



**Manuel António Gonçalves Rebelo e
Márcio Ricardo Ferreira Fernandes**

*O(s) Juiz(es) legiferante(s)!? – Os bancos (credores hipotecários) que se
cuidem!*

DOI: [http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(19\)2016.ic-03](http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(19)2016.ic-03)

Secção I

Investigação Científica*

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

O(s) Juiz(es) legiferante(s)!? – Os bancos (credores hipotecários) que se cuidem! Legislators judges ? - Banks (mortgage lenders) that take care!

Manuel António Gonçalves REBELO
Márcio Ricardo Ferreira FERNANDES¹

Resumo

A comunidade jurídica foi apanhada de surpresa quando, contrariando a habitual tendência jurisprudencial, o Tribunal Judicial de Portalegre, num processo de inventário em consequência de um divórcio, decidiu que a adjudicação do imóvel habitacional ao credor hipotecário (Banco) extinguiu, por se entender liquidada a dívida com a entrega do imóvel, o remanescente da dívida decorrente do contrato de crédito que financiou a aquisição da habitação.

Palavras-chave

Crise Mundial / Contrato de Mútuo / Garantias / Execução / Sentença de Portalegre

O juiz não é nomeado para fazer favores com a justiça, mas para julgar segundo as leis (Platão)

Abstrat

The legal community was taken by surprise when, contrary to the usual trend of jurisprudence, the Judicial Court of Portalegre, in an inventory process as a result of a divorce, decided that the adjudication of the housing property to the

¹ Alunos do Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas, da Universidade do Minho - Escola de Direito.

mortgagee (Bank) extinguished, because it is understood settled the debt with the property is handed over, the remaining debt due to the loan agreement that financed the acquisition of the house

Keywords

Global Crisis / Loan Contract / Guarantees / Execution / Portalegre Sentence

The judge is not appointed to do favors for justice, but to judge according to the law (Platão)

1. Crise mundial: origens e derivações

A atual crise mundial – “a maior crise de que há suficientemente memória viva”² – é o resultado de muitos excessos cometidos no passado não muito longínquo. Ainda que os nossos intentos problemáticos não sejam as causas e origem da atual crise financeira, é certo que podemos e devemos fazer um enquadramento sinóptico acerca da mesma.

Publicita GEORGE SOROS³: a estação televisiva *BBC News*, corria o mês de Agosto de 2007, noticiava⁴ que os bancos centrais tiveram a necessidade de intervir nos de molde a injetar liquidez massiva⁵ no sistema bancário por forma a evitar o seu colapso. A crise foi lenta e, segundo GEORGE SOROS, podia ter sido prevista com vários anos de antecedência. Terá tido as suas origens com o rebentar da bolha da *Internet* (finais de 2000). Nessa altura, a FED (Reserva Federal norte-americana, uma espécie de Banco Central e que regula a política monetária) reagiu cortando as taxas de juro. Poucos meses depois, dá-se o inolvidável ataque de 11 de Setembro⁶ com consequências

² VÍTOR BENTO, *Economia, Moral e Política*, Fundação Francisco Manuela dos Santos, Relógios D'Água Editores, 2011, p. 89. O ilustre autor dá-nos um excelente e desapaixonado retrato da, palavras do mesmo, “loucura coletiva” que originou a presente crise financeira internacional, iniciada do outro lado do Atlântico (EUA) e com violenta propagação para todo o mundo, em especial o velho continente, a Europa, *ob. cit.*, pp. 89 ss.

³ Vamos seguir bem de perto a visita-guiada à crise dada por um *guru* dos mercados financeiros: GEORGE SOROS, *O Novo Paradigma dos Mercados Financeiros – A Crise Financeiras de 2008 e o Seu Significado*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 15 ss.

⁴ BBC News, “Timeline Sub-prime losses: How Did the Sub-Prime Crisis Unfold?”, disp. em <http://news.bbc.co.uk/1/7096845.st> [consultado em 23.05.2015].

⁵ O pacote de salvação de Paulson (à data, Secretário de Estado as Finanças americano) foi de 700 mil milhões de dólares!!!, *últ. ob. cit.* p. 243.

⁶ Para os americanos conhecido como o ataque “*nine-eleven*”, com a terrível associação – e não coincidência – ao número 911 – número de serviço telefónico de emergência norte-

devastadoras para a economia norte-americana. A FED volta a reagir, cortando as taxas de juro... até atingir 1% em Julho de 2003. De resto, foi a taxa de juro mais baixa dos últimos 50 anos, e assim permaneceu durante um ano. Os subsequentes 31 meses conheceram, ineditamente, taxas de juro negativas⁷ (!).

MENEZES CORDEIRO⁸ aponta-nos outros elementos que, juntamente com o “*nine-eleven*”, fizeram despoletar a crise: (i) os escândalos da *Enron*⁹ (2001) e da *Worldcom*¹⁰ (2002) que criaram, primeiro no plano financeiro, um *crash* bolsista e, depois no plano económico e social, um devaste de 2 000 000 (!) de postos de trabalho e (ii) o crédito hipotecário – *subprime*¹¹ – “empréstimos imobiliários [concedidos] a famílias de escassos recursos”¹² e, pior, sem garantias idóneas. Ora, dinheiro barato (o seu custo, melhor dizendo) durante muito tempo originou uma bolha imobiliária – “uma explosão de aquisições [de imóveis *et al*] com recurso a dívidas”¹³ – que fez crescer o mercado imobiliário em 50%. E a bolha (imobiliária) foi crescendo...¹⁴

americano. O acontecimento foi de tal forma marcante que muitos pensadores contemporâneos (*vide* neste sentido NOAM CHOMSKY, *Propaganda e Opinião Pública*, 2ª ed., Campo da Comunicação, 2003, *passim*) defendem o esgotamento e o fim da Idade Contemporânea com o ataque de 11 de Setembro. Somos de facto levados a pensar que, a partir dessa data, o curso da história mudou; talvez o mundo se quadre noutra fase historiográfica – pós-modernidade/pós-contemporaneidade, talvez!?

⁷ Nos dias que passam, designadamente na zona Euro, o fenómeno das taxas de juro negativas não é tão esdrúxulo quanto parecia àquela data.

⁸ MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 133.

⁹ Gigante norte-americano da área da energia que faliu em 2001 por fraude fiscal e contabilística.

¹⁰ Gigante das telecomunicações norte-americana que faliu em 2002 por fraude fiscal e contabilística.

¹¹ Posteriormente, como consequência da míngua dos recursos financeiros disponíveis das famílias, a crise atingiu também as hipotecas (*mortgage prime*, conforme resultou da Comissão de Inquérito às Causas da Crise Económica e Financeira nos EUA, *apud* CÂMARA, CARLA INÊS BRÁS, *A Aquisição da Propriedade do Bem Hipotecado Pelo Credor e a Questão da Satisfação (Integral ou Parcial) do Crédito*, AAVV in *Estudos em Homenagem ao Professor Dr. LEBRE DE FREITAS*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 647.

¹² MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário...*, p. 135. O sector bancário foi severamente atingindo! Sólidos bancos caíram em dominó – *Merrill Lynch, Bera Stearns, Wachovia, Washington Mutual*; e nacionalizações salvíficas – *AIG, Fannie Mae, Freddie Mac*(EUA); e, na Europa, *Dexia e Fortis*.

¹³ GEORGE SOROS, *O Novo Paradigma...*, p. 18. O A. avisa-nos: quando o dinheiro é barato, o financiador vai emprestar dinheiro a tudo e todos, aligeirando as garantias e exigências (foi o caso do crédito hipotecário) e inventando engenhosas formas de estimular os negócios.

¹⁴ O CEO do *Citibank*, Chuck Prince, jubilava: “[q]uando a música parar em termos de liquidez, as coisas ficarão complicadas. Mas desde que a música continue a tocar, temos de nos levantar e dançar.”, *últ. ob. cit.* p. 145. Outra expressão muito famosa à altura pertence a WARREN BUFFET: “Quando a maré baixar, ver-se-á quem está sem calções”, ou seja, uma espécie resumo dos tempos de abundância irreal: toda a gente vivia acima das possibilidades – com crédito fácil e barato.

A machadada final, após sucessivos agravamentos da crise financeira, veio na segunda-feira, 15 de Setembro de 2008 – a falência do *Lehman Brothers*¹⁵ e que fez ruir o sistema financeiro mundial. Hoje os *experts* consideram que foi um erro de palmatória ter deixado cair o *Lehman Brothers*, porquanto, doravante, desapareceu a (já de si pouca!) confiança dos investidores¹⁶. Isto levou a um desaparecimento do mercado interbancário – trocas de liquidez entre os operadores bancários – que originaram: quebras de confiança – quebra de consumo – despedimentos maciços – falências – mais despedimentos – mais falências – espiral recessiva – e, para aquilo que nos detemos – *incumprimentos, em massa, dos pagamentos do crédito habitação*. Enfim, foi a crise do *subprime*¹⁷.

Expostos que foram – sucintamente – os contornos da presente crise¹⁸, primeiro financeira, depois, económica e social e, por fim, política, somos levados a concluir que tudo mudou!... Talvez estejamos a assistir a uma mudança de paradigma sócio-económico-político. Talvez não! O que é certo é que não temos mandato para aprofundar estas derivas...

2. Contrato de Mútuo

2.1. Mútuo Civil

O mútuo civil¹⁹ é um contrato *nominado* e *típico*, que vem regulado nos arts. 1142.º ss CC, onde é definido como o contrato “*pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade*”. Como bem ensina CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA²⁰, pode-se definir o mútuo como sendo o

¹⁵ GEORGE SOROS, *O Novo Paradigma...*, p. 242.

¹⁶ MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário...*, p. 136.

¹⁷ Acerca da crise do *subprime* vide a este respeito MENEZES CORDEIRO, *Direito bancário...*, pp. 140 ss.

¹⁸ A Crise poderá significar: “o momento de ruptura no funcionamento de um sistema, uma mutação qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, uma reviravolta imprevisível e frequentemente violenta, não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem os interesses no seio do sistema considerado” (BOBBIO, NORBET, *et al*, *Dizionario di Política*, UTET; Turim, 2004), *cit apud* CÂMARA, CARLA INÊS BRÁS, *A Aquisição da...*, pp. 647e 648.

¹⁹ “Na origem do mútuo encontramos relações de solidariedade e de convívio humano”, em que aquele que possuísse maior excedente de bens cedia-o a quem na altura estivesse mais necessitado *apud* MENEZES CORDEIRO, *Manual Direito...*, p. 662.

²⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 138.

“contrato oneroso pelo qual o mutuante entrega, ou se obriga a entregar, ao mutuário uma determinada quantia em dinheiro, obrigando-se o mutuário a pagar o capital e os juros”, e, para além desses efeitos obrigacionais, “o contrato de mútuo desencadeia com a entrega [do dinheiro ou outra coisa fungível] a transmissão do direito sobre a coisa mutuada”, nos termos do art. 1144º CC²¹. O mútuo caracteriza-se quanto ao *objeto* – dinheiro ou outra coisa fungível –, distinguindo-o de outros contratos, designadamente o contrato de comodato²².

Uma outra característica do mútuo, e muito relevante, é que a *conclusão* do mesmo não assenta apenas no princípio *pacta sunt servanda*, assim para que o contrato de mútuo produza efeitos tem de ser entregue a coisa mutuada, daí ser considerado um contrato *real quod constitutionem*²³.

Contudo, preconiza MENEZES LEITÃO²⁴, a tradição da coisa significa a *disponibilidade jurídica* da mesma, não tem de haver, necessariamente, a tradição material da mesma.

Uma última nota que queremos deixar a este respeito tem que ver com a restituição do *tantundem*, ou seja, o mutuário fica obrigado a restituir coisa de igual *género, qualidade e quantidade*, acrescida de juros no caso do mútuo oneroso. E correndo por conta do mutuário o risco de perecimento da coisa, este não se exonera da obrigação da sua restituição²⁵.

2.2. Mútuo Mercantil

O mútuo diz-se mercantil (ou mútuo comercial) quando se presta a um qualquer ato de comércio, assim dispõem o art. 394º do CCom. Temos, portanto um ato de comércio para efeitos do art. 2º do CCom, por via da *teoria do acessório*²⁶. Como bem nos elucida MENEZES CORDEIRO, a natureza mercantil do empréstimo não depende da estipulação do fim da coisa mutuada,

²¹ *Ibidem*, p. 138. No mesmo diapasão, MENEZES CORDEIRO (*ult. ob. cit.*, p. 664) afirma que celebrado o contrato e entregue a coisa ao mutuário, este torna-se proprietário do mesmo, nos termos do 1144ºCC.

²² “Comodato é o contrato gratuito pelo qual uma das partes entrega à outra certa coisa, móvel ou imóvel, para que se servia dela, com a obrigação de a restituir”, cfr. art. 1129º CC.

²³ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito bancário...* p. 662.

²⁴ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Vol III – Garantias em especial*, 7ª ed., Almedina, 2010, p. 394.

²⁵ O mutuário não pode invocar a impossibilidade superveniente objectiva da sua obrigação, *vide* art. 1149º CC.

²⁶ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário...*, p. 665.

“o destino mercantil será, assim, um mero facto jurídico, na disponibilidade do mutuário, dono da coisa”²⁷.

A natureza comercial do contrato de mútuo releva fundamentalmente por duas razões: uma diz respeito à *onerosidade* do contrato – o mútuo é sempre retribuído²⁸; a outra diz respeito à *liberdade de prova*, no sentido das partes poderem lançar mão de todos os meios para provar as formalidades. Não faria sentido sujeitar o mútuo mercantil a formalidades muito exigentes, sob pena de contrariar o fim último do Direito Comercial e aquilo que o melhor caracteriza – *proteção eficaz do crédito; rapidez na conclusão dos contratos; transmissão de créditos sem obstáculos com a manutenção da eficácia creditícia; promoção da segurança nas transmissões num curto espaço temporal*²⁹.

2.3. Mútuo bancário

O mútuo bancário³⁰ encerra grande importância para o presente artigo. O mútuo bancário, nos termos do art. 362º do CCom, consubstancia-se numa operação bancária, i.e., “todas as operações de bancos tendentes a realizar lucros sobre numerário, fundos públicos ou títulos negociáveis, e em especial as de câmbio, os arbítrios, os empréstimos, descontos, cobranças, aberturas de crédito, emissão e circulação de notas ou títulos fiduciários pagáveis à vista e ao portador”. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA dilucida-nos que “é o mais frequente [mais conhecido] subtipo do mútuo oneroso de dinheiro”³¹.

Recorrendo ao labor de ENGRÁCIA ANTUNES, o contrato bancário é “o contrato pelo qual o banco (mutuante) entrega ou se obriga a entregar uma determinada quantia em dinheiro ao cliente (mutuário), ficando este obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade (*tantundem*), acrescido dos respetivos juros”³². Uma outra particularidade do mútuo bancário obedecer

²⁷ *Ibidem*, p. 665.

²⁸ Cfr. art.395º CCom.

²⁹ Cfr. art. 396º CCom.

³⁰ Com as mais diversas designações idiomáticas: *bank loan, Darlehensvertrag, prêt bancaire, prestamos bancário*, apud ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 497.

³¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, p. 138.

³² ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais...* p. 498.

a uma forma *aligeirada* para a sua constituição, conforme se dispõem no Art. Único do Decreto-lei 32.765, de 29 de Abril de 1943³³.

Ao mútuo bancário em geral, aplicam-se as regras específicas do DL n.º 344/78, de 17 de Novembro, com as alterações sucessivamente introduzidas pelos Decretos-Lei ns. 83/86, de 6 de Maio, e 204/87, de 16 de Maio.

Tal como preconiza MENEZES CORDEIRO, “o mútuo bancário tem, ainda, a particularidade importante de ser um *mútuo de escopo*, isto é: um mútuo no qual, contratualmente, o mutuário fica adstrito a dar um *determinado destino* à importância mutuada”³⁴, é portanto um escopo, geralmente, convencionado. A lei consagra regimes específicos de mútuos de escopo, sendo que o mais relevante para nós, é o que resulta do Decreto-lei nº 349/98, relativo ao *crédito à habitação* (objeto de diversas alterações).

Parece-nos ainda pertinente anotar que o contrato de mútuo de escopo não implica a descaracterização do contrato, ou seja, as características *supra* mencionadas mantêm-se³⁵.

Quanto à *extinção do mútuo*, pode acontecer antecipadamente – perda do benefício do prazo – quando o mutuário se torna insolvente, ou deixa de prestar garantias³⁶; quando a restituição da quantia seja em prestações e o mutuário não cumpre uma prestação – havendo a antecipação da exigibilidade de todas as prestações³⁷; assim como no caso de incumprimento, pelo mutuário, da obrigação de pagamento de juros no mútuo oneroso³⁸ e de afetação da quantia a fins diversos daqueles a que se destinava (o mútuo de escopo).

A extinção antecipada do mútuo, motivada pelo mutuante, não faz vencer juros. A antecipação, antes do termo do prazo, parece-se justificar pela perda da confiança que se produz no credor, relativamente ao (in)cumprimento, pela falta de realização de uma das prestações ou pela falta de garantias que as caucione ou para uso da coisa mutuada para fim diverso do convencionado.

³³ “Os contratos de mútuo ou usura, seja qual for o seu valor, quando feitos por estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular, ainda mesmo que a outra parte contratante não seja comerciante”, *apud* MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário...*, p. 674.

³⁴ MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário...*, p. 677.

³⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, p. 425.

³⁶ Cfr. art. 780º CC.

³⁷ Cfr. art. 781º do CC.

³⁸ Cfr. art. 1150º CC.

A perda do benefício do prazo “não conduz ao vencimento antecipado de prestações de juros, pois o que passa a ser imediatamente exigível, com a falta de pagamento de uma das prestações, pela perda do benefício do prazo, são todas as frações da dívida única parcelada (o capital), não podendo os suplementos de juros, incluídos nas prestações de capital cujo vencimento é antecipado, ser exigidos como juros remuneratórios, por não poderem ser calculados em proporção de um tempo decorrido, por não corresponderem a um tempo efetivamente gasto”³⁹.

3. Garantias: noção funcional

MENEZES CORDEIRO afirma categoricamente que “[o] risco nas obrigações pode ser controlado, minimizado ou, no limite, suprimido, através de garantias”⁴⁰, ou seja, devem ser criados esquemas destinados a enfrentar o risco – por forma a cumprir escrupulosamente as obrigações⁴¹. Temos por incontestável que “o inadimplemento de uma obrigação confere ao respetivo credor o direito de agredir o património do devedor”⁴². Trata-se de uma possibilidade, que *todos* os credores dispõem, pois, à partida, estão em pé de igualdade, vigorando o princípio *par conditio creditorum*, consagrado no art. 604º do CC.

Em caso de incumprimento de uma obrigação, o credor pode atacar todos⁴³ os bens do devedor, suscetíveis de penhora, para satisfazer o seu crédito⁴⁴. Porém, esta condição geral é transversal a todos os credores, a não ser que haja uma *garantia especial*, que assegure “de modo particular o cumprimento das obrigações”⁴⁵.

³⁹ Acórdão do STJ 7/10/2004, Faria Antunes, disponível em www.dgsi.pt, [consultado em 21/5/2015].

⁴⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil X – Direito das Obrigações – Garantias*, Almedina Coimbra, 2015, p. 35.

⁴¹ *Ibidem*, p. 35.

⁴² ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 11ª ed., Almedina, 2008, p. 843.

⁴³ A responsabilidade ilimitada do devedor comporta limitações legais, previstas no art. 601º do CC, no qual se enquadram os regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios; para mais desenvolvimentos Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito...*, pp. 845 ss.

⁴⁴ Cfr. art. 601º do CC.

⁴⁵ ALMEIDA COSTA, *Direito...*, p. 844.

Frequentemente as garantias gerais do devedor vão variando com o tempo, um risco relevante para o credor, o qual evita correr. Assim, a tutela dos seus créditos passa quase sempre pela constituição de garantias especiais.

3.1. Garantias Especiais

Numa curta tacada, as garantias especiais dividem-se em *personais* e *reais*: “através das *garantias pessoais* o credor adquire o direito de executar o património de um terceiro; através das *garantias reais*, o credor adquire o direito de se fazer pagar com preferência sobre os credores comuns, pelo valor ou pelos rendimentos dos bens do devedor ou de terceiro”⁴⁶.

3.1.2. Hipoteca

A hipoteca consiste numa *garantia especial real*, uma vez que dela resulta para o credor hipotecário a constituição de um *direito real de garantia* sobre os bens hipotecados, nos termos do qual ele adquire o direito de se fazer pagar preferencialmente pelo produto da venda destes mesmos bens.

Quanto ao *objeto* da hipoteca, esta incide sobre bens imóveis ou móveis sujeitos a registo. A hipoteca deve ser registada sobre pena de insuficiência, inclusive em relação às partes (art. 687º CC) ou mesmo inexistente (art. 704º e 710º do CC)⁴⁷.

Ao contrário do penhor, o bem hipotecado não é *desapossado* do autor da garantia, segundo advoga ALMEIDA COSTA, esta característica resulta do facto dos bens sobre que recaem não poderem ser facilmente ocultados ou sonogados⁴⁸.

Uma outra nota caracterizadora da hipoteca é *acessoriedade*: extingue-se com o cumprimento da obrigação. Ao invés, se o devedor incumprir a sua obrigação, o beneficiário da hipoteca pode satisfazer o seu crédito com o produto obtido pela venda, em processo executivo, do bem penhorado, tendo *preferência* sobre os credores comuns. Assim, e como ensina ISABEL MENÉRES

⁴⁶ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direitos dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 97.

⁴⁷ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*..., p. 938.

⁴⁸ *Últ. ob. cit.*, p. 939.

CAMPOS, “[a] função da hipoteca é, justamente, tornar mais segura a tutela do crédito, reforçando a garantia genérica que representa todo o património do devedor, sendo uma figura que atua sobretudo na fase de execução da dívida”⁴⁹.

A nossa lei⁵⁰ prevê hipotecas de três tipos, consoante os respetivos títulos de constituição, assim vislumbramos: (i) as hipotecas *legais* – resultam imediatamente da lei, sem que seja necessário a vontade das partes (art. 704 do CC); (ii) as hipotecas *judiciais*⁵¹ – tem como fundamento uma decisão judicial (art.710º do CC); e (iii) as hipotecas *voluntárias* – que nascem de *contratos* ou *negócios* jurídicos unilaterais (art.712 do CC).

Das três espécies enumeradas a que nos mais interessa é a hipoteca *voluntária*, não só por ser a mais comum, mas também por nascer ou de um negócio jurídico unilateral ou de um contrato⁵². Pelo seu relevo prático e pela importância que desempenha neste escrito, dedicamos-lhe algumas linhas.

Quando a hipoteca *voluntária* recair sobre imóveis exige-se que a sua constituição ou modificação se realize mediante escritura pública, testamento ou documento particular autenticado⁵³. A hipoteca pode ser constituída pelo devedor ou por terceiro (art.717º CC), contudo nos negócios jurídico de oneração de bens, só tem legitimidade para a constituição da hipoteca quem tiver poder de disposição sobre os bens⁵⁴. A existência de hipoteca sobre um determinado bem não impede que sobre esse mesmo bem seja constituída uma segunda hipoteca⁵⁵.

A hipoteca assegura o crédito, mas também seus *acessórios* que constem do registo: os juros, as despesas de registo e constituição da hipoteca e a cláusula penal (art. 96.º, nº 1, a) CRPre.). No caso dos juros, e salvo cláusula em contrário, a hipoteca apenas abrange os juros relativos a três

⁴⁹ ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da Hipoteca – Caracterização, Constituição e Efeitos*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 86.

⁵⁰ Cfr. art. 703º do CC.

⁵¹ Alguma doutrina entende que a hipoteca judicial tem a sua fonte na lei. Ao contrário do que o nome sugere, estas não se constituem por sentenças, o que acontece é que a “sua constituição, por iniciativa do credor com moldes similares aos das hipotecas legais, resulta do mero facto de ser proferida uma sentença – ainda que não transitada em julgado – que condene alguém numa prestação”, assim RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 2ªed., Principia, 2007, p. 219.

⁵² Cfr. art. 712.º CC.

⁵³ Cfr.art. 714.º CC.

⁵⁴ Cfr. art. 715º CC.

⁵⁵ Cfr. Art. 713º CC.

anos. No entanto, é possível o registo de nova hipoteca relativamente aos juros em dívida que excedam os referidos três anos (art. 693.º, nº3 CC).

Um outro aspeto da hipoteca voluntária, que pretendemos destacar, é a proibição do *pacto comissório*. Esta questão merece da nossa parte algum ênfase, pois as respostas que procuramos dependem de uma reflexão séria e adequada sobre esta “regra sábia e experimentada, firme na cultura [jurídica] do Ocidente há mais de dezassete séculos e que não pode ser tratada displicentemente”⁵⁶.

3.1.2.1. A hipoteca como garantia adequada para caucionar o crédito à habitação?

Prescreve o artigo 23.º, nº1 do Decreto-lei 349/98, de 11 de Novembro, que “[o]s empréstimos serão garantidos por hipoteca da habitação adquirida, construída ou objeto de obras financiadas, incluindo o terreno”. A redação da norma pode suscitar as mais diversas questões dogmáticas, designadamente a sua razão de ser, o seu fundamento, enfim, o seu espírito.

Prima facie, e o aspeto que nos causa maior inquietação, é a aparente exclusão da Liberdade Negocial num ramo de Direito que assume este preceito axiológico como trave mestra e orientadora da sua disciplina.

Face ao atual estado das coisas, interpretar qualquer operação bancária exclusivamente à luz dos axiomas do Direito Comercial é desadequado. De facto, por estes dias, o Direito Bancário assume tamanha autonomia face ao Direito Comercial, que nos leva a crer que é um ramo de Direito independente, e com disciplina própria, apesar de alguns aspetos comuns.

Concentrando-nos na redação do artigo 23.º, nº1 do DL 349/98, de 11/11 e na nossa “inquietação”, perguntamo-nos qual a justificação para, aparentemente, o legislador optar pela exclusão da liberdade contratual, num ramo de direito cuja autonomia privada continua a assumir um papel relevante?

Com um olhar mais atento sobre o regime das garantias para efeitos de concessão de crédito à habitação, podemos notar que não existe uma verdadeira exclusão da autonomia privada na constituição de caução

⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil X...*, p. 762.

especial⁵⁷. Para acautelar os contratos de crédito à habitação, a lei confere às partes a possibilidade de constituir hipoteca sobre outro bem, penhor de títulos financeiros ou mesmo outra garantia considerada idónea face ao risco do empréstimo⁵⁸, ou ainda a possibilidade das partes sujeitarem o contrato de empréstimo ao *regime especial de garantia* previsto no artigo 23.º-A do DL 349/98, de 11 de Novembro.

Da breve perscruta sobre o regime em causa, não podemos dizer que há uma exclusão da autonomia privada, mas também não podemos dizer que contínua “imaculada”, pois há uma indubitável restrição à liberdade contratual das partes que, das possibilidades oferecidas pelo legislador, podem escolher aquela que melhor se adequa às circunstâncias do contrato. Porém, a garantia mais adequada, e por isso a “preferida” do legislador, é a hipoteca sobre o prédio adquirido, contruído ou objeto de obras.

Na senda de AFONSO PATRÃO⁵⁹, a hipoteca surge, neste campo, com importância capital e por isso impreterível, só excecionalmente, assim, e conforme aventou VAZ SERRA⁶⁰, outrora, a hipoteca está direta e irremediavelmente ligada ao problema do *crédito imobiliário*.

Não há dúvida que a hipoteca sobre o imóvel adquirido ou contruído, por forma a caucionar o *empréstimo* que lhe subjaz, promoveu um desenvolvimento socioeconómico “perverso”, aliás, como já tivemos oportunidade de ver – *Vide*, “Crise Mundial: Origens e derivações”.

A hipoteca, no setor imobiliário, encerra inegáveis vantagens, basta pensar nos efeitos de *sequela*, que caracteriza os direitos reais e perceber que o credor tem o seu crédito relativamente salvaguardado. Por outro lado o devedor tem maior facilidade de adquirir habitação própria, porquanto o credor tem maior controlo do capital mutuado e maior previsibilidade dos riscos inerentes a esse empréstimo. Além do mais, os Bancos ainda logram de um fator psicológico: a relevância socio-cultural da habitação própria para a generalidade dos portugueses, que fazem por cumprir todas as obrigações

⁵⁷ Cfr. AFONSO PATRÃO, “Os Contratos De Financiamento Imobiliário No Direito Português”, in Alexandre Guerra (coord.), Marcelo Benacchio (coord.), *Direito Imobiliário Brasileiro – Novas Fronteiras Na Legalidade Constitucional*, 1ª Ed., Quartier Latin, 2011, p. 307.

⁵⁸ Cfr. nº3, do art. 23º do DL 349/98, de 11 de Novembro.

⁵⁹ AFONSO PATRÃO, “Os Contratos De Financiamento Imobiliário No Direito Português”...*ob.cit.*, p. 308

⁶⁰ VAZ SERRA, Hipoteca, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 62, 1957, p. 5, *cit apud* . AFONSO PATRÃO, “Os Contratos De Financiamento Imobiliário No Direito Português”..., p.308

emergentes do contrato de crédito à habitação para evitar a execução da hipoteca.

A despeito de tudo o que se disse, e dando resposta a este mote, a *hipoteca* é a garantia de proeminência para caucionar este contrato de mutuo, contudo, é insuficiente⁶¹ face às necessidades do sistema financeiro, que carece de dinheiro - para gerar liquidez e funcionar - e muitas das vezes a execução da hipoteca não garante esse desiderato.

Assim, auguramos que no Direito Bancário, e em particular no crédito à habitação, haverá uma restrição cada vez maior da liberdade contratual, e com requisitos de concessão de crédito mais exigentes, onde a hipoteca deixará de ter a relevância de antes. Contudo não vislumbramos os credores imobiliários a abdicarem desta garantia, sobretudo pelas suas características enquanto *direito real de garantia*.

3.1.2.2. Proibição do pacto comissório

Como bem aponta HENRIQUE MESQUITA, “o poder que o titular da garantia dispõem é, tão-somente, o de desencadear a venda judicial da coisa [...] não é, por isso, inteiramente exato [...] o entendimento que os direitos reais de garantia atribuem ao titular o poder de dispor da coisa sobre que incidem”⁶². Assim, a convenção mediante a qual o credor faz sua a coisa hipotecada, em caso de incumprimento, é *nula*⁶³. Esta consequência reflete óbvias preocupações para com o devedor, evitando eventuais abusos do credor perante o incumprimento do devedor.

Nada resta ao credor hipotecário, perante incumprimento do devedor, senão promover a venda judicial do bem. Coisa diversa é se a obrigação se extingue mediante dação em cumprimento, nos termos do arts. 837º ss CC.

A teleologia da norma é inquestionável, e para os mais esquecidos fazemos questão relembrar, assim como foi feito no acórdão do STJ de 21/12/2005: «A "ratio" da proibição do predito pacto é plúrima, complexa,

⁶¹ Que de resto é uma preocupação comum na União Europeia, cuja atos legislativos tem refletido a ideia de que a hipoteca por si, não representa uma garantia completa para caucionar os *créditos à habitação*, exigindo, por exemplo, que seja feita uma avaliação de solvabilidade antes da concessão de crédito, *Vide*, art. 1º (entre outros) da Diretiva 2014/17/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Fevereiro de 2014.

⁶² HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais e Ónus Reais*, Almedina, 2000, p. 77.

⁶³ Cfr. art. 694º CC.

relevando, concomitantemente, o propósito de proteger o devedor da possível extorsão do credor e a necessidade, correspondente a um interesse geral do tráfico, de não serem iludidas as "regras do jogo" através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, fora das vias objetivas em que repousa a bondade das exceções ao princípio "par conditio creditorum"»⁶⁴.

3.1.2.3. Extinção da hipoteca

Para além das causas resultantes dos princípios gerais, designadamente o decurso do prazo convencionado ou a verificação de uma condição resolutive aposta à garantia⁶⁵, o art. 730º CC, identifica algumas *causas de extinção* da hipoteca. A al. a) prevê que a hipoteca se extingue com a extinção da obrigação garantida – uma causa de extinção *indireta*. Por sua vez, as restantes alíneas consagram formas *diretas* de extinção de hipoteca: a al. b) – prevê a prescrição da hipoteca a favor do terceiro adquirente do prédio hipotecado decorridos 20 anos sobre o registo da aquisição e 5 sobre o vencimento da obrigação; a al. c) – o *pericimento* da coisa hipotecada, salvo dispostos nos arts. 692º e 701º; al. d) – pela *renúncia* do credor.

Verificada alguma das situações de extinção acima referidas, o interessado deve promover o cancelamento da hipoteca nos termos dos arts. 56º e 57º do CRPred.

3.1.2.4. Execução da hipoteca

ISABEL MENÉRES CAMPOS, doutamente, ilumina-nos: “[a] execução é o meio comum de o credor [hipotecário, *in casu*] obter coativamente a satisfação do seu direito, de acordo com o disposto no art. 817º CC⁶⁶.

Sendo o credor hipotecário possuidor de um título executivo, nos termos do art.10º, nº 3 do CPC, e a obrigação preencher os requisitos da *exequibilidade interna* – certa, líquida, exigível⁶⁷ –, pode o credor lançar mão de

⁶⁴ JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, 2000, p. 92 a 94, *cit apud* Acórdão do STJ, 21/12/2005, Pereira da Silva, disponível em www.dgsi.pt, [consultado em 19/5/2015].

⁶⁵ Vide ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, p. 957.

⁶⁶ ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da Hipoteca...*, p. 196. A A. lembra-nos o *iter* da execução: (i) a penhora; (ii) a venda judicial dos bens penhorados; e (iii) o consequente pagamento aos credores com o produto da venda judicial.

⁶⁷ Cfr. arts. 713º a 716º do CPC 2013.

uma ação executiva para o cumprimento da obrigação – frequentemente obrigações de natureza pecuniária.

Com efeito, e relembando HENRIQUE MESQUITA⁶⁸, o credor hipotecário tem apenas direito a ver o seu crédito satisfeito com prioridade em relação aos demais credores comuns, não podendo em caso algum dispor do bem objeto da hipoteca. Esta imposição processual, ao lado da proibição de pacto comissório, visa – relembremos! – *proteger* o devedor de eventuais abusos do credor.

Nesta senda, o credor hipotecário verá, em princípio, satisfeito o seu crédito em primeiro lugar, pelo produto da venda do bem hipotecado, sem prejuízo de haver algum privilégio imobiliário especial ou direito de retenção (art. 759º, nº 2).

II.

1. Sentença de Portalegre: a surpresa geral

Teve enorme divulgação mediática a decisão do Tribunal Judicial de Portalegre⁶⁹, que *contrariou a tendência jurisprudencial* em situações similares. Esta dizia respeito a um processo de inventário, em consequência de um divórcio, em que o tribunal decidiu que a adjudicação do bem, *in casu* a casa de morada de família, extinguiu a dívida ao banco. A sentença, que não entusiasma os bancos, quando foi transmitida pelos meios de comunicação social já havia transitado em julgado⁷⁰. Sendo certo que a mesma sentença, que não faz jurisprudência⁷¹, foi imediatamente associada a outros casos ocorridos nos tribunais espanhóis e que lhe serviram de inspiração.

⁶⁸ HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais...*, pp. 76 e 77.

⁶⁹ Disponível em: http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/tribunalportalegre_creditohipotecario.pdf [consultado em 19.05.2015].

⁷⁰ Envidamos, sem sucesso, todos os esforços no sentido de conhecer a razão da não interposição de recurso por parte do credor hipotecário.

⁷¹ “[A] decisão que o tribunal profere possui pura eficácia *concreta*, no sentido de que só é obrigatória para as partes que intervêm no litígio. O tribunal formula a sentença, com ela dá ao litígio uma solução que a partes têm de acatar, mas há aqui um puro comando *individual – sem projeção no futuro*” *apud* INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11ª ed., 2001, p. 142. Aprendemos nas primeiras aulas de Introdução ao Direito que para formar jurisprudência teria de chegar ao STJ e, mesmo assim, só existindo vários acórdãos contraditórios é que o STJ poderia tomar uma decisão com *força geral obrigatória* – através de um acórdão de uniformização de jurisprudência.

2. Jurisprudência espanhola

Antes de nos debruçarmos sobre o panorama nacional, temos de dar dois passos atrás: no enalce dos casos ocorridos na vizinha Espanha e que, reflexamente, influenciaram a pena do juiz de Portalegre⁷².

Com efeito, Espanha tem uma *Ley Hipotecaria*^{73 74} que prevê a não alteração da responsabilidade do devedor e, cumulativamente, o art. 579º da lei do processo civil espanhol⁷⁵ que prevê que se o produto da execução dos bens penhorados não for suficiente para cobrir o crédito, a execução prosseguirá sobre outros bens do devedor ou terceiros garantes. Porém, muitas foram as sentenças judiciais que fizeram da lei letra morta⁷⁶, ao jeito de uma espécie ativismo judicativo.

Faremos, com efeito, um breve apanhado dessas decisões⁷⁷:

(i) Decisão da *Sección Segunda da Audiencia de Navarra*, de 17.12.2010: um Banco havia interposto uma execução hipotecária em virtude da concessão de um empréstimo de €59 390, posteriormente aumentado em mais €11 865 para um imóvel habitacional. Obedecidos os trâmites legais, e sem que aparecessem interessados, o Banco consegue que o imóvel lhe seja

⁷² Tanto quanto nos é dado saber, existiam, à data, sete decisões similares desfavoráveis ao credor hipotecário em Portugal, *in* Boletim da Ordem dos Advogados disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B66a162c9-0a85-458f-8b01-0b33b8648038%7D.PDF>.

⁷³ Seguiremos a *pari passu* os apontamentos de MENEZES LEITÃO, *O Impacto da Crise Financeira no Regime do Crédito à Habitação*, AAVV, I Congresso de Direito Bancário (coord.) Luís Pestana Vasconcelos, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 11 ss.

⁷⁴ Artigo 105º *Ley Hipotecaria*: “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil”, disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453> [consultado em 23.05.2015].

⁷⁵ O artigo 579º, nº 1, *in fine*, da *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevê: “[...] Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”, disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323> [consultado em 23.05.2015].

⁷⁶ Com uma profundidade digna realce sobre as decisões espanholas *vide* GUILLERMO OROZCO PARDO / JOSE LUIS PEREZ SERRABOANA GONZÁLEZ, *Problemática de la Ejecución Hipotecaria en el Contexto de la Crisis Financiera*, AAVV, *Liber Amicorum* Mário Frota, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 227 ss, assim como: CARLA INÊS BRÁS CÂMARA, *A Aquisição da Propriedade do Bem Hipotecado Pelo Credor e a Questão da Satisfação (Integral ou Parcial) do Crédito*, AAVV in *Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 697 ss.

⁷⁷ *Vide* também, decalcadamente: CARLA INÊS BRÁS CÂMARA, *A Aquisição da Propriedade do Bem Hipotecado Pelo Credor e a Questão da Satisfação (Integral ou Parcial) do Crédito*, AAVV in *Estudos em Homenagem ao Professor Dr. LEBRE DE FREITAS*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 697 ss.

adjudicado por €42 438. Não satisfeito, o Banco requer a continuação da execução até ao montante global do crédito. O “martelo” do tribunal *indefere* a continuação da execução (salvo juros e custas). A decisão veio a ser confirmada pelo tribunal superior com a fundamentação de que a desvalorização dos imóveis era da responsabilidade das entidades bancárias e, nessa medida, a prossecução da execução pelo Banco era um abuso de direito;

(ii) Na esteira da decisão de Navarra, seguiu-se a decisão do *Juzgado de Primera Instancia 44 de Barcelona*, donde resultou uma *improcedência* sobre a continuação da execução sobre o remanescente da dívida de um devedor que havia mutuado €312 500 para a compra de um imóvel, entretanto adjudicado por €156 250 pelo mesmo banco. Uma vez mais: abuso de direito do Banco. E com a adjudicação da casa a dívida ficou remida;

(iii) Desta feita, foi a vez um reenvio prejudicial do *Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona* (caso *Mohamed aziz v. Catalunya Caixa*) ao TJUE, onde eram questionadas as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores que obstam à discussão no processo executivo das cláusulas abusivas ínsitas nos contratos de empréstimos hipotecários. O TJUE considerou que a Diretiva (entretanto revogada) 93/13/CEE do Conselho de 5.4.1993 era incompatível com o clausulado em análise; e por fim

(iii) A sentença do Tribunal do *Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Areys de Mar*, de 22.2.2012, de onde ressaltaram ricochetes para toda a fileira imobiliária (Bancos, mediadores imobiliários e, inclusive, o legislador), apodando o atual sistema de anacrónico, imobilista e ofensivo dos direitos dos mutuários. De resto, justifica as suas decisões – desgarradas da lei positiva – como forma de repor o equilíbrio contratual – numa espécie de alusão ao Direito Natural vs. Direito Positivo.

3. Jurisprudência Portuguesa: a decisão de Portalegre⁷⁸ – study case

O Banco (credor hipotecário) quando celebrou o contrato de mútuo – *in casu*, crédito habitação (própria e permanente) – avaliou o imóvel sobre que incidiu a hipoteca. Estamos em crer que, nessa data, o Banco terá sobreavaliado (!) o imóvel de forma a que a hipoteca tivesse um *valor superior* (ou no mínimo igual) à da quantia mutuada – influenciado pela forma como funciona o sistema de alavancagem bancário. Deste modo, poderemos ser levados a entender que a expectativa (errada!) criada no mutuário seria que em caso de inadimplemento e execução judicial – a entrega da casa liquidaria a dívida. Arrojará o mutuário – *abuso de direito* – por o Banco vir posteriormente contra um facto próprio (prévia avaliação imobiliária a preços de mercado) não vale! – *venire contra factum proprium non valet*. Não podemos acolher esta “visão”. Vejamos, com humildade, o porquê, quanto a nós, de o banco não agir em abuso de direito.

Como bem ensina o saudoso mas sempre presente Professor HEINRICH HORSTER, exercício de um direito subjetivo deve situar-se dentro dos limites da boa-fé, dos bons costumes e ser conforme com o fim social ou económico que a lei conferiu a esse direito, e sempre que há extrapolação desse limites há abuso de direito (art. 334º CC)⁷⁹. Nos termos do art. 817º CC, não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor (*in casu*, hipotecário) o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, nos termos da lei do processo (recorrendo à ação executiva). Ora, em sede executiva, na fase da venda do bem imóvel onerado com a hipoteca, a

⁷⁸ Em *brevis oratio*: As questões que puseram no “caso de Portalegre” são ligeiramente diferentes das situações de *Navarra*, *Barcelona* e *Arenys de Mar*. Em “Portalegre” estava em causa um processo de inventário em que havia sido promovida a venda judicial da casa de família hipotecada para garantia do contrato de mutuo celebrado para financiamento da mesma, tendo o mesmo sido adjudicado pelo Banco (credor hipotecário) pelo valor de €82 250 (70% valor base – €117 500, conforme a lei processual vigente). O valor adjudicado foi insuficiente para a satisfação da dívida aprovada no processo de inventário (€129 521). Após a adjudicação, veio o Banco (credor hipotecário) a considerar não saldada a dívida, uma vez que o valor adjudicado (*in casu*, *por se*, por €82 250) não permitia o pagamento integral da dívida.

⁷⁹ HEINRICH HORSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 278 ss. O insigne Professor ensina que “[o] instituto do abuso do direito representa o controle institucional da ordem jurídica quanto ao exercício dos direitos subjectivos privados, garantindo a autenticidade das suas funções [...]. Quem age em abuso do direito invoca um poder que, formal ou aparentemente, lhe pertence, embora não tenha fundamento material” (*últ. ob. cit.*, pp. 281 e 282).

proposta poderá ser feita por um terceiro qualquer; e a adjudicação poderá ser feita pelo exequente ou pelo credor com garantia hipotecária⁸⁰. Apesar de tudo, *todos os proponentes estão sujeitos ao preço mínimo da venda*⁸¹, e, acrescidamente do lado do Banco Exequente, o imóvel só lhe poderá ser adjudicado desde que não surja nenhuma proposta mais elevada, pelo que o bem será vendido – “à vista de todos” – pela melhor oferta de mercado.

Ainda que fossemos tributários do abuso de direito – partido que não tomamos parte – teríamos dificuldade em sustentar tal posição se o imóvel fosse adquirido por um terceiro, tal como aventa a Professora ISABEL MENÉRES CAMPOS: “[s]e fosse, ao invés do banco, um qualquer terceiro a oferecer a mesma quantia, o tribunal não teria, certamente, o mesmo discurso [situação fáctica de abuso de direito]. E quer os devedores, quer o banco estariam na mesma posição no que respeita à imputação do valor da adjudicação à dívida”⁸². E continua a A.: “[a] decisão faz [...] um raciocínio incorreto ao presumir uma vantagem desproporcionada a favor do banco que só existiria se, comprovadamente, viesse a demonstrado que o *valor real* [a preços de mercado] *atual do imóvel adquirido pelo banco era muito superior ao valor da aquisição*” [sublinhado nosso]. (Fazemos destas sábias e prudentes palavras as nossas⁸³.)

Retomando, no caso de o imóvel ser adjudicado por um terceiro nos termos da lei processual, o Banco já não ficaria com o imóvel alocado no seu património, mas sim com uma quantia pecuniária depositada pelo adjudicante (terceiro comprador) pelo que era razoável e legalmente admissível que o banco prosseguisse com a execução sobre o remanescente da dívida⁸⁴ –

⁸⁰ LEBRE DE FREITAS, *A acção Executiva – À Luz do Código de Processo civil de 2013*, 6ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 383 ss.

⁸¹ Actualmente o valor é de 85% do valor base dos bens (art. 816º CPC 2013); à data da sentença era 70% do valor base do bem (CPC de 1939).

⁸² ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Comentário à (muito) falada sentença do Tribunal Judicial de Portalegre de 4 Janeiro de 2012*, in *Cadernos de Direito Privado*, nº 38, Abril/Junho 2012, p. 9.

⁸³ O direito, ciência inexacta por excelência, produz opiniões antagónicas. Fazendo jus à máxima – cada cabeça, sua sentença! – vide a opinião diametralmente oposta por MENEZES LEITÃO: “a decisão [Portalegre] tem todo o suporte legal” in *O Impacto da Crise Financeira no Regime do Crédito à Habitação...* p. 17. Também não acompanhando as críticas ao tribunal, e citamos: “ao intérprete e aplicador do direito surgem novos desafios no sentido de fazer brotar a flor da justiça na terra árida da Lei”, apud CARLA INÊS BRÁS CÂMARA, *A Aquisição da Propriedade do Bem...*, p. 694.

⁸⁴ ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Comentário à (muito)...*, p. 10.

afastando *in totum* qualquer veleidade relativamente ao enriquecimento sem causa por parte do Banco⁸⁵.

Merece-nos, agora, especial destaque para a figura *dação em cumprimento*⁸⁶. Poderíamos, precipitadamente, cair no logro, e acharmos que a adjudicação do banco seria uma *dação em cumprimento*. Mas vejamos: “[d]ada a configuração da adjudicação como um caso de venda executiva, o apuramento do preço desta com total independência do montante do crédito do adjudicatário e o regime vigente quanto à dispensa do depósito do preço, não estarmos tanto em face duma *dação em cumprimento* [mas antes] dum negócio jurídico autónomo gerador de compensação”⁸⁷, assim julgamos que a execução deve *prosseguir* sobre o remanescente da dívida.

Com efeito, e concluindo, julgamos que, à luz do direito material e processual, a prossecução da execução para pagamento do remanescente da dívida não constitui, da parte do banco, um comportamento abusivo e injustificado.

4. Limitação da responsabilidade do mutuário em virtude do escopo do contrato

Outra forma de impedir a execução do Banco sobre o remanescente da dívida após adjudicação poderá ser a consideração do crédito habitação como sendo um mútuo de escopo. Temos de pedir ajuda. Assim seja.

MENEZES CORDEIRO ensina que “[o] mútuo bancário [tem] a particularidade importante de ser um mútuo de escopo, isto é: um mútuo no qual, contratualmente, o mutuário fica adstrito a dar um determinado destino à importância recebida”⁸⁸. No caso particular do crédito à habitação, regulado pelo Decreto-lei 349/98, o escopo do contrato assume relevo. Conforme sugere o mesmo A., a inserção de uma cláusula de escopo do contrato de mútuo redundaria num dever do mutuário, que desemboca numa *vertente pública* – na

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 9 e 10. Nesta mesma página 10, a A. esmiúça os pressupostos que enformam o enriquecimento sem causa, concluindo pela sua não presença no caso. Uma vez mais assinamos, criticamente, por baixo.

⁸⁶ É, *inter alios*, uma forma extintiva das obrigações. Vide, a este respeito, por ex.: ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, p. 1092 ss.

⁸⁷ LEBRE DE FREITAS, *A Ação Executiva – À Luz do Código de Processo civil de 2013*, 6ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 383, nota pé de página nº 8 (atribuída a Alberto dos Reis).

⁸⁸ MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 677.

lógica do dirigismo bancário, quando os Estados intervêm de modo a direcionar o crédito para determinados sectores; e numa *vertente privada* – “o banqueiro fica melhor garantido por utilização produtiva ou racional das importâncias mutuadas”⁸⁹.

MENEZES LEITÃO⁹⁰, destaca a configuração *atípica* do mútuo de escopo, uma vez que na configuração típica do contrato de mútuo apenas resulta a restituição do capital – e eventualmente juros, caso o mútuo seja oneroso – sem que haja uma *limitação à liberdade em alocar o capital emprestado*. Contudo, a inclusão de uma cláusula a determinar o fim do contrato não altera a sua estrutura *funcional*; quer dizer que a obrigação do mutuário será sempre restituir o montante que lhe foi confiado.

A qualificação negocial do contrato de mútuo nestes termos – *mútuo de escopo* – remete-nos para a clássica distinção entre *negócios causais* e *negócios abstratos*. Tal como aponta o aresto de Portalegre, os últimos são aqueles cuja causa não releva, por preencherem uma multiplicidade de funções e os efeitos do negócio serem separados da sua função, os primeiros são aqueles em que o conteúdo não é isolado da respetiva causa⁹¹.

Quanto a este ponto não podemos ser desonestos, *o fim* é a *causa* do empréstimo. Contudo, as duas realidades distinguem-se, até porque esse fim culmina com a celebração de outro negócio – um contrato de compra e venda. Não há uma coligação de contratos, no entanto não se pode ignorar a *ingerência* da *cláusula do fim* no conteúdo do contrato de mútuo. Este circunstancialismo deixa-nos apreensivos e com serias dificuldades em responder à questão – se o escopo limita ou não a responsabilidade do mutuário?. Julgamos decisiva a *não acessoriedade* de um contrato em relação ao outro. Assim, se um contrato se extingue, é anulado ou declarado nulo, estes efeitos - logicamente – não *afetam* a validade e a continuidade do outro negócio⁹²; ou nas palavras de ISABEL MENÉRES CAMPOS: “não podendo afirmar-se que, com a venda executiva, se perde esse resultado [contrato de mútuo]”⁹³.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 667.

⁹⁰ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações – Garantias em especial*, Vol. III, 7ª ed., Almedina, 2010, p. 424.

⁹¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA; Diogo DUARTE DE CAMPOS, *Decisão do Tribunal de Portalegre, 4 de Janeiro de 2012 (Breve Anotação)*, in BFD, nº88, 2012, p. 385.

⁹² MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*..., p. 424.

⁹³ Isabel MENÉRES CAMPOS, *Comentário à (muito falada)*..., p. 11.

Apesar da *cláusula do fim* gerar alguma dificuldade interpretativa, não vislumbramos um argumento forte que nos leve a pensar que a responsabilidade do mutuário fique *limitada* pelo fim a que o contrato de mútuo se destina. Pelo contrário, se é verdade que o banco beneficia de uma garantia acrescida, também é verdade que o cliente beneficia de melhores condições contratuais, designadamente o período do contrato ou a taxa de juro aplicável.

Relativamente à hipoteca, como sabemos esta visa *caucionar* o cumprimento de uma obrigação. A execução da hipoteca pelo credor hipotecário, em caso de inadimplemento do devedor, e, por conseguinte, a perda da casa pelos mutuários não significa que o contrato de mútuo fine. Ademais, como salienta ISABEL MENÉRES CAMPOS, se, em sede execução da hipoteca, se considerasse que o resultado visado pelo negócio não mais existia, então nunca seriam prestadas garantias adicionais (*v.g.*, fiança, aval) nestes tipos de negócios, porquanto seriam formas ocas e sem força garantística, pois após a excussão do bem garantido, não se poderia executar as demais^{94 95}.

No mútuo bancário, e em particular no caso do crédito à habitação, salientamos em nosso abono o nº 3 do art. 23º do Decreto-lei nº 349/98, o qual refere a possibilidade de substituir a hipoteca sobre a habitação por outro, noutro prédio ou substituí-la por penhor de títulos cotados na bolsa de valores e, em casos excepcionais, por qualquer outra garantia considerada adequada ao risco do empréstimo pela instituição de crédito mutuante. Daqui pode-nos retirar a ilação de que o resultado visado pelo mútuo de escopo – apesar de se ter cumprido no momento da aquisição da habitação –, é o de que o empréstimo mantém-se até ao pagamento integral do valor mutuado⁹⁶.

Em jeito conclusivo, podemos afirmar sem receios que a constituição de hipoteca sobre o imóvel a adquirir por meio da quantia mutuada não pode ser concebida como uma *limitação* da responsabilidade do mutuário.

⁹⁴ *Ibidem*, p.11.

⁹⁵ Ademais, “[c]abe também dizer que os devedores, enquanto proprietários do imóvel, suportam o risco da sua desvalorização. É por isso que ao credor assiste o direito de pedir o reforço ou substituição de garantias se o imóvel diminuir de valor (art. 701º CC); ou ainda exigir o seguro da coisa hipotecada para o caso de esta se perder ou ser destruída (art. 702º CC)” *apud* Isabel MENÉRES CAMPOS, *O Justiceiro: o estranho caso do Juiz Legislador*, in *Ipsa Iure* (Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados), nº 36, Maio de 2012.

⁹⁶ Isabel MENÉRES CAMPOS, *Comentário à (muito falada)...*, p. 11.

5. Reflexões finais

Não cuidamos, por causa da escassez espaço-temporal, da legislação⁹⁷ entretanto criada para (tentar) esmorecer a crise socio-económica criada pelos especuladores financeiros, *maxime* fileira imobiliária. De resto, o mercado habitacional foi uma das faces mais visíveis da crise: *tão rápido encheu a bolha – como tão rápido rebentou!* Os destroços, esses, permanecem à vista de todos tamanha foi a imprudência e censurabilidade⁹⁸ usada, em particular no crédito hipotecário.

Mas detenhamo-nos sobre aspetos palpáveis do nosso relatório. Ou seja, será que o juiz de Portalegre (*et al*) prestou um bom serviço à Justiça e ao Direito. A doutrina foi dissonante⁹⁹. De todo o modo, e ainda que o nosso atual nível de maturação jurídico não permita grandes construções nem deambulações – reconhecemos humildemente –, devemos, *criticamente*, optar por um caminho: escolhemos a vereda *legalista* e *processualista* defendida pela Professora ISABEL MENÉRES CAMPOS. Aprendemos nos bancos das aulas de Introdução ao Direito que o julgador só tem uma intervenção “criadora” (*ad hoc*) quando se depara com cláusulas gerais e conceitos indeterminados e no domínio do direito *praeter legem* (lacunas) e dentro do espírito do sistema; em tudo o resto deve *subserviência* ao direito positivado¹⁰⁰, sob pena de, como

⁹⁷ No pico da crise económica em Portugal, e no seguimento da evolução jurisprudencial vivida no país, houve lugar a várias intervenções legislativas: (i) lei 58/2012 – *Regime extraordinário de protecção aos devedores de crédito à habitação que se encontrem em situação económica muito difícil*; (ii) a lei 59/2012 – *limitação da possibilidade de os Bancos reverem unilateralmente as condições do crédito*; e (iii) a lei 60/2012 – que veio alterar o CPC donde resulta que a penhora dos imóveis para primeira habitação ocorre apenas quando não existirem outros bens (art. 751º, nº 3 CPC). *Vide* neste sentido, MENEZES LEITÃO, *O Impacto da Crise Financeira...*, p. 20 ss. Aproveitando a deixa, o mesmo A. considera, aliás, as medidas “reconhecidamente tímidas” (*ob. cit.*, p. 26) atendendo ao espectro nacional. Uma pequena chamada de atenção, não menos importante, para a actual Directiva 2014/17/UE que estabelece a aproximação das legislações dos vários Estado-Membros – cuida especialmente da fase pré-contratual.

⁹⁸ A este respeito *vide*, por ex.: a genial/perversa ideia que foi a de criarem os CDS – *Credit Default Swaps* – um seguro sobre os empréstimos concedidos nos *mortgage* norte-americanos *apud* CÂMARA, CARLA INÊS BRÁS, *A Aquisição da Propriedade do Bem Hipotecado...*, p. 651 ss. Num enfoque mais propedêutico e mais completo *vide* MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário...*, p. 880 ss.

⁹⁹ O Professor e civilista MENEZES LEITÃO vinca bem o seu *agrado* com o lampejo do juiz de Portalegre (*O Impacto da Crise Financeira no Regime do Crédito à Habitação...*).

¹⁰⁰ *Vide* o sempiterno MACHADO, JOÃO BATISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 162 e 163.

assevera ISABEL MENÉRES CAMPOS, sentenciar *contra legem*¹⁰¹ e denegar os sacrossantos princípios da segurança e certeza jurídica.

Não ficamos indiferentes aos dramas sociais que muitas famílias vivem – perda do único teto que possuem! – a antecâmara da miséria e da mendicidade. Vemos isto como uma verdadeira *injustiça* do ponto de vista humano e civilizacional¹⁰². Porém, tal como aprendemos nas primeiras viagens no mundo do direito: “em muitos casos, a própria *praticabilidade* do Direito pode exigir que o valor segurança prevaleça sobre o valor justiça [...], [u]ma justiça puramente ideal, desacompanhada de segurança [e certeza jurídica], seria vazia de eficácia e, por isso, não passaria de uma piedosa intenção”¹⁰³, ou seja, o juiz de Portalegre ao procurar a justiça material *ad hoc* pode desferir uma injustiça maior – *porque não há maior injustiça do que a insegurança e incerteza* (jurídica).

É *hora* de empunharmos a ideia da Professora ISABEL MENÉRES CAMPOS¹⁰⁴: o juiz de Portalegre travestido de *justiceiro legislador* desembainha uma sentença *contra legem* e *contra iustitia*.

Abreviaturas:

A. – Autor(a)

EUA – Estados Unidos da América

CEO – Chief Executive Officer (Presidente Executivo)

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CRPre. – Código de Registo Predial

CPC – Código de Processo Civil (2013)

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

¹⁰¹ “[O] juiz, vinculado à lei e ao Direito. Não tem a faculdade de emitir uma resolução *contra legem*” *apud* KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 7ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 609.

¹⁰² Cabe ao Estado, dentro do financeiramente possível, acudir quem submerge nestas infelizes situações.

¹⁰³ MACHADO, JOÃO BATISTA, *Introdução ao Direito...*, p. 56.

¹⁰⁴ ISABEL MENÉRES CAMPOS, *O Justiceiro: o estranho caso do Juiz Legislador...*

Referências Bibliográficas:

- AFONSO PATRÃO, “Os Contratos De Financiamento Imobiliário No Direito Português”, in Alexandre Guerra (coord.), Marcelo Benacchio (coord.), *Direito Imobiliário Brasileiro – Novas Fronteiras Na Legalidade Constitucional*, 1ª Ed., Quartier Latin, 2011.
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos II*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2013.
- CÂMARA, CARLA INÊS BRÁS, *A Aquisição da Propriedade do Bem Hipotecado Pelo Credor e a Questão da Satisfação (Integral ou Parcial) do Crédito*, AAVV in Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Lebre de Freitas, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- CAMPOS, ISABEL MENÉRES, *Da Hipoteca – Caracterização, Constituição e Efeitos*, Almedina, Coimbra, 2003;
 - *Comentário à (muito) falada sentença do Tribunal Judicial de Portalegre de 4 Janeiro de 2012*, in Cadernos de Direito Privado, nº 38, Abril/Junho 2012;
 - *O Justiceiro: o estranho caso do Juiz Legislador*, in *Ipsa Iure* (Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados), nº 36, Maio de 2012;
 - *Particularidades da Execução de Hipoteca – Working paper*, in A Reforma da Acção Executiva, Conferências Organizadas pela DGPJ, Fevereiro de 2001.
- ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2012.
- GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 11ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, Vol. I, 2001.
- GEORGE SOROS, *O Novo Paradigma dos Mercados Financeiros – A Crise Financeira de 2008 e o Seu Significado*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- GUILLERMO OROZCO PARDO / JOSE LUIS PEREZ SERRABOANA GONZÁLEZ, *Problemática de la Ejecución Hipotecaria en el Contexto de la Crisis Financiera*, AAVV, *Liber Amicorum* MÁRIO FROTA, Almedina, Coimbra, 2012.
- HEINRICH HORSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2007.
- HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais e Ónus Reais*, Almedina, 2000.

- LEBRE DE FREITAS, *A acção Executiva – À Luz do Código de Processo civil de 2013*, 6ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- MACHADO, JOÃO BATISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2002.
- MAFALDA MIRANDA BARBOSA E DIOGO DUARTE CAMPOS, *A Decisão do Tribunal de Portalegre, de 4 de Janeiro de 2012*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, Vol. LXXXVIII, Tomo I.
- MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2014;
 - *Tratado de Direito Civil X – Direito das Obrigações – Garantias*, Almedina, Coimbra, 2015.
- MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Vol III – Garantias em especial*, 7ªed., Almedina,2010;
 - *O Impacto da Crise Financeira no Regime do Credito à Habitação*, AAVV, *I Congresso de Direito Bancário* (coord.) Luís Pestana Vasconcelos, Almedina, Coimbra, 2015.
- NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direitos dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- KARL LARENZ, *Metedologia da Ciencia do Direito*, 7ª ed., Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2014.
- RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 2ªed., Principia, 2007.
- VÍTOR BENTO, *Economia, Moral e Política*, Fundação Francisco Manuela dos Santos, Relógios D'Água Editores, 2011.

Data de submissão do artigo: 19/11/2015

Data de aprovação do artigo: 24/02/2016

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

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

Email: upt@upt.pt