



António Graça Moura

Sobreendividamento familiar, hipoteca sobre a casa de morada de família e pacto comissório

DOI: [http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(22\)2018.ic-01](http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(22)2018.ic-01)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

Sobreendividamento familiar, hipoteca sobre a casa de morada de família e pacto comissório¹

Family overindebtedness, mortgage on family residence and forfeiture agreement

António Graça MOURA²

RESUMO: Partindo da temática das causas e origens do fenómeno do sobreendividamento familiar (1), o texto que segue centra-se sobre o recurso ao crédito bancário como instrumento de financiamento da aquisição da casa de morada de família e a sua garantia (2). Numa situação de incumprimento das obrigações assumidas pelo mutuário haverá lugar à execução da garantia hipotecária nos termos gerais, não se encontrando a casa de morada de família isenta de penhora nem da subsequente venda executiva (3). O pacto comissório como cláusula acessória da hipoteca; a sua proibição na lei portuguesa e a respectiva *ratio*; a subsistência da lógica da proibição na actualidade e a eventual mudança de paradigma quanto ao pacto comissório (4). Conclusão (5).

PALAVRAS-CHAVE: sobreendividamento; crédito bancário à habitação; hipoteca; execução hipotecária; penhora da casa de morada de família; pacto comissório; pacto marciano.

ABSTRACT: Starting from the thematic concerning the causes and origins of the family overindebtedness phenomenon (1), the text that follows focuses on the resort to bank credit as financing instrument for the family residence acquisition and its guarantee (2). In a default situation concerning the borrower's obligations the mortgage foreclosure will take place in general terms, in which the family residence is neither free from attachment nor subsequent judicial sale (3). The forfeiture agreement as an accessory clause to the mortgage; its prohibition in Portuguese law and respective ratio; the prohibition's subsistence logic in the present and the eventual paradigm change concerning the forfeiture agreement (4). Conclusion (5).

KEYWORDS: overindebtedness; bank home loan; mortgage; mortgage foreclosure; family residence attachment; forfeiture agreements.

¹ O presente estudo reproduz o Relatório elaborado para a unidade curricular de Direito Civil I no ano lectivo 2017/2018, no âmbito do curso de Doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Civilísticas) na Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

² Mestre em Direito. Assistente do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e Investigador do IJP – Instituto Jurídico Portucalense (ORCID ID <http://orcid.org/0000-0001-6612-512X>; WoS Researcher ID U-3784-2017).

1. Causas e origens do fenómeno do sobreendividamento familiar

O acesso a bens ou serviços tendentes à satisfação das necessidades ou vontades das pessoas singulares implica geralmente, por parte destas, o pagamento de um preço ou a satisfação de uma contrapartida pecuniária³. Tal não significa, contudo, que seja imprescindível a disponibilidade imediata, pelo adquirente desses bens ou serviços, dos recursos patrimoniais ou financeiros próprios necessários a suportar o seu custo; pode, em condições, dentro de pressupostos e em quadro negocial a definir recorrer para tanto a crédito, seja ele de origem bancária⁴ ou concedido directamente pelo alienante dos bens ou pelo prestador dos serviços de que se trata, ou ainda proveniente de qualquer relação de cunho pessoal, como por exemplo familiar ou de amizade.

Como é óbvio, a circunstância de o adquirente desses bens ou serviços ter, logo que reúna determinados pressupostos julgados necessários pela entidade financiadora, acesso a crédito e não necessitar, por isso, de suportar imediatamente o respectivo custo não significa que as responsabilidades assumidas nesse contexto devam deixar de ser prudentemente orçamentadas em termos de economia familiar.

Numa conjuntura em que a concessão de crédito bancário assuma expressão económica e social relevante sob o ponto de vista quantitativo, a mesma dependerá em princípio, e fundamentalmente, da verificação dos seguintes pressupostos pré-negociais:

- a existência de liquidez suficiente no sistema financeiro e de predisposição estratégica do sector e da instituição para a concessão de crédito⁵;

³ Fora, naturalmente, do âmbito das situações em que essa disponibilização de bens ou serviços implique, por causas diversas, a sua disponibilização pelo fornecedor a título gratuito ou inferior ao seu custo real, onde podem inscrever-se por exemplo diversas prestações sociais de origem estatal (v. g. ao nível de cuidados básicos de saúde, acesso à educação, reduções ou isenções de taxas de acesso ao sistema judiciário, acesso a habitação social ou de renda subsidiada ou outras similares) ou particular (procedente geralmente de instituições particulares de solidariedade social).

⁴ Ou procedente de instituições que, não sendo bancárias *stricto sensu*, integram o sector financeiro, como caixas económicas ou outras entidades financeiras habilitadas a conceder crédito com garantias imobiliárias; tendo em consideração o objecto do presente relatório, cuidar-se-á aqui apenas do crédito contraído junto de instituições financeiras com vista à compra de habitação própria.

⁵ A rotação dos fluxos financeiros continua ainda, nos dias de hoje, a ser considerada como cerne da actividade bancária de retalho.

- a análise, por parte da possível instituição financiadora, do risco inerente à concessão do crédito com base em múltiplos critérios e inúmeras variáveis qualitativas e quantitativas (como por exemplo a situação patrimonial actual de quem o pretende obter, a existência ou não de outras responsabilidades por ele assumidas e ainda não satisfeitas, o padrão a que obedecem os movimentos financeiros regulares por ele efectuados, a previsibilidade dos seus rendimentos futuros, a adequação quantitativa do crédito ao valor do imóvel, as condições e perspectivas macroeconómicas futuras, etc.), de cujo preenchimento positivo decorrerá a formação da confiança necessária à respectiva contratualização.

Ora, será, as mais das vezes, de uma análise pouco prudente (ou então levada a efeito, por vezes por razões puramente comerciais, com recurso a critérios excessivamente permissivos) desse risco, aliada à actuação descuidada ou mal intencionada do próprio devedor (que por vezes compra não o que pode pagar, mas o que quer ter), que sobrevém a maioria das situações de sobreendividamento familiar, que degeneram com relativa frequência em situações de incumprimento e assumem presentemente um peso considerável no sistema bancário⁶⁷.

Mas pode igualmente suceder que esse sobreendividamento resulte de outras causas, que podem ser imputáveis ao devedor (no sentido de procederem de culpa ou, pelo menos, de falta de prudência ou de sentido de responsabilidade dele) ou não.

Pode, designadamente, acontecer que, dominado pela vontade de adquirir a todo o custo um determinado imóvel a crédito, tenda a construir no

⁶ O fenómeno do crédito bancário malparado, para utilizar a terminologia bancária, no mercado imobiliário destinado a habitação assume presentemente grande amplitude no panorama português, ao ponto de se tornarem frequentes as comunicações emanadas do Banco de Portugal a esse respeito; a última advertência de cunho institucional de que temos notícia contém-se precisamente no Relatório de Estabilidade Financeira publicado em 06.12.2017 (disponível em www.bportugal.pt), em que o regulador pondera apertar os critérios de avaliação a utilizar por parte dos bancos na concessão de crédito, que nos últimos anos tem vindo a ser muito facilitado em razão das taxas de juro historicamente baixas.

⁷ O sobreendividamento das pessoas singulares, como fenómeno mais ou menos recente a uma escala geral, tem para além disso subjacente um aumento do consumo motivado sobretudo pelas facilidades na concessão de crédito por parte das instituições financeiras, fruto de um contexto de mercado fortemente concorrencial e agressivo, que é naturalmente gerador de uma diminuição drástica da poupança familiar. Como é evidente, o fenómeno do sobreendividamento tem determinado nos anos recentes um aumento exponencial das situações litigiosas a ele associadas, nomeadamente ao nível de procedimentos de cobrança de créditos e de processos de insolvência de pessoas singulares.

seu espírito um optimismo excessivo quanto à possibilidade de reembolso do crédito e descurando a análise das condições do mesmo; que antes ou depois de o contrair contraia igualmente outros créditos, nomeadamente para aquisição de bens de consumo, tornando-se o somatório das prestações devidas inoportável; pode negociar o contrato em termos mais desvantajosos do que aqueles que poderia obter, designadamente em matéria do regime da taxa de juro, fixa ou variável, ou incorrer em situações afins.

Ou então, ainda que tenha agido com a prudência medianamente expectável, podem sobrevir à constituição do crédito factores que dificultem ou impeçam o cumprimento, como por exemplo o surgimento de doença grave e incapacitante, a perda do posto de trabalho, o aumento significativo e imprevisível das taxas de juros ou outros similares.

É claro que, quando o que esteja em causa seja o imóvel que constitui a casa de morada da família, o incumprimento definitivo assume consequências particularmente gravosas, implicando por norma a sua perda se não existir acordo com o credor ou com um terceiro que possa imprimir à dinâmica da situação sentido diverso.

É dentro deste contexto que adiante se aborda o tema proposto.

2. O recurso ao crédito bancário como instrumento de financiamento da aquisição da casa de morada de família e a sua garantia

O recurso ao crédito bancário é hoje em dia, como se sabe, uma solução frequente quanto se trata da aquisição de um imóvel para habitação por parte de pessoas singulares, versando o presente relatório sobre os casos em que essa aquisição se destina à instalação da casa de morada de família, isto é, o espaço físico destinado a vir a constituir o centro funcional da vida familiar.

Devidamente ponderadas, como é aconselhável pelos ditames da mais elementar prudência, as disponibilidades materiais para vir a satisfazer no futuro as obrigações pecuniárias decorrentes da contratualização do mútuo destinado a proporcionar os meios tendentes à compra, aceitando a entidade financiadora a celebração do contrato, é prática quase universal que esta pretenda, como condição de celebração do contrato de mútuo, que o seu crédito beneficie de garantia, em princípio real; e nada mais natural que essa garantia seja constituída por hipoteca sobre o próprio imóvel a adquirir.

Esta operação revestirá geralmente uma estrutura triangular, pois dá em princípio lugar a três relações jurídicas distintas, embora dependentes entre si: um contrato de compra e venda de imóvel, um contrato de mútuo e, incorporada neste, a constituição de hipoteca, que, como se sabe, terá que ser inscrita no registo predial para que produza os seus efeitos⁸. Este mútuo especificará, evidentemente, os elementos relevantes para a definição dos contornos da relação creditícia, definindo, designadamente, a taxa de juro aplicável e o seu regime fixo ou variável, o prazo e a data ou datas, ou o regime de vencimento das prestações – indicações estas que, a par do valor máximo garantido, são transpostas para a inscrição registral da hipoteca que é acessória da obrigação de reembolso da quanta mutuada.

O significado preciso da posição do credor hipotecário é por demais conhecido: uma vez incumprida a obrigação, goza ele do direito de fazer vender judicialmente a coisa hipotecada⁹, e não de a fazer sua, sem prejuízo de ele próprio, credor, poder vir a adquiri-la em processo executivo; goza igualmente, nos termos do artigo 701.º do CC, da faculdade de exigir o reforço ou substituição da garantia logo que se verifiquem determinados pressupostos.

3. O incumprimento das obrigações assumidas pelo mutuário e a execução da garantia hipotecária

Admita-se que ocorre, por força de qualquer de qualquer dos circunstancialismos acima referidos ou outro similar, ocorre a resolução do contrato de mútuo por incumprimento do devedor. A mesma implica, como se sabe, a adopção de determinados procedimentos e a produção de certos efeitos:

- (i) a sua comunicação directamente ao devedor (artigo 406.º do CC);
- (ii) o vencimento imediato de todas as prestações (artigo 781.º do CC), não abrangendo a resolução as já realizadas (artigo 434.º número 2 do CC), o que se aplica igualmente em caso de insolvência do devedor, ainda que não judicialmente declarada (artigo 780.º número 1 do CC).

⁸ Cfr. o artigo 687.º do CC.

⁹ Cfr. o artigo 686.º do CC.

Posto isto, e confrontado agora o devedor com o vencimento da totalidade da dívida, é provável que não disponha de meios para a satisfazer por inteiro. Encontrando-se o crédito garantido por hipoteca, irá o credor, como lhe compete e se entender não fazer quaisquer concessões de carácter negocial, accionar a garantia conferida por esta, instaurando para tanto a competente acção executiva¹⁰ com vista ao pagamento coercivo do que lhe é devido.

A execução em causa segue os termos preconizados nos artigos 724.º e seguintes do CPC, posto visar o pagamento de quantia certa; e, tratando-se de execução hipotecária, importa referir que, nos termos do artigo 752.º do CPC, a penhora se inicia necessariamente pela própria coisa hipotecada, só podendo recair sobre outros bens em caso de reconhecida insuficiência daquela.

Considerando, aqui chegados, que o imóvel hipotecado era aquele em que o devedor tinha a sua casa de morada de família, deve assentar-se desde já em que a esta *não é, no ordenamento jurídico português, impenhorável*¹¹, apesar da consagração constitucional do direito à habitação: é certo que o artigo 65.º da CRP estabelece que “*todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar*” – mas também parece evidente que, para além do carácter essencialmente programático da norma, a sua estipulação não confere aos cidadãos o direito imediato a exigir a atribuição da *propriedade* de uma casa; de resto, entende-se que o direito à habitação e o próprio conceito de casa de morada de família podem perfeitamente articular-se com a ocupação de casa arrendada ou dada de comodato, por exemplo.

Não é, porém, o que se passa noutros sistemas jurídicos, em que a casa de morada de família beneficia de um regime de protecção mais amplo.

¹⁰ Terá que apresentar-se, naturalmente, munido de título executivo para o efeito, em conformidade com o artigo 703.º do CPC – e na situação que nos ocupa está-lo-á invariavelmente, valendo como tal o próprio mútuo com hipoteca, em que o devedor se confessa como tal.

¹¹ Em processos de execução fiscal a casa de morada de família, embora penhorável, não pode em princípio ser vendida, conforme dispõe o número 2 do artigo 244.º do CPPT, na redacção que lhe foi dada pela Lei 13/2016, de 23 de Maio; este regime acaba por ter um relativamente reduzido impacto prático, em virtude do facto de as dívidas de imposto da generalidade dos particulares serem na prática completamente inexpressivas em face das bancárias, com o conseqüente reflexo na incidência de casos de incumprimento.

No Brasil, por exemplo, o artigo 1.º da Lei 8.009/90, de 02.03., estatui que o chamado “*bem de família*” (entendido este não só, mas também como a casa de morada) “*não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam*”, ressalvadas algumas exceções expressamente previstas na própria lei, designadamente as constantes do seu artigo 3.º.

No âmbito deste, destaca-se o Ponto V: “*A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar*”, sendo que o Ponto IV excepciona igualmente as execuções fiscais por “*impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar*”, em regime nesse sentido aparentemente menos favorável do que o português; vem o Superior Tribunal de Justiça, contudo, entendendo que para que a referida exceção seja afastada é necessário que a dívida tenha sido *contraída no interesse familiar*.

Não é, como se viu, o que sucede no ordenamento jurídico português: *ainda que o imóvel penhorado seja a casa de morada de família, a execução seguirá o seu curso*, percorrendo-se nela todas as fases processuais até à que haja lugar à venda ou adjudicação e pagamento ao exequente.

Não quer isto dizer que não existam em absoluto mecanismos no contexto da acção executiva que evidenciem alguma preocupação com a salvaguarda do património familiar: por exemplo, o artigo 842.º do CPC, que consagra o denominado *direito de remição* a favor de certos membros da família pela ordem depois indicada no artigo 845.º, dispõe que “*ao cônjuge que não esteja separado judicialmente de pessoas e bens e aos descendentes ou ascendentes do executado é reconhecido o direito de remir todos os bens adjudicados ou vendidos, ou parte deles, pelo preço por que tiver sido feita a adjudicação ou a venda*”; tal direito prevalece sobre eventuais direitos de preferência que possam existir (cfr. o artigo 844.º do CPC).

É, dentro dos condicionalismos impostos pela lógica e coerência do sistema jurídico, o ponto em que será porventura mais visível nesta sede a protecção da casa de morada de família – conquanto os interesses tutelados

pela norma a ela não se dirijam exclusivamente; transcender este patamar teria sem dúvida sérias implicações em termos de concessão de crédito hipotecário.

4. O pacto comissório

4.1. A proibição do pacto comissório e sua *ratio*

De acordo com o disposto no artigo 694.º do CC, consiste o denominado pacto comissório na “*convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”.

Figura cujas origens remontam ao direito romano, terá surgido no seguimento da criação da possibilidade de substituição da *fiducia* como garantia geral do cumprimento das obrigações por mecanismos tendentes à criação de verdadeiros direitos reais sobre coisas que possibilitassem ao credor a sua venda e a afectação do respectivo produto à satisfação do seu crédito, implicando essa faculdade a obrigação de restituição do eventual excesso ao devedor¹². É claro que não é ainda aqui que pode falar-se de pacto comissório propriamente dito: mas dada ao credor a faculdade de vender coisa determinada pertencente ao devedor, veio mais tarde a permitir-se também, no que pode considerar-se como extensão dessa faculdade, que os contratos incluíssem, mediante estipulação entre as partes nesse sentido, cláusula de acordo com a qual, em caso de incumprimento, o credor faria sua a coisa dada em garantia, vendo desse modo satisfeito o seu crédito¹³.

A *lex comissoria* viria, contudo, a ser proibida por édito do Imperador Constantino datado de 320 d. C., com base em vários argumentos de que sobressai todavia um: a transmissão pura e simples da propriedade da coisa objecto da garantia para o credor em caso de incumprimento da obrigação seria *susceptível de encapotar negócios usurários*, em virtude de possibilitar ao credor em muitas situações a faculdade de fazer suas coisas de valor nalguns casos muito superior ao do crédito que detinha, com o consequente

¹² Figuras embrionárias, portanto, do penhor e da hipoteca actuais, mas originariamente direccionadas para a figura do pacto marciano, a que adiante se aludirá.

¹³ A designação de tal cláusula era a de *lex comissoria* (*lex* no sentido de estipulação negocial vinculativa para as partes), e a mesma assumia, como se vê, significado correspondente à fórmula utilizada no artigo 694.º do CC; para um maior desenvolvimento da figura e da sua evolução no direito romano, v. ISABEL DE MATOS, *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Coimbra 2006, pp. 11-32.

empobrecimento injustificado do devedor por via da delapidação do seu património – ou, pelo menos, de dar origem a circunstâncias em que o desequilíbrio dos interesses recíprocos das partes poderia verificar-se para além da medida do objectivamente aceitável segundo um critério geral de boa fé¹⁴.

Assim sendo, e nesta perspectiva, podem na sua essência reconduzir-se as razões motivadoras da sua proibição à defesa da moralidade e da justiça.

É um pouco nesta linha de ideias que o CC estabelece, como se viu, a nulidade do pacto comissório (cfr. o artigo 694.º do CC), e fá-lo de modo simples e lapidar.

Igual solução é, de resto, acolhida, por vezes com algumas particularidades de regime, na maioria dos ordenamentos jurídicos com os quais se justifica estabelecer uma comparação com o português, como por exemplo no alemão (cfr. os §§ 1149 e 1229 do BGB¹⁵), no italiano (artigos 1963.º e 2744.º do *Codice Civile*¹⁶), no espanhol (artigos 1859.º e 1884.º do

¹⁴ Segundo informação de ISABEL DE MATOS (ob. cit., p. 12), para além desta motivação subjacente à proibição do pacto comissório no Direito romano, podem assinalar-se ainda duas outras: primeira, a do desenvolvimento e aperfeiçoamento progressivos nomeadamente da figura do penhor, que passou a ser julgado garantia suficientemente sólida na óptica do interesse do credor; segunda, a influência emanada dos princípios ético-religiosos de raiz cristã, de acordo com os quais o instituto da *lex comissoriarum* serviria os interesses dos mais fortes em detrimento dos mais carenciados, assentando na ideia de serem estes a parte mais débil nas relações de crédito – assinalamos nós que a influência deste último considerando não será, na verdade, de importância despreciable em sede daquela proibição, tendo em conta que, segundo dados históricos, Constantino se convertera ao cristianismo em 312. Sobre o tema da origem histórica da proibição, cfr. também MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lex, Lisboa 1993.

¹⁵ As citadas normas dizem, respectivamente, respeito às figuras da hipoteca e do penhor, encontrando-se inseridas, ao contrário do que sucede no CC português, no Livro III do BGB (“*Sachenrecht*”, ou seja, “Direito das Coisas”), e não no II, relativo ao Direito das Obrigações. Sob a epígrafe “*Convenções de satisfação [do crédito] não permitidas*” (“*Unzulässige Befriedigungsbabreden*”), proíbe o § 1149 expressamente o pacto comissório quanto à hipoteca, regime esse que vigora igualmente no domínio do penhor (“*Pfandrecht*”), nos termos do § 1229.

¹⁶ O artigo 1963.º, inserido no regime da anticrese ou consignação de rendimentos (relativamente à qual o problema também pode colocar-se, consagrando-se a proibição do pacto sucessório também em relação a esta figura por força da remissão contida no artigo 665.º do CC), estipula, sob a epígrafe “*Divieto del patto commissorio*”, o seguinte: “*È nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell’immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito*”, sendo que o artigo 2744.º estende tal regime à hipoteca e ao penhor (“*È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell’ipoteca o del pegno*”; a duplicação da referência ao pacto comissório justifica-se por, sistematicamente (e embora em termos que nos parecem assaz discutíveis), a primeira destas disposições se encontrar inserta no Livro IV (“*Delle obbligazioni*”), e a segunda no Livro VI (“*Della tutela dei diritti*”).

*Código Civil*¹⁷) e no brasileiro (artigo 1428.º do Código Civil¹⁸); o caso particular do direito francês, em que a sua anterior proibição deu lugar, desde a entrada em vigor da reforma legislativa que alterou o artigo 2348.º do *Code Civil*, a uma possibilidade que tende no seu sentido de uma *aproximação* ao pacto comissório (embora com ele não se confunda), merecerá, adiante, maiores comentários.

A *ratio* da proibição, tal como a larga maioria da doutrina a justifica, é constituída por um conjunto complexo de motivações, podendo aquelas que são a nosso ver as essenciais em termos gerais sintetizar-se pelo modo seguinte¹⁹:

1) a repressão da usura:

Como se viu, a razão essencial subjacente à proibição no direito romano fundava-se, e continua maioritariamente a entender-se que se funda, num juízo de *imoralidade inerente à celebração de negócios usurários*²⁰, que o artigo 282.º do CC proíbe e os bons costumes reprovam, por geradores de um mais ou menos acentuado desequilíbrio das prestações recíprocas das partes explorando a posição de inferioridade de uma delas²¹;

2) a tutela da posição do contraente mais fraco:

Este argumento, que surge de certo modo associado ao anterior (uma vez que o reflexo mais lógico da fragilidade de uma das partes será a sua vulnerabilidade à tentação do aproveitamento dela pela outra parte em termos

¹⁷ Nos termos do artigo 1884.º, referente ao penhor e à hipoteca, “*el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas*”; o artigo 1884.º estende a proibição à anticrese, à semelhança do que sucede com o artigo 1963.º do CC italiano.

¹⁸ Nos termos desta disposição, “*é nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento*”.

¹⁹ No sentido de outras motivações para a proibição que não as aqui expandidas, v., por todos, REMÉDIO MARQUES, *Locação Financeira Restitutiva (sale and lease-back) e a Proibição dos Pactos Comissórios – Negócio Fiduciário, Mútuo e Acção Executiva*, in BFDUC 77.º (2001), pp. 575-632.

²⁰ Sobre o respectivo conceito no contexto desta mesma ideia, cfr., por todos, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra 1997, pp. 555-556, e HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, reimpr., Almedina, Coimbra 2017, p. 555.

²¹ Apesar da aceitação unânime desta ideia quer na doutrina nacional, quer na estrangeira, não pode deixar de fazer-se notar a diversidade de regimes do pacto comissório e do negócio usurário em geral em matéria de invalidade: enquanto o primeiro é nulo, o segundo será meramente anulável (cfr. o artigo 282.º do CC). Apesar disso, não acompanhamos a posição de ISABEL DE MATOS quanto às dúvidas que parece exprimir relativamente à ideia da repressão da usura como justificação essencial da proibição do pacto comissório (ob. cit., p. 64), uma vez que a sua inclusão num contrato de mútuo garantido por hipoteca não significa necessariamente que exista negócio usurário.

que poderão configurar uma situação de usura, embora possa conceber-se a obtenção de outras vantagens não reconduzíveis a esse conceito estrito): resulta da preocupação de procurar salvaguardar alguma *proporcionalidade recíproca* das prestações a cuja realização as partes se vinculam, que de outro modo poderia resultar prejudicada ou distorcida por via do pacto comissório²².

4.2. Da subsistência da *ratio* da proibição na actualidade e da eventual mudança de paradigma quanto ao pacto sucessório

Como se viu, a essência da proibição do pacto comissório, sancionado pelo sistema jurídico com a nulidade encontra historicamente a sua justificação na desproporção possivelmente significativa das prestações do credor e do devedor, funcionando como meio repressivo da usura; resta saber se tal proibição continua hoje a justificar-se, tendo sobretudo em mente o crédito hipotecário concedido para aquisição de imóvel destinado a habitação.

É certo que continua, à partida, a parecer evidente que a possibilidade de se convencionar a transmissão pura e simples da propriedade da coisa objecto da garantia para o credor em caso de incumprimento da obrigação é, na verdade, susceptível de redundar em negócios usurários, em virtude de possibilitar ao credor, em muitas situações, fazer suas coisas de valor significativamente superior ao do crédito que detinha²³, com o seu inerente enriquecimento injustificado à custa do devedor por via da excussão de um ou vários elementos do património deste último em condições para ele manifestamente desvantajosas (ou mesmo ruinosas) – ou, pelo menos, de dar origem a circunstâncias em que o desequilíbrio dos interesses recíprocos das

²² Nas palavras de VAZ SERRA (“*Penhor*”, in *BMJ* 58.º [1956], p. 217), o fundamento da proibição “*está em que tal pacto pode representar um benefício injustificado para o credor (que adquire uma coisa acaso muito mais valiosa que o crédito), sobretudo quando obtido do devedor que, levado pela necessidade, facilmente consentiria nele*”.

²³ Nas obrigações fraccionadas (sobretudo naquelas que configuram uma relação contratual significativamente duradoura no tempo, como invariavelmente sucede no domínio do crédito hipotecário à habitação), este facto pode não estar relacionado propriamente com o desfazamento entre o valor da coisa e o valor do crédito à *partida*, isto é, considerado no momento da constituição deste, mas com o *grau de execução atingido pelo contrato no percurso dirigido ao seu cumprimento*; quer dizer, se por hipótese os valores do crédito e da garantia se equivaliam aproximadamente no momento da celebração do contrato, é evidente que se irão distanciando entre si à medida que aquele crédito vai sendo satisfeito.

partes poderá verificar-se para além da medida do objectivamente aceitável segundo um critério geral de boa fé.

Quanto a isto, e em termos de considerando prévio, temos para nós que é, numa parte significativa das situações práticas da actualidade, questionável aquela preocupação, pelo menos com carácter geral, *visto não nos parecer de excluir que a entrega da propriedade da coisa ao credor como modo de extinção da obrigação possa ser do interesse subjectivo do devedor.*

Com efeito, é concebível que, verificada numa fase relativamente inicial da relação creditícia a incapacidade do devedor para a levar a bom termo, possa mostrar-se do seu interesse a entrega da coisa ao credor como modo de libertação de quaisquer responsabilidades nesse contexto; trata-se, por assim dizer, de evitar *males maiores*, pois caso contrário pode suceder, e frequentemente sucede na prática, que o produto da venda judicial do imóvel na acção executiva se mostre insuficiente para solvência da dívida, permanecendo o devedor, além de privado da propriedade, obrigado à liquidação do remanescente; extinta a obrigação pela entrega da coisa ao credor, é certo que o devedor terá sido prejudicado em termos de desequilíbrio de interesses, pois não irá reaver as prestações já realizadas – mas, em contrapartida, gozará da tranquilidade que lhe proporciona o facto de ver extinta a obrigação.

Ainda que a título mais ou menos marginal, é pertinente a este respeito citar o Despacho do Juiz do Tribunal de Portalegre de 04.01.2012²⁴, que considerou a dívida extinta mesmo perante tal insuficiência, entendendo basicamente que a tentativa do banco ali credor de receber o remanescente constituiria abuso de direito²⁵; tal situação é perfeitamente ilustrativa da

²⁴ O Despacho em causa (publicitado pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses em www.asjp.pt), amplamente noticiado, viria a também a ser profusamente comentado, até no contexto de outros processos; cfr., a este respeito, por exemplo o Acórdão do TRL de 11.10.2012 (disponível em www.dgsi.pt), cujo sumário se cinge a um único ponto: “*A pretensão da exequente de prosseguir com a execução depois de lhe ter sido entregue o imóvel hipotecado, que não cobriu a dívida exequenda, com o fim de obter a satisfação da parte do empréstimo não coberto, não configura, sem mais, um abuso de direito*”. No entanto, no caso concreto, o Despacho em causa acabou por transitar em julgado, em virtude de o TRE ter entendido não poder conhecer do recurso interposto por se encontrar ultrapassado o respectivo prazo.

²⁵ Refira-se que o valor da adjudicação foi, no caso concreto, de 82.250 euros, correspondendo a 70% do valor patrimonial do imóvel, enquanto a quantia que havia sido mutuada pelo banco credor era de 117.500 euros, ascendendo o crédito por este reclamado em consequência do incumprimento a 129.521,72 euros. A acentuar um pouco os traços caracterizadores da

possibilidade de existência de interesse do devedor na entrega do objecto da garantia ao credor como modo de solver a obrigação contraída.

Contudo, e independentemente da apreciação, que não cabe aqui fazer, do mérito da decisão, parece-nos certo que não poderá extrair-se daí a conveniência da admissibilidade *de iure condendo*, sem mais, de uma espécie de *dação em pagamento forçada*., no sentido de poder ser imposta ao credor.

Se é verdade que geralmente a parte mais frágil neste tipo de relação jurídica creditícia é o devedor, não o é menos que não é o que se verifica em todos os casos; e deixarmo-nos impressionar excessivamente pelo argumento de defesa da parte mais fraca sem atender aos outros interesses em causa seria aproximarmo-nos perigosamente de soluções que o mais modesto bom senso aconselha a pôr de lado. Como é óbvio, os interesses do credor devem igualmente ser tidos em conta, e por certo não se questionará que quem mutuou a outrem determinada quantia em dinheiro tem a natural expectativa de vir a reaver esse dinheiro, e não um qualquer imóvel – em que poderá não ter qualquer interesse directo e com a consequente necessidade de ter que tomar as diligências (e incorrer nas despesas) necessárias à sua ulterior alienação no mercado.

Aqui chegados, terá interesse avaliar a solução recentemente estabelecida no *Code Civil* francês em consequência da reforma legislativa 23.03.2006, que temperou em certos termos a proibição pura e simples do pacto comissório com a introdução de um regime *diferente*.

Assim, de acordo com a norma do seu artigo 2348.º, “*Pode convencionar-se, quando da constituição do penhor ou posteriormente, que na falta de cumprimento da obrigação garantida o credor se tornará proprietário do bem empenhado. O valor do bem é determinado à data da transferência por um perito designado por acordo ou judicialmente, na falta de cotação oficial do bem em mercado organizado no sentido do Código Monetário e Financeiro. Qualquer cláusula em contrário é havida como não escrita.*”

defendida existência de abuso de direito, diga-se ainda que o imóvel fora, como é prática usual no momento que imediatamente antecedeu a concessão do crédito, avaliado pelo próprio banco credor em montante equivalente ao patrimonial.

*Se esse valor exceder o montante da dívida garantida, a soma igual à diferença é entregue ao devedor ou, se existirem outros credores pignoratícios, consignada.*²⁶.

Esta norma, que não tem correspondência no regime da hipoteca²⁷, representa sem dúvida um avanço no sentido de dessacralizar a proibição do pacto comissório, muito embora não o admita no sentido rigoroso do termo. Dá corpo, outrossim, à figura do chamado *pacto marciano*, que é entendido na doutrina como aquele que *faculta ao credor a aquisição do bem dado em garantia, condicionada à avaliação, por um terceiro independente, do seu valor de mercado à data de vencimento da obrigação, com restituição ao devedor do respectivo excesso, se o houver.*

Este modelo tem suscitado especial interesse na doutrina e na jurisprudência italianas e brasileiras, devido ao facto de permitir assegurar o equilíbrio da relação creditícia, evitando as situações de verdadeiro locupletamento do credor à custa do devedor.

Em Portugal, em cujo sistema jurídico não encontrou nunca expressão literal clara, pode contudo encontrar-se no CC, já desde 1966, uma disposição que inegavelmente se aproxima do conceito de pacto marciano; reportamo-nos ao artigo 675.º, o qual, sob a epígrafe “*Execução do penhor*”, dispõe, no seu número 2, que “*é lícito aos interessados convencionar que a coisa empenhada seja adjudicada ao credor pelo valor que o tribunal fixar*”.

Esta possibilidade (que, no fundo, se distancia do pacto comissório por via de uma intervenção independente que assegurará que não se apresentarão aqui os inconvenientes de desequilíbrio de interesses que aquele pode apresentar) evidencia, no entanto, duas características que tornam o seu alcance limitado em sede de uma resposta geral para o problema da construção de um sistema de garantia real de cumprimento das obrigações: por

²⁶ Tradução nossa. O texto da norma na língua original é o seguinte: “*Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu’à défaut d’exécution de l’obligation le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l’amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s’il existe d’autres créanciers gagistes, est consignée*”.

²⁷ Possivelmente por o regime do penhor ter desde sempre, à semelhança do que também sucede no direito português, tido uma regulamentação mais flexível, e também pelas implicações registrais que a sua extensão à hipoteca não deixaria de ter.

um lado, à semelhança do que sucede com o artigo 2348.º do *Code Civil* francês, circunscreve o regime estabelecido ao *penhor*, quando é no da hipoteca que o problema se colocará com maior frequência e acuidade; e por outro exige uma intervenção *judicial* (neste ponto divergindo parcialmente daquele, que permite que a questão da determinação do valor possa ser confiada a um perito), com o custo e a morosidade implícitas em tal procedimento.

Em momento bastante recente, foi, entretanto, expressamente consagrada a figura, por via do Decreto-Lei 75/2017, de 26 de Junho – muito embora se lhe tenha evitado no articulado a designação de “pacto marciano”, que apenas é utilizada no preâmbulo; a designação oficial, constante do artigo 1.º do diploma, é a de “*apropriação do bem empenhado no penhor mercantil*” e, como o próprio nome indica, tem o seu campo de aplicação ainda mais circunscrito do que o do número 2 do artigo 675.º do CC, embora seja dotada de maior flexibilidade, pois o artigo 2.º número 1 dispõe, na sua parte final, que a apropriação da coisa ou direito empenhado pelo credor pignoratício convencionada para o caso de incumprimento seja feita “*pelo valor que resulte de avaliação realizada após o vencimento da obrigação, devendo os modos e critérios de avaliação ser estabelecidos no contrato*”.

De resto, todas as iniciativas legislativas direccionadas, directa ou indirectamente, para a tentativa de proteger a casa de morada de família em situações de sobreendividamento e visando especificamente o inadimplemento de relações de crédito bancário acabaram por conter-se dentro de um quadro de limites que mitigou, em certos aspectos, o problema, sem contudo o resolver satisfatoriamente em face dos objectivos pretendidos²⁸. O caminho do reforço da protecção da casa de morada de família mediante a consagração da sua impenhorabilidade parece demasiadamente distante em termos exequíveis, uma vez que não pode conceber-se sem gravíssimos inconvenientes o sacrifício dos interesses privados do credor hipotecário em nome daquela protecção; qualquer iniciativa mais ousada neste sentido teria, em nosso

²⁸ Reportamo-nos aqui essencialmente ao Decreto-Lei 227/2012, de 25.10., que cria alguns mecanismos preventivos do incumprimento do crédito e favorecedores da regularização de situações de incumprimento, e às Leis 58/2012 e 59/2012, ambas de 09.11., ambas de difícil implementação prática por razões de ordem burocrática e cujas soluções acabam por ter um âmbito e um alcance muito limitados.

entender, que assumir a existência de limites mais ou menos apertados, de que nos parece deverem ser basilares a óbvia limitação da impenhorabilidade a créditos que não o contraído para aquisição da própria habitação e a contenção do respectivo valor dentro de um quantitativo máximo compatível com a ideia de uma protecção mínima do direito constitucional à habitação.

Mais longe foi, em Espanha²⁹, o Real Decreto-Ley 6/2012, de 09.03., intitulado “*de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*”, que, dentro de um determinado quadro de circunstâncias, protege devedores de um *financiamento à habitação própria com garantia hipotecária*. Essas circunstâncias constituem um conjunto mais ou menos complexo, e são genérica e cumulativamente as seguintes:

- 1) que todos os membros do agregado familiar não tenham rendimentos provenientes do trabalho ou de qualquer actividade económica;
- 2) que a prestação afecta à satisfação do crédito contraído exceda 60% dos rendimentos líquidos auferidos pelo conjunto dos membros daquele agregado;
- 3) que o mesmo agregado careça de quaisquer outros bens patrimoniais suficientes para responderem pela dívida;
- 4) que o crédito hipotecário recaia sobre a única habitação propriedade do devedor e tenha sido constituído para aquisição da mesma;

²⁹ Onde o fenómeno do sobreendividamento familiar se faz igualmente sentir de forma acentuada, conforme resulta do preâmbulo do diploma seguidamente citado, e de que se julga oportuno transcrever o seguinte excerto: “*España atraviesa una profunda crisis económica desde hace cuatro años, durante los cuales se han adoptado medidas encaminadas a la protección del deudor hipotecario que, no obstante, se han mostrado en ocasiones insuficientes para paliar los efectos más duros que sobre los deudores sin recursos continúan recayendo. Resulta dramática la realidad en la que se encuentran inmersas muchas familias que, como consecuencia de su situación de desempleo o de ausencia de actividad económica, prolongada en el tiempo, han dejado de poder atender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los préstamos o créditos hipotecarios concertados para la adquisición de su vivienda. Tal circunstancia y la consiguiente puesta en marcha de los procesos de ejecución hipotecaria están determinando que un segmento de la población quede privado de su vivienda, y se enfrenta a muy serios problemas para su sustento en condiciones dignas. El Gobierno considera, por ello, que no puede demorarse más tiempo la adopción de medidas que permitan aportar soluciones a esta situación socioeconómica en consonancia con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, consagrado en el artículo 47 de la Constitución española, que ha de guiar la actuación de los poderes públicos de conformidad con el artículo 53.3 de la misma. Así lo exige, igualmente, el mandato incluido en el artículo 9.2 de la Norma Fundamental*”.

- 5) que o crédito não beneficie de outras garantias reais ou pessoais para além da hipoteca, ou que, não sendo esse o caso, as mesmas concorram para a verificação das circunstâncias referidas em (2) e (3); e
- 6) que, no caso de existirem co-devedores que não integrem o agregado familiar, estejam incluídos nas circunstâncias (1) a (3)³⁰.

Nestas situações, em todos os contratos garantidos por hipoteca, o juro de mora aplicável desde o momento em que o devedor faça prova da verificação daqueles requisitos junto da entidade credora terá por limite máximo o resultante ao somatório dos juros estabelecidos no próprio contrato de mútuo e 2% sobre o valor do capital remanescente em dívida³¹.

Como novidade, institui-se, no artigo 5.º, um “Código de Boas Práticas” (constante de anexo ao diploma) aplicável às instituições financeiras credoras – que é (como não poderia deixar de ser) de adesão voluntária para estas e que deverá impor, verificado o circunstancialismo devido, a apresentação ao devedor, no prazo de 30 dias, de um plano de reestruturação que integrará cumulativamente as seguintes medidas:

- (a) carência de 4 anos na amortização de capital;
- (b) ampliação do prazo de amortização do empréstimo até 40 anos;
- (c) redução dos juros remuneratórios para um máximo de Euribor + 0,25%.

Estas medidas são ainda complementadas por diversos benefícios fiscais, constantes dos artigos 8.º a 11.º.

A lei em referência atinge, em nosso entender, praticamente o limite do alcançável em matéria de reequilíbrio dos interesses do devedor e do credor sem que haja lugar a um sacrifício excessivo da posição deste, e a prática tem demonstrado resultados animadores na sua aplicação – tornando-se evidente o interesse dos próprios credores na obtenção de soluções que permitam ultrapassar as inúmeras situações desta natureza com que se confrontam; talvez possa constituir uma fonte de inspiração para o legislador português, cuja resposta a estes problemas tem, como se referiu, sido débil e insuficiente.

³⁰ Cfr. os artigos 3.º e 3.º *bis*. Visa-se, manifestamente, cingir o âmbito de aplicação da solução legislativa às situações de devedores efectivamente carenciados (ou, na expressão do artigo 2.º, situados “*no limiar de exclusão*” [“*en el umbral de exclusión*”]), e estritamente quando se trate da casa de morada de família.

³¹ Cfr. o artigo 4.º (“*Moderación de los intereses moratorios*”).

5. Conclusão

Mas voltemos ainda, agora em termos conclusivos, à questão do pacto comissório: a verdade é que não parece impossível substituir a cominação de nulidade pura e simples do mesmo pela criação de um regime que, mesmo a *montante* dessa figura, isto é, ainda em sede de possibilidade ou não de resolução do contrato pelo credor, relativizasse o risco do devedor, pelo menos em certos casos em que interesses particulares o justificassem – e pensamos essencialmente na manutenção da propriedade da casa de morada de família.

Tal regime poderia, portanto, buscar-se numa regulação de interesses por exemplo similar à estabelecida no artigo 934.º do CC para a compra e venda com reserva de propriedade, naturalmente ressaltando as diferenças existentes entre as figuras desta e do contrato de mutuo garantido por hipoteca – que são muitas, quer no plano conceptual, quer no funcional.

Não obstante, a analogia de situações não nos parece despropositada, nem excessivamente forçada.

A referida norma dispõe, sob a epígrafe “*Falta de pagamento de uma prestação*”, que “*vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato, nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do benefício do prazo relativamente às prestações seguintes, sem embargo de convenção em contrário*”.

Ora, se é verdade que o credor hipotecário não é, por definição, titular do direito de propriedade sobre o imóvel, não o é menos que o conteúdo da sua posição jurídica lhe permite promover a respectiva transmissão forçada em sede judicial, subtraindo coercivamente a propriedade à pessoa do devedor; e cremos que esse facto bastará para fundar uma adequada tentativa de analogia, se não no plano da aplicação da lei vigente³², pelo menos com vista à construção de um regime jurídico similar para as situações de créditos

³² Pese embora o número 1 do artigo 936.º do CC estatuir que “*o disposto nos dois artigos anteriores é extensivo a todos os contratos pelos quais se pretenda obter resultado equivalente ao da venda a prestações*”.

hipotecários que onerem a casa de morada de família, designadamente quando o próprio crédito tenha sido contraído com vista à respectiva aquisição.

Um tal regime poderia, além do mais, ter a virtualidade de induzir a uma maior responsabilidade e transparência na concessão de crédito por parte das instituições bancárias, sem contudo tanger os interesses estritamente essenciais destas; pois é verdade que não pode perder-se de vista o facto de a garantia hipotecária do cumprimento de obrigações ter na sua eficiência a sua própria razão de ser, não sendo de aceitar que lhe possam ser assinaladas restrições que a esvaziem na prática de conteúdo.

Referências bibliográficas

- CORDEIRO, António Menezes, *Direitos Reais*, Lex, Lisboa 1993;
HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, reimpr., Almedina, Coimbra 2017;
MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio, *Locação Financeira Restitutiva (sale and lease-back) e a Proibição dos Pactos Comissórios – Negócio Fiduciário, Mútuo e Acção Executiva*, in BFDUC 77.º, Coimbra 2001;
MATOS, Isabel de, *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Coimbra 2006;
SERRA, Adriano Vaz, *Penhor*, in BMJ 58.º, Lisboa 1956;
VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra 1997.

Data de submissão do artigo: 2018-03-17

Data de aprovação do artigo: 2018-03-28

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt