo voluntariamente revelar tal conteúdo tal só pode ser levantado mediante o mecanismo processual do art.º 135 do C.P:P. a que os Autores vieram responder dizendo ser necessário proferir despacho em que se reconheça ser essencial à descoberta da verdade material determinar o levantamento do sigilo bancário junto do TRL nos termos do art.º 135 do CPP por força do art.º

519/4 do C.P.C.; tendo sido notificada a senhora administradora da insolvência, como requerido a fls. 279, veio dizer que autoriza a revelação dos dados cobertos pelo sigilo bancário (a fls. 286), a que se seguiu despacho de 30/09/2011 de fls. 289 considerando ultrapassado o obstáculo do sigilo bancário suscitado pela Ré “BANCO” que foi notificada para em 15 dias apresentar os documentos em causa, a que se seguiu novo requerimento desta última a manter a posição do seu requerimento de fls. 275/276, a que se seguiu o despacho de audiência de 7/11/2011 de fls. 303 a , em suma, considerar ilegítima a escusa da “BANCO” face ao consentimento do titular da conta, assim aclarando o anterior despacho, tendo a Ré “Banco” solicitado o prazo de 15 dias para a apresentação dos documentos solicitados, o que não fez, pelo contrário, interpondo recurso do despacho de 7/11/2011 a fls. 307 e ss. recurso que a Meritíssima Juíza indeferiu aos 14/4/2012 (cfr. fls. 352), despacho que transitou.

I.6. Realizada a audiência de discussão e julgamento com gravação dos depoimentos, foi proferida decisão da matéria de facto controvertida em sessão que não contou com a presença dos ilustres mandatários das partes.

I.7. Inconformados com a *sentença de 10/4/2012* que julgando a acção parcialmente procedente, e, em consequência, declarou o Autor marido legítimo proprietários das fracções em causa condenando a Ré a reconhecer essa qualidade dos Autores e absolveu as Rés do mais peticionado, com condenação proporcional de custas de 75% para a os Autores e 25% para as Rés dela apelaram os Autores, em cujas alegações concluem:

A)- Se é certo que no contrato de permuta entre um bem presente e bens futuros, o momento da aquisição da propriedade sobre as fracções autónomas a favor dos ora apelantes em face do vertido no artigo 408 nº 2 do C.Civil, é aquando da celebração da Escritura de Constituição da Propriedade Horizontal, onde as mesmas, ficaram individualizadas e autonomizadas;

B)- Não menos verdade, é que as hipotecas, constituídas a favor da primeira R. pela segunda R., e onde os ora apelantes não intervieram, em primeiro lugar foi efectuada sobre o terreno e só se estende às fracções autónomas do edifício construído de novo, aquando da celebração da escritura de propriedade horizontal, nos termos dos artigos 1414, 1415, 1417 e 1418, todos do Código Civil.

C)-Coincide então o momento, entre a constituição da hipoteca sobre as fracções autónomas e a aquisição do direito de propriedade a favor dos ora apelantes, enquanto permutantes adquirentes, pelo que pela ordem cronológica dos títulos, a aquisição pelos apelantes precede as hipotecas efectuadas a favor da apelada “BANCO”.

D- Embora o registo das hipotecas, a favor da apelada “BANCO” tenha

precedido o registo de aquisição a favor dos apelantes e estes e aquela sejam terceiros entre si por terem adquirido direitos incompatíveis entre si de um mesmo autor comum, a verdade é que a apelada “BANCO” em face do que ficou provado no ponto 10 da matéria de facto provada é terceiro de má-fé em relação aos ora apelantes, pois que aquando da celebração das hipotecas, sabia que os apelantes adquiriram fracções autónomas, as lojas 2 a 8, identificadas no projecto de construção então aprovado.

E)-Não sendo de aqui aplicar a regra da prioridade do registo, em face do Ac. De Uniformização de Jurisprudência nº 3 de 2009 do S.T.J., que determinou que “terceiros, para efeitos do art.5 do Código de Registo Predial, são os adquirentes, de boa-fé, de um mesmo transmitente comum, de direitos incompatíveis, sobre a mesma coisa”.

F)- A apelada “BANCO” sabia da existência do negócio entre apelantes e a segunda R. e ao efectuar os contratos de mutuo com hipoteca conformou-se com os mesmos, e nesta medida sabia que as fracções lojas 2 a 8) que se viessem a constituir não seriam propriedade da segunda R. mas sim dos ora apelantes.

G)- A apelada “BANCO” sabendo que a segunda R. não podia hipotecar as fracções dos ora apelados e agora pretendendo que tais hipotecas abranjam as fracções autónomas destes, está de má-fé, e podem assim, os ora apelantes opor tal nulidade à apelada “Banco” e em consequência deve ser declarada a ineficácia dos contratos de hipoteca celebrados entre a 1ª R. e a 2ª R. em relação aos imóveis identificados em um da P.I., declarando-se a sua nulidade, ordenando-se em consequência o cancelamento dos registos de hipoteca Ap. 89 de 2005/04/19 e Ap.14 de 2006/080/08 quanto às fracções autónomas ora em causa, o que se requer.

H) - Mostram-se violados o disposto nos artigos 408 nº 1 e nº 2; 691 nº1 c); 715; 892; 9 todos do Código Civil e artigos 5 e 6 do C.R.Predial, na versão aplicável ao autos, na me contrato de permuta todas as consequências - aquisição do direito de propriedade de te aquisição das fracções prediais a construir pelos Apelantes tanto mais que a apelada “B celebração dos contratos de hipoteca sabia que as lojas 2 a 8 são dos apelantes.

Caso assim não se entenda e por dever de patrocínio;

I)- A apelada “BANCO” ao ter conhecimento de que as fracções autónomas ora em caus aos apelantes e mesmo assim a dita apelada celebra hipotecas, pretendendo agora que ditas fracções, age a mesma em claro abuso de direito, tal como consagrado no artigo 3

J)- Ficou claramente demonstrado nos autos, que a apelada “BANCO” sabia, quando efe mutuo com hipoteca com a segunda R. que os ora apelantes recebiam em troca certas e tanto assim foi, que não procedeu à avaliação das lojas 2 a 8 do imóvel, aquelas ora em que age em claro abuso de direito, ao pretender agora que tais fracções autónomas, seja pelas hipotecas.

L)-Tal comportamento deve ser sancionado com a nulidade das Escrituras de Mutuo com autos, no que às fracções autónomas dos apelantes diz respeito e identificadas no artigo consequência o cancelamento dos registos de hipoteca Ap. 89 de 2005/04/19 e Ap.14 de requer, tendo-se violado o artigo 334 do C.

Civil.

Pelo que nestes termos e nos demais de direito aplicáveis, e sempre com o mui douto suprimento de Vossas Excelências, deve a aliás Douta Sentença recorrida, ser revogada e substituída por outra que defira o demais peticionado na P.I., julgando-se procedente a apelação;

I.8. Em contra-alegações conclui a Ré “BANCO”:

1. A hipoteca validamente constituída sobre um terreno para construção estende-se a todo o edifício que nesse terreno venha a ser edificado e, decorrentemente, às fracções autónomas resultantes da instituição do regime da propriedade horizontal, sem necessidade de qualquer outro ato ou contrato.

2. O direito do adquirente de fracções a edificar traduz-se numa expectativa de aquisição que só vem a transformar-se em verdadeiro direito de propriedade no momento que tais fracções adquiram individualidade fáctica e jurídica, que, no caso vertente, coincide com o momento da outorga da escritura de constituição de propriedade horizontal.

3. Tendo adquirido a propriedade das fracções autónomas identificadas no dia da constituição da propriedade horizontal (12-12-2007), os novos proprietários, aqui apelantes, encontram-se vinculados a respeitar o direito do credor hipotecário anteriormente inscrito (20-05-2005 e 14-09-2006).

4. A douta Sentença em recurso não merece censura.

Nestes termos e nos melhores de direito que V. Exas., Venerandos Desembargadores, doutamente suprirão, deve ser julgado o recurso improcedente, confirmando-se a douta Sentença de 1ª Instância nos seus precisos termos. Assim fazendo cumprirão V. Exas., uma vez mais, o que é de Lei e de sublime

IJUSTIÇA!

I.9. Elaborado projecto de acórdão que, aos Meritíssimos Juízes-adjuntos (que nos autos tiveram vistos), via correio electrónico, foi enviado, nada foi sugerido, nada obstando ao conhecimento do mesmo.

I.10. *Questões a resolver*

a) Saber se, coincidindo o momento da constituição das hipotecas a favor da “BANCO” (garantia prestada pela 2.ª Ré mutuária a favor da 1.ª ré mutuante) sobre as fracções autónomas objecto do contrato de permuta dos autos, datado de 2004 (entre os Autores e a 2.ª Ré celebrado) com o momento de aquisição do direito de propriedade a favor dos Autores sobre as mesmas fracções entretanto construídas, enquanto permutantes adquirentes, sendo a escritura de permuta prévia à celebração das hipotecas, a transferência do direito de propriedade das fracções para os Autores se deu, pela ordem cronológica dos títulos, antes das hipotecas sobre elas prevalecendo, sendo os apelantes e a “BANCO” terceiros entre si, estando os Apelantes de boa fé e a “Banco” de má fé por saber da existência do negócio de permuta e que as fracções não seriam da 2.ª Ré, não é possível aplicar a regar da prioridade do registo do art.º 5 do CRgP conforme ac unif jur. 3/2009, violando a sentença as disposições dos art.ºs 408/1 e 2, 691/1/c, 715, 892, 939, 1414, 1415, 1417 e 1418 todos do CCiv.

B) Saber se a apelada “BANCO”, que celebrou as hipotecas, sabendo que as fracções autónomas pertencem aos apelantes, pretendendo, agora, que as mesmas abranjam as ditas fracções dos autores, age em claro abuso de direito, sendo ilegítimo este exercício, o que sendo de conhecimento oficioso, tem como consequência, na falta de outra consequência legal a nulidade (art.ºs 334 do CCIv)

II- FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

Deu o tribunal recorrido como provados os seguintes factos que os apelantes não impugnaram nos termos da lei de processo:

1. Em 28 de Dezembro de 2004, no Segundo Cartório Notarial de ..., foi outorgada a escritura pública de permuta e fiança cuja cópia consta de fls. 49 a 55, aqui se dando por reproduzido o seu teor, pela qual o ora Autor “A”, casado no regime da comunhão de adquiridos com a ora Autora “B” (terceira outorgante), declarou que cede à sociedade “C”, Lda., ora 2.ª Ré, o prédio

urbano composto de lote de terreno destinado a construção, com a área de 1060 m², sito em "...", freguesia de ..., concelho de ..., descrito na Conservatória do Registo Predial de ..., sob o n.º ..., da freguesia de ..., aí com inscrição de aquisição a seu favor, pelas inscrições G-1, G-2 e G-3, inscrito na respectiva matriz sob o art. P ..., ao qual atribuem o valor de 150.000€, a fim de nele ser construído um prédio urbano, para habitação e comércio, com cave para estacionamento e arrecadações, a constituir em regime de propriedade horizontal, com 20 fracções autónomas, sendo 12 para habitação e 8 para comércio, conforme projecto aprovado, ficando a sociedade obrigada a entregar ao primeiro outorgante, logo que se verifique a conclusão da referida construção e após a constituição em regime de propriedade horizontal, as fracções autónomas a que irá corresponder a letra, C, D, E, F, G, H e I, cujo valor total é de 150.000€. – al. A) do despacho de condensação.

2. No dia 13 de Dezembro de 2007, no Cartório Notarial de A..., foi outorgada a escritura de rectificação de permuta cuja cópia consta de fls. 56 a 60, aqui se dando por reproduzido o seu teor, nos termos da qual o Autor, como primeiro outorgante, e os sócios da sociedade "C", Lda., como segundos outorgantes, declararam que rectificam a escritura de permuta referida em 1., quanto ao objecto da permuta, no sentido de passar a constar que as letras pelas quais foram designadas as fracções autónomas que permutam são as seguintes:

- a) fracção autónoma designada pela letra B, identificada nas plantas do projecto como loja n.º 2;
- b) fracção autónoma designada pela letra C, identificada nas plantas do projecto como loja n.º 3;
- c) fracção autónoma designada pela letra D, identificada nas plantas do projecto como loja n.º 4;
- d) fracção autónoma designada pela letra E, identificada nas plantas do projecto como loja n.º 5;
- e) fracção autónoma designada pela letra F, identificada nas plantas do projecto como loja n.º 6;
- f) fracção autónoma designada pela letra G, identificada nas plantas do projecto como loja n.º 7;
- g) fracção autónoma designada pela letra H, identificada nas plantas do projecto como loja n.º 8. – al. B) do despacho de condensação.

3. Mais disseram que "apenas com a alteração resultante desta escritura, fica em seu inteiro e pleno vigor e rectificada a dita escritura de permuta". – al. C) do despacho de condensação.

4. Encontra-se registada na Conservatória do Registo Predial de ..., mediante apresentação n.º 61, de 13-01-2005, a aquisição, por permuta, a favor da Ré

“C”, Lda. do prédio urbano, com a área total de 1060 m², situado em ..., Rua ..., n.ºs 13, 13-A 13-B, 13-C, 13-D e 15, 15-A, 15-B, 15-C e 15-D, inscrito na matriz sob o n.º ... e descrito nessa Conservatória sob o n.º ... da freguesia de ..., conforme certidão de fls. 29 a 48, cujo teor se dá por reproduzido. – al. D) do despacho de condensação.

5. Em 20-05-2005 e 14-09-2006, a Ré “C”, Lda. celebrou com a Ré “Banco”, S.A. as escrituras públicas denominadas de “empréstimo sob a forma de abertura de crédito com hipoteca” cujas cópias constam, respectivamente, de fls. 125 a 138 e fls. 139 a 153, aqui se dando por reproduzido o seu teor, pelas quais esta última declarou emprestar àquela quantias destinadas à construção de um edifício no prédio referido em 4., mais tendo sido constituídas para garantia dos montantes emprestados duas hipotecas sobre o mesmo prédio. – al. E) do despacho de condensação.

6. Encontram-se registadas na referida Conservatória do Registo Predial, mediante apresentações n.º 89, de 19-05-2005 e 14, de 08-08-2006, as hipotecas voluntárias, a favor da ora Ré “Banco”, S.A., incidentes sobre o prédio urbano referido em 4., para garantia de abertura de crédito/empréstimo. – al. F) do despacho de condensação.

7. À data em que foi outorgada a escritura de permuta referida em 1., ainda não tinha sido outorgada a escritura de constituição da propriedade horizontal do prédio referido em 4., a qual veio a ser outorgada em 12-12-2007, conforme certidão de fls. 247 e ss., cujo teor se dá por reproduzido. – al. G) do despacho de condensação.

8. Encontra-se ainda registada na mesma Conservatória, mediante apresentação n.º 31, de 27-12-2007, a constituição de propriedade horizontal do prédio referido em 4. – al. al. H) do despacho de condensação.

9. Encontra-se registada na mesma Conservatória do Registo Predial, mediante apresentação n.º 23, de 10-01-2008, a aquisição, por permuta, a favor do Autor, das fracções autónomas, designadas pelas letras “B”, “C”, “D”, “E”, “F”, “H” e “G” do prédio urbano referido em 4. – al. I) do despacho de condensação.

10. A Ré “Banco” tinha conhecimento, quando efectuou os contratos de mútuo com hipoteca, do teor da escritura pública de permuta referida em 1. – resposta ao quesito 1.º.

11. Quando a construção ficou concluída, a 2.ª Ré entregou aos Autores as chaves das fracções autónomas referidas em 2. – resposta ao quesito 2.º.

12. Os Autores logo começaram a utilizar as ditas fracções autónomas, como as Rés bem sabem. – resposta ao quesito 3.º.

III- FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

III.1 Conforme resulta do disposto nos art.ºs 660, n.º 2, 664, 684, n.º 3, 685-A, n.º 3, do CPC^[1] são as conclusões do recurso que delimitam o seu objecto, salvas as questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras e as que sejam de conhecimento oficioso. É esse também o entendimento uniforme do nosso mais alto Tribunal (cfr. por todos o Acórdão do S.T.J. de 07/01/1993 in BMJ n.º 423, pág. 539).

III.2. Não havendo questões de conhecimento oficioso são as conclusões de recurso que delimitam o seu objecto tal como enunciadas em I.

III.3. *Saber se, coincidindo o momento da constituição das hipotecas a favor da “BANCO” (garantia prestada pela 2.ª Ré mutuária a favor da 1.ª ré mutuante) sobre as fracções autónomas objecto do contrato de permuta dos autos, datado de 2004 (entre os Autores e a 2.ª Ré celebrado) com o momento de aquisição do direito de propriedade a favor dos Autores sobre as mesmas fracções entretanto construídas, enquanto permutantes adquirentes, sendo a escritura de permuta prévia à celebração das hipotecas, a transferência do direito de propriedade das fracções para os Autores se deu, pela ordem cronológica dos títulos, antes das hipotecas sobre elas prevalecendo, sendo os apelantes e a “BANCO” terceiros entre si, estando os Apelantes de boa fé e a “Banco” de má fé por saber da existência do negócio de permuta e que as fracções não seriam da 2.ª Ré, não é possível aplicar a regar da prioridade do registo do art.º 5 do CRgP conforme ac unif jur. 3/2009, violando a sentença as disposições dos art.ºs 408/1 e 2, 691/1/c, 715, 892, 939, 1414, 1415, 1417 e 1418 todos do CCiv.*

III.3.1. Entendeu-se, em suma, na sentença recorrida:

- Ao contrato de permuta em que os Autores alicerçam as suas pretensões aplicam-se as disposições dos art.ºs 874 e ss do Cciv por força do art.º 939 do mesmo diploma legal, sendo ele um contrato oneroso, bilateral, com prestações recíprocas, dotado de eficácia real ou translativa, ou seja transmissão do direito de propriedade;
- A permuta dos autos tem uma particularidade: a prestação a cargo da 2.ª Ré é a transmissão do direito de propriedade sobre sete fracções autónomas de prédio a edificar pela Ré no terreno, pelo que tal direito ainda não existia, como tal, na titularidade da 2.ª Ré, pelo que não é correcto afirmar como o fazem os Autores que o Autor marido adquiriu o direito de propriedade sobre tais fracções aquando da celebração da escritura de permuta;
- Também não tem razão a 1.ª Ré quando afirma que o Autor só adquiriu a qualidade de proprietário das fracções em 10/01/08, data do registo da aquisição, já que no ordenamento jurídico português a constituição ou a transmissão do direito de propriedade sobre imóveis não depende de registo, muito embora para que a aquisição ou a transmissão do direito não fique

confinada ao plano interno dos contratantes seja necessário levá-los ao registo, pois que de acordo com o art.º 4/1 do CRgP esse é o pressuposto da sua eficácia relativamente a terceiros

- À permuta de coisa futura aplica-se o disposto no art.º 880 por força do art.º 939 do CCiv, completando-se o contrato, e transmitindo-se o direito de propriedade para o Autor marido das sete fracções do prédio que a Ré construiu no terreno que o Autor lhe permutara pelas fracções que haveria de construir a partir de 12/12/07 data da constituição do prédio em propriedade horizontal

- Nessa data em que o Autor marido adquiriu por transmissão operada pelo contrato de permuta, o direito de propriedade sobre as fracções já estas estavam oneradas pelas hipotecas constituídas a favor da 1.ª Ré, hipotecas essa validamente constituídas sobre um prédio urbano antes da sua constituição em propriedade horizontal, pela 2.ª Ré sua proprietária e que só por o ser é que estava legitimada a constituir a propriedade horizontal, sendo que as hipotecas foram levadas ao registo em 19/5/05 e 08/08/06 como dos autos consta e, assim muito antes da constituição em propriedade horizontal e da rectificação da permuta.

- As hipotecas são um direito real de garantia cuja validade e eficácia não se mostra afectada em face da matéria de facto provada como resulta dos arestos do STJ de 19/3/02 na revista 512/02-6, de 11/11/04 na revista 3537/04-2., 03/11/05 na Revista 3919/04-7, 14/02/08, na Revista n.º 4515/07-7.

- O Autor, confrontado com o incumprimento por parte da 2.ª Ré da sua obrigação de expurgar as hipotecas existentes como o consente o art.º 907/1 do CCiv não lançou mão dos direitos aí consagrados e a superveniente declaração de insolvência da 2.ª ré por si só não afecta o reconhecimento do direito do Autor à importância das aludidas hipotecas e até à sua satisfação pelo produto da venda do património da 2.ª Ré apreendido no processo de insolvência, podendo dar-se até o caso de a “BANCO” vir nos autos de insolvência a ser paga sem sede de execução universal, não instaurando execução sobre as fracções em apreço.

III.3.2. Discordando os Autores, sustentam, em suma:

- As hipotecas constituídas a favor da 1.ª é pela 2.ª ré onde os Autores não intervieram só se estende às fracções autónomas do edifício construído de novo aquando da outorga da escritura da constituição da propriedade horizontal do prédio em que essas fracções se integram nos termos dos art.ºs 1414, 1415 e 1418 do CCiv, que é o momento em que os Autores também adquiriram as fracções por força do contrato de permuta que é anterior à data da constituição das hipotecas e nos termos do art.º 408/2 do CCiv, sendo certo que o art.º 691/1/c do Cciv que estende a hipoteca às benfeitorias, ressalva os

direitos dos terceiros;

- Os apelantes e a “Banco” são entre si, terceiros para efeitos do n.º 5 do art.º 5 do CRgP, pois que adquirem do mesmo autor comum direitos incompatíveis entre si.
- Concordaríamos com a sentença recorrida se não resultasse provado o ponto 10 da matéria de facto; sabendo a apelada “BANCO”, à data das escrituras da hipoteca, quer os apelantes iriam adquirir certas e determinadas fracções, não está de boa-fé, pois se estivesse e desconhecesse em absoluto o negócio da permuta, aí valeria a regra da prioridade do registo
- É elucidativo o facto de a “BANCO” aquando das avaliação da operação de crédito, sabendo do anterior negócio de permuta, não ter procedido à avaliação das lojas 2 a 8, propriedade dos apelantes conforme fls. 265-266 e nessa medida os apelantes em relação à “BANCO” são terceiros de boa-fé.
- De acordo com o art.º 715 do CCiv só tem legitimidade para hipotecar quem puder alienar os respectivos bens e, por se tratar de contrato oneroso pelo qual se estabelece encargos sobre bens imóveis, ao contrato de hipoteca são aplicáveis as normas reguladoras dos efeitos do contrato de compra e venda de coisa alheia como própria, por força do art.º 939 e em conformidade com o disposto no art.º 892 do CCiv, sabendo a apelada “Banco” que a 2.ª Ré não podia hipotecar as fracções dos ora apelados, está de má fé e os apelantes como e disse de boa fé, razão pela qual se deve declarar a ineficácia desses contratos de hipoteca entre a 1.ª e a 2.ª Ré, declarando-se a sua nulidade e cancelando-se os respectivos registos;
- Caso assim se não entenda, sabendo a apelada “BANCO”, aquando dos contratos de hipoteca, que as mesmas pertencem aos apelantes, pretendendo agora que as mesmas abranjam as ditas fracções age em abuso de direito, que é de conhecimento oficioso, comportamento que, atenta a sua gravidade, pode ser penalizado pelo tribunal com a nulidade.

III.3.3. Na escritura de 28/12/2004 de fls. 50 e ss em que outorgam o Autor marido como primeiro outorgante e “D” e “E” e mulher por si e em representação da Sociedade “C” Lda, o Autor marido, então casado com a Autora mulher em regime de comunhão de adquiridos, declarando-se *“dono e legítimo proprietário do prédio urbano composto de lote de terreno destinado a construção, coma área de 1.060 m2 sito ao ..., ..., ..., descrito na CRgP de ... sob ... da mesma freguesia e concelho, cede-o à sociedade “C”, Lda, ora segunda Ré (antes da insolvência) a “fim de nele ser construído um prédio urbano, para habitação e comércio, com cave para estacionamento e arrecadações a constituir em regime de propriedade horizontal, com 20 fracções autónomas, sendo 12 para habitação e 8 para comércio, conforme projecto aprovado, adiante mencionado, ficando a sociedade...desde já*

obrigada a entregar aos primeiros outorgantes, logo que se verifique a conclusão da referida construção e após a sua constituição em regime de propriedade horizontal, as seguintes fracções...(todas lojas)...que o valor das fracções é de cento e cinquenta mil euros, pelo que não há diferença declarada de valores; que todas as referidas fracções autónomas supra identificadas têm a composição e áreas constantes da planta, devidamente assinalada...que os custos com o registo do prédio urbano permutado serão da responsabilidade da dita sociedade, que os custos com os respectivos registos da fracções que ficarão a pertencer ao primeiro outorgante, ficarão a cargo deste...pelos segundos outorgantes foi tido...que se comprometem a entregar as fracções, ora permutadas, no prazo de vinte e quatro meses a contra da data de doze de Fevereiro de dois mil e cinco. Caso haja incumprimento por parte dos segundos outorgantes, estes obrigam-se a indemnizar o primeiro outorgante com a quantia de mil euros, por cada mês de atraso, ...pela presente escritura se confessam e constituem fiadores do presente contrato, atribuindo a esta fiança o valor de cento e cinquenta mil euros...

III.3.4. Concorde-se com a qualificação jurídica do contrato de permuta dos autos, efectuada na sentença recorrida ou seja que a tal contrato, em que os Autores alicerçam as suas pretensões, se aplicam as disposições dos art.ºs 874 e ss, do CCiv, por força do art.º 939, do mesmo diploma legal, sendo ele um contrato oneroso, bilateral, com prestações recíprocas, dotado de eficácia real ou translativa, ou seja transmissão do direito de propriedade; tratando-se de bem futuro, como patentemente é a fracção autónoma de um prédio urbano a construir pela 2.ª Ré no terreno que, desde logo, pela permuta, lhe ficou a pertencer, esta última ficou, contratualmente, obrigada a diligenciar no sentido da aquisição, pelo comprador, dos bens futuros que são as fracções autónomas do prédio urbano que iria construir no terreno em causa, após a constituição da propriedade horizontal, como do contrato decorre, e resulta do art.º 880/2 do CCiv, sendo que, nesses precisos termos, e nos da disposição imperativa do art.º 408/2 do CCiv a transferência da propriedade sobre essas fracções autónomas só se deu, como bem se salienta na sentença, depois da constituição do prédio em que elas se integram, escritura essa que foi outorgada a 12/12/07 e está a fls. 248/261.

III.3.5. Diz a sentença que nessa data em que o Autor marido adquiriu por transmissão operada pelo contrato de permuta (12/12/07), o direito de propriedade sobre as fracções, já estas estavam oneradas pelas hipotecas constituídas a favor da 1.ª Ré, hipotecas essa validamente constituídas sobre um prédio urbano antes da sua constituição em propriedade horizontal. Ou seja, o contrato de hipoteca é anterior, em data,, à da transmissão do direito de propriedade para o Autor marido dessas mesmas fracções já que se

encontra registado mediante a apresentação n.º 61, de 13/01/05, a aquisição pela 2.ª Ré, por permuta do prédio urbano com a área de 1060 m2, onde se construiu o prédio urbano cujas fracções aqui se discutem, conforme certidão de fls. 29/48 (ponto 4 da matéria de facto) e, mediante as apresentações 89 de 19/05/05 e 14 de 08/08/06 as hipotecas voluntárias, a favor da “BANCO” incidentes sobre o prédio urbano referido em 4., conforme ponto 6 da matéria de facto e alínea F) da condensação.

III.3.6. Estão documentadas e assentes sob o ponto 5 da matéria de facto incontestada, as escrituras denominadas de *“empréstimo sob a forma de abertura de crédito com hipoteca”* que “C”, Lda celebrou com a “BANCO”, S.A.; a fls 125 a 138, escritura de 20/05/2005, pela qual a “BANCO” concede à sociedade referida um empréstimo sob a forma de abertura de crédito até ao montante de 938.000 euros, e a escritura de 14/09/2006, pela qual a “BANCO” concede à sociedade um empréstimo sob a forma de abertura de crédito até ao montante de 100.000 euros; a primeira das escrituras, a reger-se pelas cláusulas dessa escritura constantes e pelas constantes do documento complementar cuja cláusula c) dispõe: *“...das despesas emergentes deste contrato...a parte devedora constitui hipoteca sobre o prédio urbano composto de lote de terreno para construção sito em “...”, ..., freguesia da ..., concelho de ..., descrito na Conservatória...sob o número ... da referida freguesia, inscrito na matriz sob o artigo provisório ...”*; do documento complementar a essa escritura e sob a cláusula 15.1 a) pode ler-se: *“a parte devedora obriga-se ainda a não fazer a entrega (tradição) aos respectivos promitentes compradores de qualquer das fracções que integram o prédio hipotecado, a não ser em simultâneo ou após o pagamento à “Banco” do valor fixado para o cancelamento da hipoteca sobre a fracção em causa”*; do mesmo documento sob 16 pode ler-se: *“A “Banco” poderá considerar antecipadamente vencida toda a dívida e exigir o seu imediato pagamento se, sem o seu consentimento, o imóvel hipotecado for alienado, onerado, ou se for sujeito a tradição ou ocupação por qualquer forma, ou se a parte devedora deixar de cumprir alguma das obrigações resultantes deste contrato...”*. O contrato de empréstimo de 14/09/06, supra referido, contém uma alínea c) de idêntico teor à da alínea c) do contrato de empréstimo de 20/05/05 quanto à garantia do terreno para construção e no documento complementar existem cláusulas 15 e 17 com idêntico teor aos das cláusulas 15 e 16 do documento complementar do contrato de empréstimo de 20/05/05. A matéria dos quesitos 2 e 3 relativa à entrega aos Autores pela “C” das chaves das fracções autónomas da permuta e consequente utilização das fracções autónomas ficou provada. Contudo, desconhece-se quando é que as fracções ficaram concluídas e foram entregues aos Autores que as passaram a utilizar; existia um artigo da p.i.

inicial cuja matéria de facto fora objecto de impugnação pela “BANCO” onde os Autores alegavam, algo contraditoriamente com os outros factos que os Autores são há mais de 30 anos possuidores dos referidos imóveis...quais, o terreno ou as fracções do prédio urbano que só começou a ser construído, supostamente, após 2004? Houve, aqui, decerto lapso, tanto que nem sequer (e bem) tal matéria, por irrelevante e contraditória foi levada à B.I. Ainda, assim, pode tirar-se, dos documentos e dos factos provados, a ilação de que as fracções do prédio urbano só foram construídas em data posterior a 2006. Também é de presumir, atento o que é normal nestas circunstâncias e a documentação camarária envolvida para tanto, que aquando da escritura de constituição da propriedade horizontal de 12/12/07, as mesmas fracções já estivessem construídas. As fracções da permuta que “C” entregou aos autores que as passaram a utilizar, como provado vem, é que não se sabe quando ocorreu. “C” comprometeu-se para com a Ré “Banco” a não efectivar a tradição das fracções (nenhuma delas sem excepção aparente) sem que estivesse pago o valor suficiente para o cancelamento das respectivas hipotecas. As fracções da permuta são as lojas do prédio correspondentes às fracções sob as letras “B” a “H”. Na motivação da decisão de facto pode ler-se que a Meritíssima Juíza se convenceu que as lojas 2 a 8 do Bloco A de prédios constante do relatório de avaliação de fls. 255-261 não foram abrangidas pela avaliação “*não se vislumbrou outra razão plausível para que isso tivesse sucedido que não fosse o conhecimento da “BANCO” da existência de permuta tendo por objecto as mesmas lojas..*” (cfr. fls. 319). O referido relatório de avaliação do imóvel (em fase de recuperação de crédito) que tem a data de 24/08/2010, por isso, mais de cinco anos após a outorga do primeiro dos contratos de empréstimo e quatro anos depois do segundo contrato de empréstimo com hipoteca, refere a existência de um outro relatório de avaliação cuja data se ignora. A Meritíssima Juíza concluiu da conjugação dos dois da referência constante de 256 sob “*compartimentação*” onde se diz “*de acordo com anterior relatório apenas será considerada a loja n.º 1 (bloco A)*”, que a “BANCO” aquando dos contratos de empréstimo tinha conhecimento da existência do anterior contrato de permuta. Nenhuma outra ilação tira, designadamente aquela que os recorrentes pretendem tirar dos factos assentes, ou seja, que a “BANCO”, sabendo que as fracções em questão viriam à propriedade e posse dos Autores não poderiam ser objecto da hipoteca e que também por força do art.º 715 a co-ré “C” não tinha legitimidade para constituir essas hipotecas sobre as fracções objecto da permuta.

III.3.7. Estatui o art.º 715 do CCiv que “*só tem legitimidade para hipotecar quem puder alienar os respectivos bens*”. Este artigo está em consonância com as disposições dos art.ºs 657/1 e 667/1 do mesmo diploma legal relativas

respectivamente à consignação de rendimentos e penhor. Não apenas os bens já existentes podem ser hipotecados como os bens futuros, uma vez que também estes podem ser objecto de alienação onerosa como dos art.ºs 880 e 939 do CCiv decorre, sendo, todavia, nula a hipoteca de bens alheios, como própria, como da conjugação dos art.ºs 892 e 939 do Cciv resulta; se tiver sido hipotecada coisa alheia como alheia, deve supor-se a intenção de hipotecar coisa futura, a que se aplica o disposto no art.º 893 do CCiv, se as partes os considerarem nessa medida. Ora, da matéria de facto dada como provada, resulta claro que à data em que foi hipotecado o terreno para construção este era propriedade da apelada que nela iria construir prédios urbanos a constituir em propriedade horizontal, tendo a apelada conhecimento da escritura de permuta, ou seja que “C” se comprometera perante o Autor marido a entregar-lhe, após a constituição da propriedade horizontal, as sete fracções loja constantes da mesma escritura com as letras rectificadas. Contudo a apelada “BANCO” não interveio nessa escritura de permuta e não existe nenhum facto provado nem nenhum elemento de prova relativo à intenção dos outorgantes nas escrituras com hipoteca sobre a intenção das mesmas partes relativamente à extensão das garantias das hipotecas sobre as fracções dos prédios a construir, apenas aquela obrigação da “C” de não efectuar a tradição das fracções sem que à “BANCO” fosse efectuado o pagamento relativo ao valor fixado para o cancelamento da hipoteca dessa fracção. Daqui não se consegue a conclusão de que a intenção dos outorgantes foi a de constituir uma hipoteca sobre essas fracções como bens próprios da “C” ou como bens alheios da “C”. Não é possível sequer tirar qualquer ilação num sentido ou noutro por manifesta falta de elementos de prova. De todo o modo, a obrigação da entrega pela “C” aos Autores só deveria ocorrer, contratualmente, após a constituição do prédio em propriedade horizontal e quem a constituiu foi o sócio-gerente dessa sociedade que na escritura se declarou *“dona e legítima possuidora do prédio urbano, composto pelos blocos A e B constituído por cave para garagens e arrecadações, rés-do-chão para comércio e ou serviços, primeiro e segundo andares para habitação, sótão para arrecadações e logradouro, sito na Rua ..., números 13, 13-A, 13-B, 13-C, 13-D, 15, 15-A, 15-B, 15-C e 15-D no lugar do ...,descrito na Conservatória do Registo predial de ... sob o número ...”*. Como decorre do art.º 691/1/c do CCiv a hipoteca abrange as benfeitorias, salvo o direito de terceiros. É sabido que nos termos do art.º 216/1 do CCiv que a benfeitoria é toda e qualquer despesa feita para conservar ou melhorar a coisa. A doutrina tem entendido que as novas construções feitas no imóvel hipotecado estão abrangidas pela hipoteca sobre o terreno para construção e só o não estarão quando *“possam ser juridicamente autonomizadas sem diminuição do valor que o prédio tinha*

antes delas"; como exemplo aponta-se, precisamente, a construção no terreno, pelo seu proprietário, de um edifício, na medida em que a autonomização da nova construção faria diminuir o valor que o terreno tinha anteriormente e prejudicaria, por isso, o credor hipotecário.^[2] Ora, igual raciocínio se deve ter em relação às fracções autónomas do edifício que dele fazem parte integrante. Por conseguinte, aquando das escrituras com hipotecas sobre o terreno, ficou aberta a possibilidade de a hipoteca abranger o edifício e as fracções autónomas desse edifício, o que só ocorreu, como é bom de ver, após a constituição, pelo proprietário do terreno e das fracções, que, ainda, era a "C", do edifício nele construído em propriedade horizontal. Nessa data, pois, a "C" era a proprietária do edifício e suas partes integrantes, tanto que a constituiu em propriedade horizontal, registando essa mesma propriedade horizontal em 27/12/07, antes, pois de os apelante registarem a propriedade das fracções permutadas em seu nome; aquele registo da hipoteca constitui presunção de que o direito da hipoteca existe e pertence à "BANCO" nos precisos termos em que o registo o define nos termos do art.º 7.º do CRgP, presunção que pode, naturalmente, ser ilidida; e uma das formas de a ilidir era alegar, primeiro e demonstrar em julgamento que, quando foi outorgada a escritura da constituição da propriedade horizontal e registada essa mesma escritura, já os autores se encontravam na posse das fracções permutadas em cumprimento da obrigação, pela "C", do contrato de permuta não tendo, por isso, já, "C", poderes de disposição sobre as mesmas (art.ºs 715 do CCiv); o que não se sabe, como acima se disse, é quando ocorreu a entrega das fracções da permuta, e, assim, não é possível concluir, como os apelantes pretendem, que o momento da constituição da hipoteca sobre as fracções coincide com o momento de aquisição do direito de propriedade sobre as mesmas pelos autores permutantes e que a presunção do registo foi ilidida, sendo manifestamente ilegítima aquela hipoteca das fracções. E, sendo facto constitutivo do direito dos Autores a eles cabia o ónus da alegação e respectiva prova (art.ºs 342/1 do CCiv).

III.3.8. Outro argumento que os Autores recorrentes trazem em socorro da sua tese é o de que a apelada "BANCO" e os apelantes autores são, entre si, terceiros para efeitos do n.º 5 do art.º 5 do CRgP. Em primeiro lugar, haverá lapso na indicação do n.º 5, do art.º 5.º, do CRgP que se refere, na redacção da Lei 6/06 de 27/2, à inoponibilidade a terceiros da duração superior a seis anos de arrendamento não registado. O n.º correcto a que os apelantes se referem é o n.º 4 do art.º 5. Não é assim como os apelantes dizem, como passamos a explicar.

III.3.9. O actual n.º 4 do art.º 5 do CRgP, introduzido pelo DL 533/99, de 11/12 reza assim: *"terceiros para efeitos de registo, são aqueles que tenham*

adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si”.

III.3.9.1. Grassava, então, (e em boa parte continua a grassar) uma enorme polémica doutrinária e jurisprudencial em torno do conceito de terceiros que levou à prolação, no âmbito da mesma lei, de dois acórdãos uniformizadores de jurisprudência a nível do Supremo Tribunal de Justiça, um primeiro sob o n.º 15/97, de 20/05/1997, publicado no Diário da República, I série A, n.º 152, de 04/07/1997 com o seguinte teor: *“Terceiros, para efeitos de registo Predial, são todos os que, tendo obtido registo de um direito sobre um determinado prédio, veriam esse direito ser arredado por qualquer facto jurídico anterior não registado ou registado posteriormente”* e um segundo sob o n.º 3/99, publicado no DR I série A, n.º 159, de 10/07/1999 com o seguinte teor: *“Terceiros, para efeitos do disposto no art.º 5.º do Código do Registo Predial, são os adquirentes de boa fé, de um mesmo transmitente comum de direitos incompatíveis sobre a mesma coisa.”*

III.3.9.2. Ora, é este último acórdão que contém doutrina que devemos observar e foi precursor da alteração legislativa, não obstante sete conselheiros se terem mantido fiéis à doutrina do anterior acórdão. O anterior professava um conceito amplo de terceiros e vingou durante 2 anos, e, aparentemente (mas só aparentemente como diremos), o último recolhe o ensinamento de *Manuel de Andrade, na Teoria Geral da Relação jurídica, vol II, pp 19-20* (terceiros, para efeitos de registo predial, são as pessoas que do mesmo autor ou transmitente adquiram direitos incompatíveis (total ou parcialmente) sobre o mesmo prédio. O Supremo Tribunal de Justiça tem considerado que a norma introduzida pelo n.º 4 do art.º 5 do CRGP tem natureza interpretativa. [\[3\]](#)

III.3.9.3. O conceito tabular de terceiros que acabou por vingar pressupõe um *conflito entre aqueles que adquirem de um transmitente (ou causante) comum direitos total ou parcialmente conflituantes sobre o mesmo bem imóvel.*

III.3.9.4. Nas faculdades foi exemplo académico de protecção tabular o caso do indivíduo que vende ou onera o mesmo prédio, por negócios sucessivos com sujeitos diferentes e daí se ter confinado a eficácia do efeito substantivo do registo limitando e confinando-o à dupla venda e foi assim até aos anos sessenta em que a noção de terceiro não é versada a propósito dos regimes de registo especificamente mas a respeito dos efeitos do negócio jurídico ou eficácia dos contratos tendo vindo a evoluir doutrinariamente no sentido de que a função do registo predial é a de assegurar a quem adquire direitos de certa pessoa sobre um prédio que esta não realizou em relação a ele actos susceptíveis de prejudicar o mesmo adquirente. [\[4\]](#)

III.3.9.4. O adquirente sem registo é titular de um direito absoluto, oponível *erga omnes*; todavia, como resulta das disposições conjugadas dos art.ºs 407,

parte final, 5.º, n.º 1, 7.º do CRgP o adquirente deve registar, não para constituir um direito real (já que o registo predial não tem, ainda, em Portugal eficácia constitutiva), mas para o consolidar na única direcção em que o mesmo pode ser oponível: a do terceiro registal (terceiro que releva para efeitos do art.º 5.º do CRgP), já que em relação a todos os outros terceiros os factos não registados podem ser invocados por força da eficácia absoluta dos direitos reais, sendo absolutamente insofismável que a norma registal do art.º 5, n.º 1, não pode desvirtuar a norma civilista do mencionado art.º 408, n.º1. Só o terceiro para efeitos de registo cabe na excepção à eficácia absoluta do direito real.

III.3.9.5. A “C” não onerou, por negócios sucessivos a sujeitos diferentes o prédio. Os ónus que criou sobre o prédio foram só aqueles que decorrem das escrituras com hipoteca a favor da mutuante, garantias essas que, como é sabido, acompanham as transmissões do bem sobre o qual recaem, só se extinguindo nas circunstâncias do art.º 730 do CCiv que se não demonstram tenham ocorrido. Tal direito de garantia não conflitua com o direito de propriedade dos Autores precisamente por não constituir um direito real de gozo sobre os imóveis, antes direito real de garantia que ao credor “BANCO” apenas confere o direito de ser pago sobre os imóveis com preferência sobre os demais credores. Só na eventualidade de uma execução, uma vez que o registo de aquisição dos autores sobre as fracções permutadas já se encontra registado, na medida em que a “C” não cumpra as suas obrigações para com a “BANCO”, poderá esta obter e registar penhora sobre essas fracções (cfr. art.ºs 817, 818, 824 do CCiv) e aí colocar-se a questão da incompatibilidade ou conflito de direitos, e só num sentido amplo se poderia falar aí de terceiros, o que não se verifica, tanto quanto se sabe pelos elementos documentais, neste momento. Os Autores permutantes e a apelada “BANCO” não são também terceiros face ao conceito de terceiro registal do art.º 17/2 do CRgP, que tem a haver com a acção de nulidade pelo adquirentes de negócio válido e os sub adquirentes do mesmo direito, matéria que aqui nos não ocupa. Daqui se conclui que, para efeitos dos art.ºs 5/4 e 17/2 do CRgP os apelantes e a apelada não são terceiros.

III.4. *Saber se a apelada “BANCO”, que celebrou as hipotecas, sabendo que as fracções autónomas pertencem aos apelantes, pretendendo, agora, que as mesmas abranjam as ditas fracções dos autores, age em claro abuso de direito, sendo ilegítimo este exercício, o que sendo de conhecimento oficioso, tem como consequência, na falta de outra consequência legal a nulidade (art.ºs 334 do CCiv)*

III.4.1. O que ficou provado do ponto 11 da fundamentação de facto da sentença recorrida, incólume que está, foi que a “Ré “BANCO” tinha

conhecimento, quando efectuou os contratos de mútuo com hipoteca, do teor da escritura pública de permuta referida em 1”

III.4.2. Já cima se disse o bastante sobre o alcance desse facto provado. Tal facto, como acima se disse, não permite tirar qualquer ilação quanto à intenção da “BANCO”, credora mutuante e beneficiária da garantia da hipoteca, quanto à hipoteca; também não existem factos provados suficientes que permitam avaliar qual foi a intenção da “C” quando outorgou esses contratos de mútuo com hipoteca, no tocante ao objecto da hipoteca, apenas se sabe que a “Banco” tinha conhecimento da existência do anterior contrato de permuta celebrado entre o Autor marido e a sua mutuária e relativo àquelas fracções. Daqui não se segue a ilegitimidade da “C” para outorgar os contratos de hipoteca, como acima se disse e nada permite concluir sobre a má fé da “BANCO” na outorga e execução dos contratos de mútuo com hipoteca. Tendo realizado esses contratos validamente, registou as suas garantias, direito que lhe assistia e nenhuma razão séria existe para que renuncie ou abdique dessas garantias.

IV- DECISÃO

Tudo visto acordam os juízes em julgar improcedente a apelação e confirmar a sentença recorrida, ainda que com diferente fundamentação em relação ao momento de aquisição da propriedade das fracções pelos Autores.

Regime da Responsabilidade por Custas: As custas são da responsabilidade dos Autores apelante que decaem e porque decaem (art.º 46, n.ºs 1 e 2)

Lisboa, 6 de Dezembro de 2012

João Miguel Mourão Vaz Gomes

Jorge Manuel Leitão Leal

Ondina Carmo Alves

[1] Na redacção que foi dada ao Código do Processo Civil pelo DL 303/2007 de 24/08, entrado em vigor a 1/1/08, atenta a circunstância de a acção ter dado entrada em juízo e ter sido distribuída e autuada em 31/12/09 na 2.ª secção do 4.º juízo de Grande Instância Cível da Comarca da Grande Lisboa-Noroeste, como resulta dos autos e o disposto no art.º 11 e 12 do mencionado diploma; ao Código referido pertencerão as disposições legais que vierem a ser mencionadas sem indicação de origem.

[2] Anotação ao art.º 691 por Pires de Lima e Antunes Varela in Código Civil Anotado, Coimbra editora, 1982, , vol. I, pág.683, citando Vaz Serra na R.L.J.

ano 101, págs. 298 e ss.

[3] Assim o entenderam entre outros os Acs de 23/01/2001, revista 3751/00, da 2.ª secção, de 25/01/01, revista 299/00, 2.ª secção, de 10/02/01 revista 3751/00 .

[4] Vaz Serra, Anotação...” RLJ 97.º, pág. 57.