

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM SOLICITADORIA

RAMO: AGENTES DE EXECUÇÃO

**RESPONSABILIDADE NO CRÉDITO HIPOTECÁRIO – O PRINCÍPIO DA
SUBSIDIARIEDADE**

LUÍS FILIPE CARDOSO DAS NEVES

ORIENTADOR: PROFESSOR PEDRO MELANDA

OUTUBRO 2016

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM SOLICITADORIA

RAMO: AGENTES DE EXECUÇÃO

RESPONSABILIDADE NO CRÉDITO HIPOTECÁRIO – O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

LUÍS FILIPE CARDOSO DAS NEVES

PROFESSOR PEDRO MELANDA

OUTUBRO 2016

Resumo

Nesta dissertação, verifica-se que inerente ao crédito hipotecário, deverá existir um acompanhamento eficaz, da relação entre instituição financeira e mutuário, traduzindo-se na transmissão das implicações que podem advir do incumprimento do pagamento da dívida, originando um papel de transparência a todo o processo levando ao aumento exponencial da responsabilidade no crédito hipotecário. Subentendido está o princípio da subsidiariedade no decorrer do crédito hipotecário, que deverá ser do foro da instituição financeira. Demonstra-se que a execução da dívida pode ser mais eficaz no que concerne à economia processual, o que advém do produto da venda não ser suficiente para satisfazer a dívida.

Palavras-chave: crédito; hipoteca; mútuo; crédito hipotecário; venda; subsidiariedade; processo executivo.

Abstract

Responsibility in the Credit Mortgage - The Principle of Subsidiarity

In this thesis, it appears that inherent in the mortgage, there should be effective monitoring of the relationship between the financial institution and the borrower, translated in the transmission of the implications that may arise from the failure to make payment of the debt, creating a transparency role to the whole process leading to exponential increase in the liability on mortgage. It is understood the principle of subsidiarity in the course of the mortgage, which should be the financial institution scope. It is shown that the implementation of debt can be more effective with regard to procedural economy which comes from the sale product is not enough to satisfy the debt.

Keywords: credit; mortgage; mutual; mortgage credit; sale; subsidiarity; executive process.

Agradecimentos

À minha esposa e filha, por estarem sempre ao meu lado em todos momentos.

À minha mãe, pela ajuda prestada.

Ao meu amigo Sérgio Casinha um muito obrigado pela sua compreensão.

À Sandra, pelo seu apoio e disponibilidade absoluta, um profundo agradecimento.

Por todos os esclarecimentos prestados por parte do ISCA, sendo que se mostraram sempre disponíveis para ajudar no que necessitei.

Ao Professor Pedro Melanda por ter aceite orientar esta dissertação.

Siglas

CC	Código Civil
CCom	Código Comercial
CPC	Código de Processo Civil
CRPredial	Código de Registo Predial
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
FIIAH	Fundo de Investimento Imobiliário para Arrendamento Habitacional
LGT	Lei Geral Tributária
Nº	Número
PARI	Plano de Ação para o Risco de Incumprimento
PERSI	Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento
NPCP	Novo Código de Processo Civil
RACE	Rede de Apoio ao Consumidor Endividado
ss	seguintes

Índice	
Resumo	2
Abstract	3
Agradecimentos	4
Siglas	5
Introdução	8
Capítulo I - Crédito hipotecário enquanto concessão inicial	12
1. Definição de crédito: história do conceito enquanto uma garantia real	12
2. Contrato de mútuo para aquisição de habitação	21
a. O mútuo	21
b. O mútuo de escopo	23
3. A hipoteca	24
b. Enquadramento legal	26
c. Regras e características da hipoteca	29
d. Extinção da hipoteca	32
4. A transparência na divulgação e informação do crédito	33
Capítulo II - Subsidiariedade	37
1. História e conceito	37
2. Formas de resolução de natureza jurídica no âmbito da subsidiariedade ..	42
3. Responsabilidade subsidiária <i>versus</i> responsabilidade solidária	44
Capítulo III - Ajudas existentes de resolução no incumprimento do crédito hipotecário	46
1. Enquadramento legal português	46
2. Medidas do plano de reestruturação	47
3. “Educação” financeira	51
Capítulo IV – O processo executivo e as garantias reais	53
1. Enquadramento da ação executiva no CPC	53
a. Título executivo	55
2. As garantias reais no âmbito da execução	56
a. Execução da hipoteca	56
b. Penhora	57
c. Privilégios creditórios	59

d. Direito de Retenção.....	60
Capítulo V – Resoluções para o incumprimento	62
1. Adjudicação pelo valor em dívida	62
2. A dação em cumprimento da habitação hipotecada pelo valor da dívida ...	66
3. Consignação de rendimentos	67
a. O penhor	68
4. Extinção do valor da dívida apesar da venda realizada abaixo do valor da dívida	69
5. Pagamento em dinheiro ou voluntário	74
Capítulo VI – O caso de Portalegre	76
Conclusões.....	83
Bibliografia.....	87
ANEXOS	93
Anexo I.....	93
Anexo II.....	96

Introdução

Considerando um percurso feito no âmbito da procuradoria/solicitadoria de representação bancária e ao mesmo tempo como agente de execução, a concessão bancária e tudo o que a sustenta, condiciona e provoca, tornou-se num foco e numa linha de trabalho bastante rica em termos de desafios, resoluções e obstáculos.

As competências do solicitador enquanto procurador e representante da banca nas outorgas dos títulos associados a um crédito hipotecário, uma função que está subentendida às suas competências, traduzindo-se na transmissão de todas as implicações que podem advir do incumprimento do pagamento da dívida, causa deste modo um papel de transparência a todo o processo levando ao aumento exponencial da responsabilidade no crédito hipotecário, sem por isso aumentar os trâmites jurídicos implícitos.

Pode-se assim considerar, que este foi o ponto de partida para a escolha do tema da dissertação a desenvolver no âmbito do Mestrado em Solicitadoria. Não deixa, contudo, de ser pertinente que a busca de algo inovador para a exploração teórica, traz sempre à tona os temas mais habituais e tradicionalmente abordados no âmbito das questões jurídicas, levando mesmo à tentação de trabalhar e investigar os mesmos noutras vertentes.

Foi assim um desafio constante permanecer na linha de investigação escolhida, e nunca deixar de olhar à volta e considerando tudo o que já foi produzido e que pudesse contribuir, por pouco que seja, para um enquadramento aprofundado e exaustivo do tema.

A questão encontrada como pertinente e que foi a escolha para a dissertação, o crédito hipotecário, encerra vários problemas jurídicos, daí numa primeira fase, de forma a definir o objeto científico corretamente, delimitou-se o objeto de estudo. Este tratamento foi exaustivo e levou a uma reflexão sobre todos os aspetos jurídicos relevantes que o tema inclui, o que implicou uma delimitação do mesmo. Esta foi realizada de forma gradual, à medida que as questões acessórias foram surgindo durante a redação da dissertação.

Numa segunda fase, objetivou-se uma análise da jurisprudência no sentido de elencar factos que possam incorporar numa hipótese de resolução proposta neste trabalho de investigação académico, nomeadamente pelo levantamento de ocorrências nos últimos cinco anos, dado tratar-se de um período ainda de crise financeira a nível nacional.

O estudo sobre o fenómeno social da subsidiariedade, assim como da sua aplicação no direito bancário surgiu como um desafio, no sentido de articulá-lo para as soluções a apresentar no que concerne o incumprimento da dívida.

Para a boa prossecução dos caminhos descritos foi definido como objetivo geral, descrever e caracterizar o crédito hipotecário e as questões jurídicas associadas, considerando a responsabilidade subjacente apelando ao princípio da subsidiariedade. Como objetivos específicos foram estipulados de forma sintética os seguintes:

1. Caracterizar o crédito hipotecário enquanto uma garantia real e enquanto uma concessão inicial;
2. Elencar e caracterizar os diferentes elementos/partes envolvidas;
3. Avaliar o princípio da subsidiariedade no decorrer do crédito hipotecário;
4. Verificar as soluções existentes para resolução dos problemas de dívidas, durante o decorrer do crédito;
5. Analisar os casos de execução de dívidas à banca, existentes na jurisprudência portuguesa.

A metodologia de investigação desta dissertação foi definida à partida aquando a escolha da temática geral, a concessão bancária, e da opção feita em relação à responsabilidade subsidiária no crédito hipotecário. Assim, e como será descrito abaixo, a metodologia qualitativa foi a eleita.

Como técnica, a opção recaiu na pesquisa documental através do levantamento da legislação e jurisprudência, recolha de referências bibliográficas e revisão da literatura permitindo desta forma uma análise qualitativa da informação existente. Os manuais, constituição, códigos anotados, artigos de revistas jurídicas assim como toda a jurisprudência fazem parte da pesquisa documental efetuada, tendo sido alvo de análise e reflexão de forma a distinguir enquadramentos, abordagens jurídicas, legislação e posições tomadas pelas diferentes doutrinas. No que

concerne a jurisprudência, as fontes utilizadas para o direito nacional foram as bases de dados jurídico-documentais¹, para a legislação nacional o Diário da República eletrónico² e a Procuradoria-Geral da República de Lisboa³. Relativamente a publicações a pesquisa foi efetuada com base em catálogos *online* das instituições de ensino superior na área jurídica⁴, e do Centro de Estudos Judiciários⁵.

Dada a dimensão do tema, crédito hipotecário, foram selecionados conceitos e alguns termos de pesquisa associados e foi efetuada uma pesquisa em catálogos disponíveis *online* em bibliotecas de quatro instituições de ensino superior: Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade do Porto e o Instituto Universitário da Maia. A frequência das referências para cada termo de pesquisa⁶ permitiu delimitar a consistência científica dos conceitos relacionados com o tema principal.

O contributo do tema escolhido pode ser analisado em duas vertentes no que diz respeito à solicitadoria. Por um lado, no âmbito da execução, demonstrar que todo o processo executivo relativo à dívida dum crédito hipotecário pode ser realizado com mais êxito, sendo mais eficaz nos resultados no que concerne à economia processual, o que advém da continuidade do processo aquando do produto da venda não ser suficiente para satisfazer a dívida.

Por outro lado, existe nas competências do solicitador enquanto procurador e representante da banca nas outorgas dos títulos associados a um crédito hipotecário, uma função que está subtilmente subentendida às suas competências que consiste em transmitir a noção de todas as implicações que podem advir do incumprimento do pagamento da dívida, causando deste modo

¹ Bases de dados jurídico-documentais: <http://www.dgsi.pt/>

² Diário da República Eletrónico: <https://dre.pt>

³ Procuradoria Geral da República de Lisboa <http://www.pgdlisboa.pt/>

⁴ Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: http://www.uc.pt/fduc/biblioteca/Pesq_bibliografica; Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade do Porto: http://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_base.gera_pagina?P_pagina=2310; Biblioteca do Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra: http://www.iscac.pt/index.php?m=15_51&lang=PT; Biblioteca do Instituto Superior da Maia <http://www.ismai.pt/MDE/Internet/PT/Superior/Escolas/ISMAI/ServicosApoio/catabiblioteca.htm>

⁵ Centro de Estudos Judiciários: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/destaques_publicacoes.php

⁶ São exemplo de alguns termos de pesquisa: banca; crédito hipotecário; subsidiário; direito bancário; subsidiariedade; hipoteca; cadastro de aquisições; ética bancária.

um papel de transparência a todo o processo, levando ao aumento exponencial da responsabilidade no crédito hipotecário, sem por isso aumentar os trâmites jurídicos implícitos.

Capítulo I - Crédito hipotecário enquanto concessão inicial

1. Definição de crédito: história do conceito enquanto uma garantia real

A relevância do crédito nos dias de hoje é duma dimensão da máxima importância, dado o contexto e prática atual de endividamento e dificuldade do cumprimento das obrigações, nomeadamente aquelas por parte do devedor que as elas se vinculam. Não se esperando que este cenário mude, dadas as oscilações fortes da economia mundial, apraz perceber a complexidade que o crédito traz consigo assim como a dimensão da hipoteca enquanto uma garantia real e que o Código Civil tão bem protege nas suas diferentes dimensões.

Entre as diferentes definições de crédito, consegue-se encontrar uma linha em comum que se traduz em conceber o crédito como “a cedência da disponibilidade efectiva de um bem, por uma contraprestação futura consistente em um bem análogo ao primeiro”⁷. Ou seja, consiste na prestação de um bem presente contra a promessa de restituição futura, a partir do qual o credor confia um bem semelhante acrescido de certa remuneração. Os elementos característicos da noção de crédito e que servem de base ao conceito são o tempo, a confiança, a promessa e a remuneração.

O tempo implica o presente e o futuro e a troca de bens implícita, a confiança implica a concessão de crédito ao devedor, o qual se presta a uma solvabilidade, e a promessa traz a reboque a restituição de algo, isto é, o compromisso de pagamento num determinado prazo. Observando, de forma muito objetiva, a operação de crédito, esta consiste numa troca de moeda por um ativo financeiro, traduzindo-se numa troca diferida, da qual emerge a remuneração. Usualmente, as formas típicas das operações de crédito são o empréstimo de dinheiro e a venda a prazo.

Poderá ser feita uma breve revisão das formas e funções do crédito, não sendo objetivo descrever as diferentes formas de concessão de crédito, mas sim demonstrar a complexidade que o crédito implica nos dias de hoje pela sua

⁷ RIBEIRO, Teixeira J. J. – *Economia Política (Moeda)*, polic., Coimbra, 1962/63, p. 53 cit. por PATRÍCIO, José Simões – *Direito do Crédito, Introdução*. Lisboa: Lex, Edições Jurídicas, 1994, p.15.

diversidade. Deste modo, apresentam-se quatro classificações: crédito a curto, médio e longo prazo; crédito à produção e crédito ao consumo; crédito pessoal e crédito real; crédito público e crédito privado.⁸

Regressando às características que sustentam o conceito de crédito, numa perspetiva económica, a qual nos traz o tempo, a confiança, a promessa e a remuneração como elementos básicos, é possível analisar o negócio de crédito e as respetivas operações bancárias.

Contudo, a perspetiva jurídica, na vertente do direito bancário, e, especificamente do direito do crédito, é aquela que se deve sublinhar no âmbito desta dissertação, caso contrário perderia o sentido de ultimar considerações mais profundas sobre a temática apresentada.

Verifica-se que o direito do crédito enquanto um importante capítulo do direito bancário, não deixa de ser transversal na sua dimensão a outras áreas do direito, como o direito civil e o direito comercial. E consoante as oscilações económicas do país, interessará intervir no crédito através do direito privado, ou então através do direito público, o que leva a uma difícil tarefa de delimitar teoricamente o fenómeno do crédito hipotecário.

A configuração do direito de crédito passa por examinar o conceito numa perspetiva essencialmente jurídica, nomeadamente a estrutura do mesmo à luz do Direito das Obrigações, uma vez que se trata de uma garantia real. A temática da garantia das obrigações representa uma importância prática indiscutível e essencial para uma compreensão mais clara sobre o tema em análise.

De imediato, limitando o estudo no âmbito do Direito das Obrigações, o conceito de garantia tem sido considerado subentendido no próprio conceito de *obrigação*, plasmado no artigo 397º do CC, enquanto vínculo jurídico. De facto, assim que se refere vínculo jurídico, a ideia de garantia surge inevitavelmente.

Atualmente verifica-se nas noções apresentadas sobre o conceito de obrigação a exclusão da garantia, no entanto, não se pode deixar de sublinhar a sua importância, porque apesar do conceito de garantia não surgir definido nos textos legislativos, uma vez que se trata de uma expressão da prática jurídica, cujo

⁸ Cf. PATRÍCIO, José Simões – *Direito do Crédito, Introdução*, p. 20-27

objetivo é garantir a realização dos direitos do credor, a lei acaba apenas por elencar formas específicas de atingir esse objetivo.

Dentro das garantias das obrigações distinguem-se⁹: a garantia geral das obrigações, que é enunciada no artigo 601º do CC – “Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor, susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios”¹⁰ – ou seja, trata-se do conjunto de todos os bens penhoráveis que constituem o património do devedor, e que respondem pelo não cumprimento das obrigações a que este se encontrava adstrito; as garantias especiais das obrigações, que consistem num reforço da garantia geral, numa posição de privilégio, que é atribuída a um credor, de diversas formas (caução, fiança, consignação de rendimentos, penhor, privilégios creditórios) face aos outros credores comuns do mesmo devedor, que apenas podem satisfazer os seus créditos à custa dos bens penhoráveis que, no momento de execução, incluem o património do devedor.

O problema que advém da análise relativamente aos direitos de crédito reside na distinção dos contornos dos direitos reais e dos direitos de crédito que leva, segundo Rui Pinto Duarte, necessariamente a uma confrontação determinada pelas noções adotadas. O autor refere a existência de duas diferenças principais: “o carácter absoluto dos direitos reais *versus* o carácter relativo dos direitos de crédito” e “a imediação dos direitos reais *versus* o carácter relativo dos direitos de crédito”¹¹.

No entanto, outras posições doutrinárias apelam para a eliminação destas diferenças, conforme o autor refere ao sublinhar a importância das doutrinas monistas que defendem que todos os direitos patrimoniais são reconduzíveis a uma estrutura comum, o que se poderá constatar por exemplo com a teoria personalista dos direitos reais. Neste caso, os direitos patrimoniais são reconduzíveis a relações obrigacionais, isto é, por um lado existe a posição do titular do direito real caracterizado pela obrigação passiva e universal, por outro

⁹ Cf. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de - *Direito das Garantias*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 53

¹⁰ *Código Civil Português*, aprovado pelo DL n.º 47 344 de 25 de novembro de 1996, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, p.159.

¹¹ Cit. in DUARTE, Rui Pinto - *Curso de Direitos Reais*, Estoril: Principia, 2007, p. 27.

lado a ideia que os direitos de crédito são reduzidos a direitos reais, uma vez que os mesmos também recaem sobre os bens.¹²

Não se esgota aqui a reflexão sobre as diferenças que possam ou não existir entre direitos reais e direitos de crédito. Segundo a análise de Santos Justo a teoria realista visa o direito real como um poder direto e imediato sobre uma coisa certa, sem existir intermediário entre o titular e o objeto desse direito. Esta perspetiva é objeto de crítica uma vez que “o poder directo e imediato sobre uma coisa é uma simples consequência jurídica do poder de impor aos outros uma abstenção” e por outro lado, “observa-se que há direitos reais que não conferem qualquer poder directo e imediato sobre a coisa”¹³.

É verdade que é importante distinguir “macrojuridicamente”¹⁴ o direito patrimonial do direito pessoal e contrapor os direitos reais aos direitos de personalidade no sentido de aferir uma perspetiva que estabeleça e caracterize o direito real em contraposição ao direito de crédito, uma vez que até aqui referiu-se a distinção considerando a estrutura.

Deste modo, adotou-se a perspetiva de Menezes Leitão¹⁵, sobre o conceito e estrutura da obrigação o qual se torna basilar para compreender o alcance do direito de crédito num campo que é tão vasto que o reconhecimento de uma noção jurídica poderá ser evasiva senão for delimitada no âmbito que compete a jurisdição e a *praxis*.

Considerando mais uma vez o artigo 397º do Código Civil (CC), que enuncia a obrigação como “o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”¹⁶, permanece-se numa noção do direito de crédito delineada a partir do seu objeto.

Verifica-se deste modo que a prestação será o comportamento do devedor vinculado em benefício do credor o que leva a questionar se simplesmente se trata dum comportamento que está a ser vigiado e que será penalizado em qualquer momento, ou se a essência do crédito será sim o património do devedor, porque só assim esse controlo por parte do credor será judicialmente

¹² Cf. DUARTE, Rui Pinto - *Curso de Direitos Reais...*

¹³ JUSTO, A. Santos - *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 47.

¹⁴ CARVALHO, Orlando – *Direito das Coisas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 85.

¹⁵ LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações I*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2007.

¹⁶ *Código Civil Português...* p.109.

concretizado. Assim, constata-se a existência de dois objetos do direito de crédito: em termos éticos o comportamento do devedor traduzido na prestação; e termos práticos os bens do devedor, isto é, o seu património.

Diferentes questões se levantam relativamente sobre afinal qual é o objeto do direito do crédito, trazendo para esta reflexão quatro teorias, as quais são exploradas por Menezes de Leitão, e, não sendo pretensão retirar-lhes a devida importância, no que concerne a linha de investigação em curso, entende-se como importante enuncia-las fazendo o paralelo com o objetivo específico desta dissertação, uma vez que, dentro do direito de crédito, especifica-se a hipoteca: caracterizar o crédito hipotecário enquanto uma garantia real e enquanto uma concessão inicial.

De acordo com o entendimento de Menezes Leitão¹⁷ são quatro as teorias a apresentar: personalistas, realistas, mistas e doutrinas da complexidade obrigacional, sendo que desde já se sublinha que as teorias mistas serão as mais conducentes a uma teorização do crédito hipotecário enquanto garantia real e concessão inicial. Às teorias personalistas e realistas apresentadas a seguir, na linha deste autor, serão também apontadas outras perspetivas que complementam as mesmas.

As teorias personalistas tiveram origem, entre outros, no trabalho do jurista francês Planiol, o qual afirmou que o direito real é uma relação não entre uma pessoa e uma coisa, mas entre um sujeito e todos os outros associados. O núcleo fundamental desta teoria é que existe uma obrigação passiva universal, presente tanto no direito real como obrigação geral e negativa e, no direito de crédito, o dever que recai sobre o titular passivo é um dever de prestação a cargo de pessoa determinada ou determinável¹⁸.

Na análise efetuada por Menezes Leitão, as teorias personalistas perspetivam o direito do crédito como uma ligação pessoal, neste caso, à conduta do devedor, traduzindo-se por um lado na teoria que o crédito é como um direito sobre a

¹⁷ LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações I...*

¹⁸ Cf. MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos – *Direitos Reais*, segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º Ano Jurídico de 1970-71. Coimbra: Almedina, 2007.

pessoa do devedor e, por outro, a teoria que o crédito é como um direito à prestação do devedor¹⁹.

A primeira remonta ao Direito Romano, que representava o direito de crédito como um direito de domínio sobre uma pessoa, ou então ao Direito Moderno que representa o mesmo como um domínio sobre uma atuação de prestação do devedor.

No caso da segunda teoria, enquanto uma perspectiva clássica, qualifica o direito de crédito como um direito à prestação, isto é, o direito a uma conduta do devedor, exigindo-se desta forma a concretização de determinada conduta para beneficiar outrem, e que corresponderá a um valor patrimonial, o qual permite a execução do património do devedor para indemnização do credor²⁰. Esta teoria destaca a relação do homem com os homens, e conforme referido, Planiol trouxe à discussão a “obrigação passiva universal” como sendo uma característica do direito real.

Já as teorias realistas visionam o direito de crédito como um direito sobre o património do devedor e Menezes Leitão destaca quatro opções que se passam a descrever²¹.

A primeira teoria realista atribui ao crédito um direito sobre os bens do devedor, recaindo sobre todo o património do devedor. Neste caso, há uma negação à prestação, sendo que existe apenas a faculdade de executar o património do devedor. Segundo a análise de Luís Menezes Leitão, as diferentes abordagens desta teoria realista, são falsas porque existe uma faculdade de execução que se destina a garantir o direito de crédito, consistindo o seu objeto verdadeiro na prestação.

A segunda teoria realista concebe o direito de crédito como uma relação entre patrimónios, onde o credor e devedor são meros representantes jurídicos dos seus bens, o que implica uma dívida do património do devedor ao património do credor. Deste modo, o património seria o sujeito das obrigações, e o homem apenas seria um elemento. Mais uma vez, o autor considera esta teoria falsa, uma vez que as relações jurídicas apenas se estabelecem entre pessoas, e os

¹⁹ Cf. LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações* I... p. 68

²⁰ Cf. LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações* I... p.71

²¹ Cf. LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações* I... p.73

patrimónios são complexos de bens e não substituem as pessoas em atos jurídicos.

A terceira teoria realista apresentada pelo autor, enuncia o direito de crédito como um direito à transmissão dos bens dos devedores, sendo que o fim da obrigação consiste na aquisição da propriedade e a diferença entre o direito de crédito e o direito real seria na capacidade deste exercer diretamente sobre a coisa e aquele teria um direito à aquisição de bens do devedor. Esta terceira teoria traz duas conceções que são de destacar: por um lado a obrigação é qualificada como uma alienação da propriedade do devedor²², e por outro, o credor é qualificado como sucessor do devedor²³. Estas teorias e conceções, são consideradas incorretas, porque a obrigação não implica a transmissão ou sucessão de bens, já que a prestação pode ser de facto e não tem de ter valor económico. Deste modo, segundo Menezes Leitão, como o direito de crédito tem sempre como objeto a prestação do devedor, sendo que mesmo que o credor possa penhorar bens do devedor em caso de incumprimento, os mesmos estão sujeitos à venda executiva para pagamento.

Em quarto lugar, o autor examina a teoria realista que também nega a existência de um direito à prestação e cujos defensores defendem que é possível distinguir na obrigação duas relações fundamentais: o débito e responsabilidade, sendo que o débito corresponde a um dever do devedor, e a responsabilidade a um estado de sujeição, e ao correspondente direito daquele, a quem seja devida uma prestação para fazer valer essa sujeição, de forma a obter a finalidade pretendida. Por seu turno as teorias mistas trazem como conceção que a obrigação abarca tanto a prestação como o património do devedor, sendo que o débito é o elo principal da obrigação e a responsabilidade é o vínculo de garantia. Deste modo, o credor teria direito à prestação, enquanto direito pessoal, e o direito sobre o património do devedor, enquanto direito real de garantia. O primeiro seria atingido contra o cumprimento voluntário por parte do devedor, e o segundo seria exercido

²² “De acordo com Cazelles, a constituição do crédito deveria ser vista como um processo de aquisição de bens, sendo qualificada a situação do credor como um adquirente de um certo valor do património do devedor, semelhante a um comprador a termo” cit por LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações I...* p. 77

²³No entender dos autores que defendem esta perspetiva, o fenómeno da sucessão estaria presente no direito de crédito porque o credor partiria dos direitos de outra pessoa, o que lhe daria a mesma posição dele.

através de um processo executivo. Estas teorias são habitualmente apelidadas de *Schuld und Haftung*²⁴, as quais com origem na Alemanha tiveram seguidores em diferentes países e nomeadamente em Portugal, com Galvão Telles e Gomes da Silva, conforme sublinhado por Menezes Leitão.

O autor não deixa de apontar que as teorias mistas, apesar de apresentarem uma argumentação sólida, não deixam de ter como base alguns pressupostos falsos. Por exemplo, a afirmação de que pode constatar em momentos diferentes a constituição e extinção da responsabilidade, é incorreta. Dando mais exemplos, o que se faz notar é que acaba por existir algumas divergências quanto à natureza da responsabilidade, uma vez que poderá ser vista como um direito real de garantia sobre os bens do devedor, ou então, como um direito de natureza processual dirigido contra o Estado.²⁵

Finalmente, as doutrinas da complexidade obrigacional visam superar a contradição entre a prestação e o património do devedor, olhando para a obrigação como uma realidade complexa, abrangendo por exemplo um conjunto de créditos individuais, que correspondem aos deveres de prestação principais e acessórios assim como direitos prestativos os quais correspondem a sujeições.

Para estas teorias o vínculo obrigacional é visto como uma estrutura ou como um processo, passando a relação obrigacional por uma relação jurídica global, a qual pode abranger um conjunto de deveres de prestação, de conduta, poderes potestativos e situações de sujeição. Assim, a ligação entre estas diferentes realidades faz com que a obrigação seja mais do que a soma de situações jurídicas, traduzindo-se numa estrutura jurídica complexa²⁶.

Será de salientar que na sua análise, Menezes de Leitão acaba por elencar as relações lógicas dos argumentos apresentados, sublinhando a importância atribuída a cada uma das correntes teóricas, mas não deixa também de enumerar

²⁴ Cit. por LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações I...* p. 81: “expressão alemã que significa dívida e responsabilidade. Para estas doutrinas, a obrigação tanto tem por objeto a prestação como o património do devedor, posição que se considera corresponder ao antigo direito romano, que distinguia entre a vinculação pessoal do devedor (*debitum*) e a sua responsabilidade (*obligatio*), bem como ao antigo direito germânico que estabelecia uma distinção entre a dívida (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*)”.

²⁵ Cit. por LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações I...* p. 84

²⁶ Cf. LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações I...*

os erros que cada uma delas apresenta no que concerne a pressupostos que estão na base da argumentação, ou então na aplicabilidade do direito de crédito.

Verificando agora do ponto de vista prático e económico, o crédito enquanto um fenómeno multifacetado e sempre em evolução, traduz-se na maioria das vezes num contrato de empréstimo, como já referido anteriormente, reforçando a ideia de negócio de crédito.

Assim, e considerando que da relação jurídica que releva o crédito subjaz o negócio de crédito, poderá ser feita uma análise mista do mesmo, onde o conceito económico de crédito se apresenta com uma face jurídica. E desta forma os elementos elencados, tempo, confiança, promessa e remuneração, poderão ser reelaborados numa perspetiva jurídica em três pontos principais: direito de crédito, relação fiduciária, aprazamento²⁷.

Na análise efetuada sobre o direito de crédito, é importante sublinhar a relação entre o beneficiário e o prestador de crédito, ou seja, para o primeiro o seu património é antecipadamente aumentado através de fundos e o segundo goza de uma promessa de futura restituição. Esta é e constitui juridicamente um direito de crédito, atual, de exigir a restituição no futuro.

Ambos, património do credor e o dinheiro transmitido em propriedade ao devedor têm o mesmo valor e, conseqüentemente não existe nem empobrecimento do credor, nem enriquecimento do beneficiário do crédito²⁸.

Outro elemento a referir é a relação fiduciária, que poderia induzir em erro a conceção de que os negócios de crédito têm uma natureza de negócios fiduciários, considerando a confiança. Nomeadamente, o negócio fiduciário consiste numa das partes conferir poderes jurídicos a outra tendo em vista um determinado objetivo, ficando a outra parte dependente da obrigação pessoal de usar a posição jurídica atribuída dentro dos limites para aquele objetivo. Assim, poderá se afirmar que nos negócios de crédito existe uma confiança recíproca, tornando-se num pressuposto do crédito, mas não o caracteriza juridicamente, daí afirmar-se que a confiança é um elemento natural, não essencial, do negócio de crédito²⁹.

²⁷ Cf. PATRÍCIO, José Simões – *Direito do Crédito...*

²⁸ Cf. JARDIM, Mónica – *Escritos de direito notarial e direito registal*. Coimbra: Almedina, 2015.

²⁹ Cf. PATRÍCIO, José Simões – *Direito do Crédito...* p. 55

Por seu turno o tempo, mais um elemento essencial no direito de crédito, que surge associado ao prazo e aos juros, uma vez que, ao considerar a convenção de aprazamento, que é primordial na caracterização da outorga de crédito, considera-se também o elemento restituição; por outro lado, consta o elemento da remuneração, ou seja, os juros, que são integrados naturalmente na prestação do devedor.

2. Contrato de mútuo para aquisição de habitação

Com efeito, é evidente que o crédito desempenha um papel de destaque nas economias contemporâneas, quer na sua vertente de crédito a empresas quer na sua vertente de crédito a particulares. Em qualquer uma das situações o crédito potencia o crescimento e desenvolvimento económico, nomeadamente através da criação de emprego, da criação de riqueza, da distribuição da mesma e do aumento da receita fiscal.

Destaca-se entre o crédito concedido aos particulares o crédito ao consumo, que permite um aumento do bem-estar através do acesso a bens que, de outra forma, estariam fora do alcance das pessoas. Designadamente o crédito habitação tornou-se nos dias de hoje, parte dum projeto pessoal e familiar de aquisição de habitação, só possível através do recurso ao crédito, pago com receitas e rendimentos futuros. Atualmente, com o recurso ao crédito bancário, as pessoas podem financiar consumos presentes e antecipar receitas futuras.

Ao mesmo tempo, a concessão de crédito para habitação manifestou-se também numa importante fonte de negócios e receitas para os Bancos, através dos juros associados aos créditos pedidos e através das ações promocionais.

O contrato de crédito à habitação permite deste modo a concretização de um projeto, que doutra forma não seria possível.

a. O mútuo

Enquanto um contrato de mútuo bancário³⁰, que, assim como o mútuo comercial, constitui uma modalidade especial de mútuo que converge no mútuo civil, importa

³⁰ Cf. CORDEIRO, António Menezes – *Manual do Direito Bancário*. Coimbra: Almedina, 2008.

analisar o mútuo bancário, passando de forma breve pelo mútuo civil e mútuo comercial.

O mútuo civil surge definido na lei 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” (artigo 1142º do CC³¹). Pode-se elencar no ordenamento jurídico português, três elementos fundamentais do contrato de mútuo: a natureza fungível da coisa mutuada; a entrega da coisa por parte do mutuante; e a obrigação do mutuário de restituição de coisa do mesmo género, quantidade e qualidade.

O mútuo comercial está regulamentado nos artigos 394º a 396º do CCom., e para que possa acontecer, “...a coisa cedida seja destinada a qualquer acto mercantil”³². A natureza comercial do mútuo pode resultar de um elemento objetivo, o destino comercial da coisa cedida, ou subjetivo, por força da qualidade de comerciante de uma das partes.

Finalmente, o mútuo bancário, consolida uma das operações bancárias previstas no artigo 362º CCom., que dispõe que “são comerciais 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”³³.

Conforme se verifica, o mútuo bancário é classificado como um ato comercial e, deste modo oneroso, pelo que, a obrigação de o mutuário restituir o mesmo é acrescida do pagamento de juros. Além disto, distingue-se dos outros mútuos porque é celebrado por um mutuante, o Banco, ou instituição de crédito

O mútuo bancário tem uma particularidade na sua forma em relação ao mútuo civil e ao mútuo mercantil, porque “os contratos de mútuo ou de 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”.³⁴

³¹ Cit. in *Código Civil Português...* p. 278.

³² Cit. in *Código Comercial, Carta de Lei de 28 de Junho de 1888*. verbojuridico.net, 2003, p. 31

³³ Cit. in *Código Comercial...* p. 27

³⁴ Artigo único do DL n.º 32.765, de 29 de Abril de 1943 cit. in CORDEIRO, António Menezes – *Manual do Direito Bancário...* p. 538.

b. O mútuo de escopo

O mútuo bancário também pode ser um mútuo de escopo, porque os empréstimos bancários habitualmente são realizados tendo como propósito um fim específico que o mutuário, além de se comprometer à restituição do capital e juros mutuados, compromete-se também a aplicar as quantias mutuadas. Enquanto uma modalidade atípica do mútuo, porque na sua configuração típica o mutuante fica somente com o direito à restituição do capital e juros, fica o mutuário para dispor livremente da coisa, como entender.³⁵

Segundo Menezes Leitão existem três categorias de mútuo de escopo: o mútuo de escopo legal, o mútuo de escopo legal facilitado e o mútuo de escopo voluntário, consoante o escopo do empréstimo tome em consideração interesses públicos ou meramente privados.³⁶

O mútuo de escopo legal corresponde a financiamentos legalmente estabelecidos para determinados fins, em que o mutuante é uma instituição financeira e o mutuário uma entidade com requisitos legalmente estabelecidos, que fica dependente a utilizar a quantia mutuada para os fins legalmente previstos, segundo uma cláusula de destinação.

O mútuo de escopo legal facilitado significa que existem empréstimos concedidos devido à intervenção do Estado ou de outra entidade pública, que confere certas subvenções no sentido de facilitar a concessão de crédito, ou concede ele próprio, o referido crédito com taxas mais baixas do que as praticadas no mercado, sujeitando-se o mutuário à utilização do financiamento para um determinado fim, que é assim alvo de incentivo público³⁷.

Por último, no mútuo de escopo convencional não existe imposição legal de aplicação das quantias mutuadas a um fim convencionado, mas limites à utilização das quantias mutuadas, que foram resultado da estipulação das partes.

³⁵Cf. LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das obrigações, III...*

³⁶Cf. LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das obrigações, III...* p.420.

³⁷ É o caso de empréstimos à aquisição de habitação que, até ao DL n.º 305/2003, de 9 de Dezembro, eram objeto de bonificação de juros, sendo que agora são objeto de subvenção pelo Estado, através da possibilidade de dedução à coleta no IRS de parte do capital amortizado conforme o artigo 85º, nº 1 a) do CIRS – Ci.t in LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das obrigações, III...*p.420.

Com a liberalização da economia, as necessidades de um escopo têm vindo a diminuir, no que concerne o seu respeito absoluto, sob pena de resolução. No caso de créditos a médio e longo prazo, com bonificação de juros ou vantagens fiscais, o escopo volta a ter o seu papel principal e decisivo que consiste em ser respeitado quando contratualmente consignado³⁸.

Entre os vários casos de mútuo de escopo contemplados em legislação especial, destaca-se o crédito à habitação, que é regulado pelo DL n.º 349/98, de 11 de novembro, alterado pelo DL n.º 137-B/99, de 22 de Abril, pelo DL n.º 1-A/2000, de 22 de janeiro, pelo DL n.º 320/2000, de 15 de dezembro (que procede à sua republicação), pelo D n.º 231/2002, de 2 de novembro, pelo DL n.º 305/2003, de 9 de dezembro, pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro, pelo DL n.º 107/2007, de 10 de Abril, pelo DL n.º 222/2009, de 11 de setembro e pela Lei nº 59/2012, de 9 de novembro.³⁹

O contrato de crédito à habitação tem um escopo determinado: a aquisição da habitação. Contudo, o objetivo do mútuo concretiza-se imediatamente após a celebração do negócio, ou seja o imóvel é imediatamente adquirido pelos mutuários, e não ao longo da vida do contrato de mútuo. Como será explorado mais à frente, em caso de incumprimento, dá-se a execução da hipoteca e a consequente perda da casa pelos mutuários o que não significa que o resultado se tenha frustrado. Deste modo, conforme Menezes Leitão, o contrato de mútuo com escopo para obtenção de habitação significa uma obrigação do mutuário na aplicação da quantia mutuada e não numa forma de restrição da sua responsabilidade.⁴⁰

3. A hipoteca

Veja-se por exemplo que segundo o Banco de Portugal⁴¹, o crédito hipotecário é um contrato de crédito garantido por hipoteca, que recai sobre um imóvel, habitualmente a habitação do mutuário, sendo que também pode ser designado

³⁸ Cf. CORDEIRO, António Menezes – *Manual do Direito Bancário...*

³⁹ Cf. <https://www.bportugal.pt/pt-PT/Legislacaoenormas/Documents/Lei59ano2012.pdf>

⁴⁰ Cf. LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das obrigações, III...* p.420.

⁴¹ Portal do Cliente Bancário: <http://clientebancario.bportugal.pt/pt-PT/Paginas/inicio.aspx>

de crédito hipotecário, o contrato de crédito garantido por outro direito sobre coisa imóvel. Conforme referido anteriormente, o exemplo mais conhecido é o crédito à habitação regulamentado pelo DL n.º 349/98, mas também existem como créditos hipotecários, os contratos de crédito conexo, regulamentados pelo DL n.º 192/2009, de 17 de agosto, normalmente apelidados por “multiusos” ou “multiopções”, realizados com a mesma instituição com a qual é contraído o crédito à habitação e garantidos por hipoteca que recai, total ou parcialmente, sobre o imóvel que também serve de garantia ao contrato de crédito à habitação; e os contratos de crédito consolidado quando garantidos por hipoteca sobre um imóvel, os quais estão previstos no DL n.º 226/2012, de 18 de outubro e são os que decorrem da junção de diversos empréstimos anteriormente contratados pelo cliente bancário.⁴² Torna-se, deste modo, fundamental definir o conceito de hipoteca.

a. História do conceito

A hipoteca enquanto um direito real de garantia não foi sempre regulada de forma isolada no Direito Romano. Deste modo, a hipoteca e o penhor tiveram origem de uma forma mais vasta de direito real de garantia – *a fiducia cum creditore* – que incluía a transferência para o credor da propriedade do bem, do devedor ou de terceiros, sobre o qual recaía, mas realizando-se essa transmissão de domínio sob condição de que o credor o repusesse quando a dívida fosse satisfeita⁴³.

A hipoteca foi introduzida no direito romano, inicialmente como *conventio pignoris* e depois como *hypotheca*, e enquanto uma figura considerada e regulada isoladamente, de forma a garantir o pagamento da renda de prédios rústicos. A partir do século I a. C. a *hypotheca* alargou o seu universo, passando a garantir todas as coisas materiais, direitos e até patrimónios inteiros⁴⁴, sendo que podia ser composta por disposição legal ou por negócio *inter vivos* ou *mortis causa*.

⁴² <http://clientebancario.bportugal.pt/pt-PT/Credito/Paginas/CreditoHipotecario.aspx>

⁴³ Cf. DUARTE, Rui Pinto - *Curso de Direitos Reais...* p. 217

⁴⁴ Cf. LEITÃO, Luís Menezes - *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2015.

A hipoteca era à semelhança do penhor, uma garantia real e acessória, e o hipotecário era protegido pela *actio Serviana* e, depois, pela *actio quasi Serviana*⁴⁵ que permitia reivindicar a coisa hipotecada a qualquer possuidor.⁴⁶

A hipoteca extinguiu-se por venda ou destruição da coisa, renúncia, confusão, extinção da dívida garantida e por usucapião a favor de terceiro que possuísse a coisa hipotecada de boa-fé e com justo título durante dez (inter praesentes) ou vinte anos (contra absentes)⁴⁷. Somente em França, na sequência da Revolução Francesa, é que se vem a instituir o registo das hipotecas, permitindo a sua plena consagração no Code Civil (de 1804). Em consequência, a hipoteca veio a ser consagrada também nas restantes codificações europeias, como o BGB (German Civil Code) e o Código Italiano.⁴⁸

b. Enquadramento legal

Conforme o artigo 686º do CC⁴⁹, a hipoteca é um direito real de garantia (*rectius* garantia real) que confere ao credor o direito de desencadear a venda judicial de coisa certa⁵⁰ imóvel ou móvel registável pertencente ao devedor, ou a terceiro e, assim, ser pago pelo valor da sua venda, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo.

Os direitos suscetíveis de oneração por hipoteca são todos aqueles suscetíveis de alienação, conforme artigo 715º do CC⁵¹, sendo que se deverá considerar o que está disposto na lei (artigos 688º a 690º). Mas será fundamental o registo do respetivo ato constitutivo, para serem considerados outros direitos que não estejam discriminados na lei, desde que sejam suscetíveis de inscrição registal⁵².

Normalmente utilizada na vida económica e social, a hipoteca possibilita aos proprietários de bens imobiliários o acesso rápido ao crédito que lhes faculte,

⁴⁵ Também denominada *Serviana pignoratitia in rem* ou *hypothecaria* cf. JUSTO, A. Santos - *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 470.

⁴⁶ CRUZ, Sebastião – *Direito Romano (Ius Romanum)*. Coimbra: DisLivro, 1994.

⁴⁷ Cf. JUSTO, A. Santos - *Direitos Reais...* 2012

⁴⁸ Cf. LEITÃO, Luís Menezes - *Direitos Reais...* 2015.

⁴⁹ *Código Civil Português...* p. 179-180.

⁵⁰ A hipoteca pressupõe, como decorrência do princípio da especialidade, a determinação da coisa sobre que recai, do montante do crédito assegurado, dos seus acessórios, conforme artigo 693º do CC.

⁵¹ *Código Civil Português...* p. 187

⁵² Cf. GONZÁLEZ, José Alberto – *Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*. Lisboa: Quid Juris sociedade Editorial, 2009.

conseguir os capitais de que necessitam pelo prazo útil e com um mínimo de responsabilidades e, simultaneamente, atribui ao credor um risco diminuído de ver frustrado o seu crédito ⁵³.

A hipoteca reveste em todas as operações de crédito uma importância prática extraordinária que é explicada pela natureza imobiliária dos bens por ela abrangidos, natureza esta que também justifica a solução excecional de a eficácia da hipoteca depender do seu registo ⁵⁴, mesmo em relação às partes, conforme o artigo 687º CC, que refere “a hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes”⁵⁵.

Atualmente, o conceito de hipoteca ainda sofre um pouco por causa da evolução dos vários sistemas do Direito português, o que se verifica, segundo Rui Pinto Duarte⁵⁶, quando se constata que no Direito português, por detrás da linha distintiva aparente surge a linha distintiva consistente na posse de bens, uma vez que a hipoteca não confere posse ao credor. Além disto, a hipoteca é sempre uma garantia de uma obrigação, conforme artigo 686º, nº 2 do CC, “a obrigação garantida pela hipoteca pode ser futura ou condicional”⁵⁷.

Pode-se afirmar que, por um lado a hipoteca é a garantia de uma obrigação e, por outro, um direito real de garantia.

Existem três tipos de hipoteca conforme o artigo 703º do CC: legal, judicial e voluntária.

As hipotecas legais são aquelas que “resultam imediatamente da lei, sem dependência da vontade das partes, e podem constituir-se desde que exista a obrigação a que servem de segurança” (artigo 704º do CC). Contudo, esta hipoteca deve ser registada, porque o registo é um ato constitutivo, isto é, o credor tem o direito potestativo de exigir o registo, o que significa que não resultam imediatamente da lei. Estas hipotecas podem recair sobre quaisquer bens hipotecáveis do devedor, conforme o artigo 708º do CC refere, outra coisa não resulte da lei. Os casos de hipoteca legal estão elencados no artigo 705º do

⁵³ Cf. LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das obrigações, I...*

⁵⁴ Cf. JARDIM, Mónica – *Escritos de direito notarial...*

⁵⁵ *Código Civil Português...* p. 180

⁵⁶ DUARTE, Rui Pinto – *Curso de Direitos Reais...*

⁵⁷ *Código Civil Português...* p. 180

CC⁵⁸. Estas hipotecas constituem-se quando certo credor “requerer a inscrição registal correspondente nos termos, por exemplo, do artigo 50º do” CRPredial⁵⁹.

A hipoteca judicial tem igualmente a sua fonte na lei: enquanto um título constitutivo é uma decisão judicial que tanto pode ser uma sentença, ainda que não transitada em julgado, que condene alguém numa prestação em dinheiro, como pode ser um despacho saneador conforme artigo 710º, nº 1 do CC⁶⁰. Tal como as hipotecas anteriores, estas também podem incidir sobre quaisquer bens dos devedores.

Conforme o artigo 712º do CC⁶¹, a hipoteca voluntária depende do titular da coisa hipotecada que pode manifestar-se num contrato ou declaração unilateral. Conforme o artigo 714º do CC⁶², as hipotecas voluntárias recaem sobre o imóvel, devendo este constar de escritura pública, de testamento. Como se trata da maioria das situações praticadas, a hipoteca voluntária merece uma exploração maior.

O objeto da hipoteca, pode ser sobre prédios rústicos e urbanos, direito de superfície, direito resultante de concessões em bens do domínio público, usufruto, as coisas móveis registáveis, as partes dum prédio suscetíveis de propriedade autónoma, sem perda da sua natureza imobiliária e a quota de coisa ou direito comum, podendo com o consentimento do credor, a divisão da coisa ou direito comum limitar a hipoteca à parte que for atribuída ao devedor.⁶³

O regime jurídico da hipoteca consiste em facultar ao credor hipotecário a competência de fazer executar o seu objeto no caso de incumprimento da obrigação garantida, preferindo em relação aos credores comuns e aos outros credores hipotecários cujo registo seja posterior.

De facto, não haver a entrega da coisa sobre a qual incide a garantia, constitui um dos principais aspetos da hipoteca voluntária, uma vez que o aparecimento de novas garantias vieram pôr em causa a primazia anteriormente atribuída à

⁵⁸ *Código Civil Português* ... p. 184-185

⁵⁹ Cit. in GONZÁLEZ, José Alberto – *Direitos Reais e Direito Registal*... p. 61

⁶⁰ *Código Civil Português* ... p. 186

⁶¹ *Código Civil Português* ... p. 186

⁶² *Código Civil Português* ... p. 187

⁶³ Cf. JUSTO, A. Santos - *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2012.

hipoteca. Conforme o estudo de Cláudia Madaleno⁶⁴ essas garantias como os privilégios creditórios e o direito de retenção e arrendamento, em comparação com a hipoteca voluntária levou a autora a questionar a se a hipoteca é a mais segura das garantias, ou se pelo contrário, atribui apenas a segurança possível do ressarcimento do crédito. Conclui com o seu estudo, e com importância para a análise que se efetua nesta dissertação, que apesar de ter perdido o estatuto de “rainha das garantias”⁶⁵, por não garantir totalmente o ressarcimento do crédito garantido, pelo que há uma certa fragilidade na garantia hipotecária, uma vez que por exemplo não há lugar à entrega da coisa hipotecada, não deixa de constituir matéria essencial para o desenvolvimento económico e para o investimento em geral.

Em síntese, verifica-se de facto que a hipoteca poderá ser preterida em caso de concurso com os privilégios creditórios e o direito de retenção que, apesar de prevalecerem sobre ela, não estão sujeitos a registo.

Existem ainda alguns inconvenientes da hipoteca, uma vez que as formas utilizadas para a sua constituição adotam uma certa inflexibilidade, nomeadamente devido à grandeza económica dos bens abrangidos. Acresce ainda que a ação executiva, que é a única forma de o credor realizar o seu direito, pode revelar-se morosa, dado que não é admitida a venda extrajudicial de coisa hipotecária, como será explorado mais à frente nesta dissertação.

Por último, importa referir que toda a matéria da garantia hipotecária é orientada pela necessidade de harmonizar duas imposições económico-sociais, a tutela do crédito e a circulação dos bens, para as quais necessariamente se impõe normatividade que se encontra presente nas diferentes características da hipoteca a descreve abaixo.

c. Regras e características da hipoteca

Existem diferentes princípios e regras que são comuns às diferentes hipotecas. A necessidade de recurso a tribunal para a execução da hipoteca é judicial e,

⁶⁴ MADALENO, Cláudia – *A vulnerabilidade das garantias reais. A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

⁶⁵ Cf. MADALENO, Cláudia – *A vulnerabilidade das garantias reais...* p. 330

enquanto regra que resulta do sistema no seu conjunto, não resulta de nenhum preceito legal específico.

Fundamental na hipoteca, seja qual for o seu título constitutivo, só passa a ser existente a partir do instante que se realize a respetiva inscrição registal conforme os artigos 687º do CC (referido anteriormente) e o seu registo constitutivo, enquanto regra básica para que a hipoteca produza efeitos, conforme plasmado no CRPredial, artigo 4º, n.º 2 refere que são sujeitos a registo os factos constitutivos da hipoteca⁶⁶.

Outra regra importante é o âmbito físico, por exemplo da mutabilidade dos prédios enquanto uma fonte de potenciais dúvidas relativamente à ação humana e forças naturais.

Não se pode deixar de referir as obrigações cobertas, isto é, a determinação, segundo o artigo 96º, n.º 1, alínea a) do CRPredial, do crédito e seus acessórios e o montante máximo assegurado. No que respeita aos juros, a hipoteca nunca abrange mais do que os três anos, conforme o artigo 93º, n.º 2 do mesmo diploma⁶⁷.

A propósito, poderá referir-se que é um meio indireto de limitar quantitativamente os juros, que visa proteger as expectativas de terceiros em relação ao máximo permitido pela hipoteca e, tem como objetivo estimular a diligência do credor exequente. Poderá questionar-se qual o período de tempo a considerar que não é abrangido pela hipoteca e parece que seja o dos últimos três anos.

Uma das características mais relevantes da hipoteca é a sua indivisibilidade, determinada no artigo 696º do CC: “salvo convenção em contrário, a hipoteca é indivisível, subsistindo por inteiro sobre cada uma das coisas oneradas e sobre cada uma das partes que as constituam, ainda que a coisa ou o crédito seja dividido ou este se encontre parcialmente satisfeito.”⁶⁸

Outra, a da transmissibilidade e suscetibilidade de nova oneração dos bens, significa que a constituição de hipoteca não prejudica a transmissibilidade dos bens sobre quem incide. Segundo o artigo 695º do CC⁶⁹, a lei proíbe a cláusula

⁶⁶ *Código do Registo Predial*, disponível em <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/docs-legislacao/codigo-do-registo-predial/>

⁶⁷ *Código do Registo Predial*...

⁶⁸ *Código Civil Português*... p. 182.

⁶⁹ *Código Civil Português*... p. 182

pela qual o dono se obrigaria a não alienar ou a não onerar os bens hipotecados, contudo, é possível estipular que o crédito hipotecário se vencerá logo que esses bens sejam alienados ou onerados.

A transferência do direito de hipoteca para os créditos indemnizatórios significa que, em caso da coisa hipotecada se perder, deteriorar, ser expropriada ou acontecer outro facto análogo e existir lugar a indemnização, a hipoteca passa a incidir sobre a mesma. Depois de notificada a existência da hipoteca, o devedor da indemnização só se exonera da sua obrigação se os direitos do credor hipotecário forem respeitados, conforme o artigo 692º, nº 2 do CC⁷⁰.

Não deixa de ser importante perceber qual o destino dos arrendamentos feitos antes da penhora de imóveis hipotecados em caso de execução de hipoteca, verificando-se que, segundo a lei portuguesa, e conforme o artigo 1057º do CC⁷¹, a locação não cessa por força da alienação do bem locado, ficando o adquirente do mesmo substituído na posição de locador. Já no caso de venda judicial apenas caducam direitos reais (artigo 824º, nº 2 do CC⁷²).

Outra característica da hipoteca, a credibilidade, obedece a determinadas regras como: se a coisa hipotecada pertencer a terceiro é necessário o consentimento deste; a transmissão da hipoteca só é lícita para garantia de crédito que pertence a outro credor do mesmo devedor; a cessão tem de respeitar as regras da cessão de créditos; quando a hipoteca incide sobre mais do que uma coisa, só pode ser cedida na sua totalidade.

O credor pode exigir a substituição ou o reforço da hipoteca no caso do objeto da mesma perecer ou se tornar insuficiente para a segurança da dívida.

A hipoteca pode ainda ser expurgada no caso do adquirente de bens hipotecados querer se libertar da hipoteca, conforme os artigos 721º, 722º, 723º do CC⁷³.

⁷⁰ *Código Civil Português...* p. 181

⁷¹ *Código Civil Português...* p. 272

⁷² *Código Civil Português...* p. 214

⁷³ *Código Civil Português...* p. 188-189

d. Extinção da hipoteca

No artigo 730º do CC⁷⁴ estão elencadas as causas de extinção da obrigação. Enquanto garantia acessória, a hipoteca, tem associada automaticamente como primeira causa a extinção da obrigação a que serve de garantia.

A prescrição aparece como a segunda causa da extinção da hipoteca a favor de terceiro adquirente do prédio hipotecado, decorridos vinte anos sobre o registo da aquisição e cinco sobre o vencimento da obrigação conforme o artigo 730º alínea b) do CC.

A terceira causa de extinção da hipoteca é o perecimento total da coisa hipotecada e que leva também ao mesmo resultado, a não ser que se verifiquem os pressupostos do artigo 692º CC⁷⁵, ou seja no caso em que a hipoteca passa a recair sobre o crédito indemnizatório. Aqui, a lei permite ainda (artigo 730º, alínea c) do CC) que o credor exija ao devedor a substituição da coisa hipotecada que tenha perecido por causa não imputável a si próprio ou ao devedor.

Finalmente, surge a renúncia do credor (artigo 730º e 731º nº 1 do CC⁷⁶). Conforme o artigo 863º, nº 1 do CC⁷⁷ a renúncia à hipoteca implica apenas a abdicação da garantia e não a renúncia ao crédito garantido, cuja extinção se processa por remissão.

Existem ainda as causas que resultam dos princípios gerais, tais como: o decurso do prazo acordado ou a condição resolutiva a que a hipoteca se encontrava sujeita, assim como outras causas de extinção dispersas como a extinção da hipoteca pela sua expurgação, como já referido (artigo 721º, alínea b) do CC⁷⁸); o caso em que na extinção da hipoteca composta por terceiro quando, por facto positivo ou negativo do credor, não puder dar-se a sub-rogação do primeiro nos direitos deste (artigo 717º nº 1 do CC⁷⁹) e o caso de extinção de hipoteca que tenha por objeto um usufruto que entretanto se extinguiu (artigo 699º nº 2 do CC⁸⁰).

⁷⁴ *Código Civil Português...* p. 190-191

⁷⁵ *Código Civil Português...* p. 181

⁷⁶ *Código Civil Português...* p. 190-191

⁷⁷ *Código Civil Português...* p. 223

⁷⁸ *Código Civil Português...* p. 188

⁷⁹ *Código Civil Português...* p. 187

⁸⁰ *Código Civil Português...* p. 183

4. A transparência na divulgação e informação do crédito

O acesso a todos os elementos necessários para um negócio de crédito assim como toda a informação associada para levar a uma condução adequada de todos os processos de crédito, implicam uma atuação eficaz por parte daqueles operadores que têm como finalidade o exercício do crédito.

As instituições de crédito⁸¹, comumente apelidadas por “bancos”, representam em termos jurídicos a atividade creditícia, e as sociedades financeiras podem efetuar as operações de crédito.

Com a lei bancária, regulamentada pelo DL nº 298/92 de 31 de dezembro as instituições de crédito “são expressamente definidas com referência, aliás não exclusiva, à função creditícia; não assim as sociedades financeiras.”⁸²

Ao Banco de Portugal compete a monitorização das instituições de crédito, das sociedades financeiras, das entidades prestadoras de serviços de pagamento, em especial das instituições de moeda eletrónica e das instituições de pagamento.

E no intuito de clarificar adequadamente o que se espera das instituições de crédito, verifica-se no artigo nº 2, alínea w) do DL n.º 298/92 de 31 de dezembro, que a instituição de crédito “é a empresa cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder crédito por conta própria”. Daqui advém duas ideias fundamentais: o receber depósitos ou outros fundos e aplicar esses fundos na concessão de crédito. Com esta afirmação não se pretende delimitar as funções de uma instituição de crédito, mas sim realçar as mesmas. Além disto, entende-se pelo decreto de lei referido, que houve uma tentativa de transformar em obrigação um direito das instituições de crédito, ou seja, de disporem dos fundos recebidos, mas com o dever de os restituírem.

⁸¹ Segundo o Banco de Portugal, “as instituições de crédito são empresas cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder crédito por conta própria. No grupo das instituições de crédito destacam-se os bancos, mas dele também fazem parte as caixas económicas, a Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo e as caixas de crédito agrícola mútuo, as instituições financeiras de crédito e as instituições de crédito hipotecário. Enquanto os bancos podem praticar todo o tipo de operações autorizadas às instituições de crédito, as restantes instituições de crédito só podem exercer as atividades e praticar as operações permitidas pelas normas legais e regulamentares que regem a sua atividade. Cit. in <http://clientebancario.bportugal.pt/pt-PT/Instituicoes/Instituicoescredito/Paginas/default.aspx>

⁸² Cit. in PATRÍCIO, José Simões – *Direito do Crédito...* p. 74.

No que concerne a exclusividade da concessão de crédito, verifica-se no artigo 8º, nº 2 do DL nº 298/92 de 31 de dezembro: “só as instituições de crédito e as sociedades financeiras podem exercer, a título profissional, as atividades referidas nas alíneas b) a i), r) e s) do n.º 1 do artigo 4.º, com exceção da consultoria referida na alínea i).”⁸³ Na verdade, a lei não define de forma positiva concessão ou operação de crédito, mas atribui, entre outras operações, conforme artigo 4º, alínea b), concessão de garantias e outros compromissos, locação financeira e *factoring*. Verifica-se deste modo, que não são delimitadas as operações de crédito, ou o que elas são.

A concessão de crédito efetuada pelas instituições financeiras obedece a uma série de regras estipuladas na lei, e que estão previstas, conforme já referido, no artigo 4º, mas por outro lado, os deveres das mesmas passam por estabelecer uma relação adequada com os clientes, a qual está regulamentada no artigo 77º, A à D do referido diploma.

O dever por parte das instituições de crédito de facultar informação com clareza e de forma adequada, passa por o cliente avaliar antecipadamente as condições que lhe são apresentadas pelas instituições previamente à celebração de um contrato ou da aquisição de um produto ou serviço bancário, decompondo cuidadosamente os respetivos custos, remunerações e os riscos que podem eventualmente ocorrer, conforme previsto no artigo 77º - A, n.º 2.

A informação facultada pelas instituições de crédito deve ser clara e completa (artigo 77º- A, nº 5) e respeitar princípios de transparência e rigor em todas as fases de acesso a operações de crédito ou aplicações de poupanças⁸⁴.

⁸³ Decreto de Lei nº 298/92, 31 dezembro disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-pt/legislacaoenormas/documents/regimegeral.pdf>

⁸⁴ Da divulgação através de campanhas de publicidade à informação sobre as condições para a respetiva contratação (através do preçário da instituição), estendendo-se às fases pré-contratual, de celebração do contrato e durante a sua vigência. As campanhas de publicidade das instituições têm de obedecer aos princípios e regras explicitados no Aviso n.º 10/2008. Na informação que divulgam através do “Preçário” - sobre as condições dos produtos e serviços bancários que comercializam -, as instituições cumprem as regras definidas no Aviso n.º 8/2009 quanto ao tipo de informação e ao formato em que a mesma é divulgada. Esta informação é, assim, apresentada de forma harmonizada por todas as instituições, assegurando ao cliente a comparação fácil dos Preçários das várias instituições. O Preçário inclui todas as comissões e principais despesas associadas aos produtos e serviços das instituições, bem como as taxas de juro representativas das operações que estas praticam habitualmente, estando disponível em todos os balcões e locais de atendimento ao público e também nos sítios da Internet das instituições. Cit. in <http://clientebancario.bportugal.pt/pt-PT/Instituicoes/Instituicoescredito/Paginas/default.aspx>

Existem normas regulamentadas pelo Banco de Portugal que respeitam o direito à informação no processo de escolha e de contratação, por exemplo, de crédito à habitação e, em simultâneo está prevista uma determinada informação pré-contratual prestada pelas instituições, através da entrega de Fichas de Informação Normalizadas (FIN)⁸⁵ aos seus clientes, designando qual a informação fundamental a constar nos contratos, nomeadamente o *cash flow*, a variação da taxa de juro (se for variável), informação do mútuo aprovado e seus condicionalismos, bem como a minuta (respetivas cláusulas, e ler com especial atenção aquelas que fixam encargos e as que digam respeito ao direito de retratação ou de resolução do contrato) que transparece esses condicionalismos e outros deveres direitos imbuídos no próprio crédito.⁸⁶

No âmago do direito bancário surge a concessão de crédito, enquanto uma atividade sujeita a vários riscos, os quais devem ser observados e prevenidos pelas instituições de crédito, procurando a sua própria proteção assim como da dos mutuários e evidentemente do próprio sistema financeiro.

A possibilidade de insolvência é um dos possíveis riscos, com o maior destaque entre todos para o mutuário, uma vez que com a crise financeira vivida nos últimos anos, assiste-se a um fenómeno económico, com consequências sociais devastas e desestruturantes das famílias e empresas portuguesas.

De facto, existem várias circunstâncias que podem afetar negativamente o grau de solvência de um mutuário e sujeitar o pagamento das prestações a que este se obrigou, como por exemplo, no divórcio, morte ou desemprego. No exercício da sua atividade os bancos gerem os riscos, exigindo a prestação de garantias do cumprimento das obrigações assumidas pelos mutuários, devendo facultar aos

⁸⁵ Ver Anexo I

⁸⁶ Antes de assinar o contrato, o cliente deve rever o seu conteúdo, para analisar da necessidade de eventuais ajustamentos do contrato-tipo ao seu caso concreto. O cliente deve ter em atenção que o contrato poderá conter cláusulas que remetam para o Preçário da instituição, o que significa que alguns dos custos poderão ser revistos pela instituição ao longo do período de vigência desse contrato. As normas que regulam a transparência da informação prestada no âmbito da celebração, da renegociação e da transferência dos contratos de crédito à habitação aplicam-se aos: contratos de crédito conexo (DL n.º 192/2009, de 17 de agosto); e contratos de crédito hipotecário ou garantidos por outro direito sobre coisa imóvel (como, por exemplo, a consignação de rendimentos ou o direito de usufruto) (DL n.º 226/2012, de 18 de outubro). Cit. in <http://clientebancario.bportugal.pt/pt-PT/Instituicoes/Instituicoescredito/Paginas/default.aspx>

clientes um documento informativo onde estão descritos os seus direitos e deveres.

Na verdade as instituições de crédito devem acompanhar continuamente e sistematicamente o cumprimento dos contratos de crédito dos clientes, para que seja possível assinalar possíveis sinais de risco de incumprimento. Devem igualmente possuir estruturas que permitam dar o apoio necessário aos clientes, nomeadamente, comunicar as dificuldades inerentes ao pagamento dos créditos estando deste modo aptas para criar medidas de prevenção ao incumprimento.

A avaliação da capacidade financeira do cliente deve ser feita sempre que houver algum sinal de risco de incumprimento, seja porque o Banco o constata ou seja porque o cliente informe dessa existência. Ao confirmar-se tal situação, deve ser proposta uma reestruturação das condições do contrato e, caso o cliente tenha capacidade financeira, poderá ser proposta a consolidação de créditos.

Capítulo II - Subsidiariedade

1. História e conceito

O conceito de subsidiariedade nos seus primórdios circunscrevia-se em torno de várias ciências sociais, motivo pelo qual levava designadamente a interpretá-la enquanto uma definição da atuação no espaço da pessoa humana numa determinada sociedade.

Ora, considerando esta mesma atuação interpessoal, que naturalmente origina situações resultantes dessa correlação social, gera posições de superioridade e de inferioridade mediante a constatação do facto gerado. Aqui o clero detinha uma posição extremamente importante, através do seu papel protetor social, implementando a orgânica relacional entre a pessoa humana no seu papel social e familiar e da comunidade no seu todo, bem como na institucionalização dos diversos poderes detidos nas várias organizações existentes. Havia uma preocupação que a posição dominante devia cingir-se a regras de atuação controladas e limitadas sobre a posição dominada mantendo, desta forma um nível de equilíbrio social, facultando uma certa elasticidade de ação e reação, tendo também por base a premissa essencial à data, ligada à ajuda dos menos capazes e necessitados, resolvendo assim conflitos entre os vários degraus de ação dominante dotadas de *ius imperium*.

Por tal, e insurgindo-se a uma solução de igualdade, existiu a necessidade de colocar um travão à superioridade, estabelecendo um perímetro de atuação e deixando transparente uma igualdade entre todos. Desta forma, estabeleceu-se um pilar principal da democracia, ao criar uma sinergia entre a classe social com menos capacidade económica e de inserção na vida político-social e um estado detentor de todo o poder institucionalizado. Assim, o conceito de subsidiariedade estabelece no seu campo de implementação um equilíbrio de justiça, adequado à prossecução de um fim coerente, consensual e de bom senso.

Ora, não tardou, através de uma sábia visão, a expansão da aplicabilidade de um conceito agora formado como princípio credível no âmbito de grande parte das ciências sociais, nomeadamente, político e económico, vislumbrando a integração

no campo jurídico. A subsidiariedade preconiza o envolvimento numa dinâmica⁸⁷ de ações e reações estabelecidas dentro de certos parâmetros e regras mediante os acontecimentos em causa. A mesma advém, desta forma, imbuída de diversas atuações, em cenários diversos adaptando-se à realidade de cada um, consentindo desta forma uma absorção rica em experiências, consubstanciando-se como recurso da comunidade.

Aparentemente pela sua imparcialidade, a subsidiariedade é vista e interpretada por alguns como um trampolim que permite e transporta para, a salvação, ou a magia envolta desta palavra que se traduz na resolução consensual e organizada de uma forma de distribuição de poderes inatacáveis e cheios de novidade, tendo como ponto de partida as necessidades da pessoa humana e da comunidade.⁸⁸

Pode-se aferir o princípio da subsidiariedade da seguinte afirmação: “a entidade ou comunidade maior deve intervir quando a entidade ou comunidade mais pequena estiver na situação de não cumprir e, só neste caso, com as obrigações por si assumidas”⁸⁹. Durante o século XX e, manifestamente acompanhada por uma evolução sedenta de soluções pós-guerra, surgiu a importância da sua aplicabilidade no âmbito da política europeia, pois a sua adaptação multidisciplinar permite um enriquecimento elucidativo da cultura, economia, política internacional e educação.

Este auxílio foi extremamente importante, pois revelou-se primordial nas ajudas às comunidades, seus grupos e indivíduos, uma vez que permitiu uma alavancagem a nível político abrindo portas para novos horizontes inicialmente inatingíveis, nomeadamente a esfera económica. A integração do princípio da subsidiariedade no âmbito económico, proporcionou a criação de novos negócios, desenvolvidos no sentido de levar e manter uma simbiose de entreajuda internacional e subseqüentemente, com as devidas adaptações a nível do ordenamento jurídico de cada país, visto estar-se assistir à existência de uma fórmula amplamente resolúvel de situações proeminentes do dia-a-dia.

⁸⁷ Cf. SARAIVA, Rute Gil - *Sobre o princípio da subsidiariedade: génese, evolução, interpretação e aplicação*. Lisboa: AAFDL, 2001.

⁸⁸ Cf. MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira - *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 19.

⁸⁹ Cit. in LACERDA, J. L. - *O Federalismo em Portugal: uma reforma democrática*. Herstellung & Verlag: BoDtm – Books on Demand, Norderstedt, 2013, p. 121.

A exponente potencialidade da subsidiariedade foi categoricamente plasmada através do Tratado de Maastricht, elencado no tratado da Comunidade Europeia onde surge a inserção do preceito e aplicabilidade da subsidiariedade no âmbito das condições de vida ambientais. Antecedentemente, a subsidiariedade não se consubstanciava num princípio universal de direito, com subsistência capaz de ser mensurada a legitimidade das ações das Comunidades Europeias. O princípio da subsidiariedade inflige-se sobre todas as instituições da União Europeia e detém uma vertente prática, especificamente, na generalidade dos métodos legislativos.

Referido no contexto da União Europeia, o princípio da subsidiariedade serve de índice estabilizador das práticas não exclusivas da União e deixa de fora o avanço da União Europeia quando um certo caso pode ser tipificado de modo eficiente pelos estados membros a nível central, regional e local. Deste modo, faculta legitimidade à União Europeia para exercer os seus poderes quando a prossecução de determinado fim não seja possível ser realizado pelos estados - membros com grande sucesso e a intervenção a nível da União Europeia fizer a diferença para ajuda de algo melhor.

Desta forma, o Parlamento Europeu estabeleceu a conceção de subsidiariedade, na fase da elaboração do projeto do Tratado da União Europeia, que sugeriu um normativo estabelecendo regras. Assim, sempre que o Tratado atribua à União Europeia uma competência que confronte com as competências dos estados membros, estes agem na eventualidade da não aceção de uma ação regulamentar por parte da união. O respetivo projeto mantém a premissa de que, a União Europeia tem o dever de intervir especificamente para conduzir a bom porto os afazeres suscetíveis de serem realizados em comum, de forma mais eficiente do que por cada estado membro individualmente.

O princípio da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade coordenam a atuação das valências da União Europeia. No campo do qual, esta não tem valência exclusiva, a subsidiariedade através do seu princípio tem como intenção facultar proteção à autonomia de decisão e de exercício das comunidades e credibilizar a ingerência da União Europeia. Naturalmente, se o propósito final de um exercício não tiver a oportunidade de ser perspetivado, isto é, consolidado

pelas comunidades, havendo a capacidade de ser com sucesso obtido através da União Europeia, correspondente às proporções ou efetivamente à prossecução do exercício constatado. A inclusão dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade nos tratados europeus intenta, alcançar atuação das atribuições o mais próximo das pessoas, para que, desta forma, se contemple uma boa gestão equitativa e protetora.

Nesta fase, o Tratado de Amesterdão insurgiu-se no seu conteúdo com implementação de diretrizes não tipificadas nos Tratados, mas constantemente e comumente assimiladas no campo de aproximação global. No que concerne à aplicação do princípio da subsidiariedade, estas converteram-se em regras vinculativas e suscetíveis de controlo.

Tal implementação leva à ponderação e alteração do sistema legislativo, conforme se verifica no Tratado de Lisboa no artigo 5º, nº1, “A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”⁹⁰. Iniciou-se deste modo, com o reforço das funções dos parlamentos nacionais e dos tribunais Judiciais, no controlo do respeito pela aplicabilidade do princípio da subsidiariedade através do tratado de Lisboa, ao inserir um ponto de partida claro mediante a vastidão da globalização que não vá para além do âmbito nacional da aplicabilidade de tal princípio. Este, por sua vez, reforçou também o papel do comité das regiões e facultou uma alternativa ao confiar nas atuações dos parlamentos nacionais, de participação dos parlamentos regionais com faculdades de legislar preventivamente sob um sistema existente sob esta base.

O Tratado de Lisboa plasmou o princípio da subsidiariedade no seu artigo 5.º n.º 3⁹¹, e foi mais além ao incluir um ponto explícito à extensão regional e local desse princípio e, aqui se verifica, tal confiança e inovação no que concerne ao papel praticado pelos parlamentos nacionais no controlo do cumprimento do princípio da subsidiariedade.

⁹⁰ Cit. in Assembleia da República – *Tratado de Lisboa, versão consolidada*. Lisboa: Divisão de Edições da Assembleia da República, 2008 disponível em https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf, p. 19-20.

⁹¹ Cit. in Assembleia da República – *Tratado de Lisboa...* p. 20

Este, por sua vez, também reforça exponencialmente como base de tal princípio, uma via para o incentivo da cooperação dos parlamentos nacionais no exercício da tomada de decisão. Houve porém, a necessidade de inclusão de novas políticas, e entretanto outras obtiveram permissão para uma maior amplitude de atuação em vários cenários, surgindo desta forma, a oportunidade de realizar e apelar à solidariedade, à segurança, bem como aos direitos de propriedade intelectual.

No cômputo geral, a intenção e a finalidade do princípio da subsidiariedade assenta na transferência de um certo nível de autonomia a uma autoridade subordinada a uma esfera hierarquicamente superior, logo, traduz-se numa distribuição de competências entre diversos níveis de poder.

A subsidiariedade, por consequência foi trazida para o âmbito da esfera do direito, para poder amparar como princípio limitador de valências, pois tal anuência faz com que, para cada caso existente na correlação interpessoal, possa ser útil e eficaz na sua resolução, aquando do seu recurso por esta ciência jurídica.

“Por direito subsidiário entende-se então que é um sistema de normas jurídicas chamadas a colmatar as lacunas de outro sistema, podendo distinguir-se o direito subsidiário geral, que tem em vista a ordem jurídica na totalidade, do direito subsidiário especial, que visa tão só um ramo do direito, uma instituição”⁹².

Em Portugal, o princípio da subsidiariedade, não se encontrava plasmado na constituição de 1976, mas, à semelhança do que se verificava no âmbito da sua atuação por diversos estados europeus, naturalmente, Portugal não havia deixar-se ficar para trás, acompanhando a evolução europeia e aderindo à sua aplicabilidade. Por tal, e visando a comunidade Portuguesa, constata-se que foi fácil e aprazível a assimilação deste princípio, pelas raízes solidárias da nação e do seu próprio espírito de entreajuda.

O princípio da subsidiariedade, encontra-se intimamente ligado com a linha de pensamentos e ações dos estados que tenham como sistema de governo a democracia, daí que, chegou a altura, da inserção do conceito no sistema jurídico, encontrando-se desta forma, acolhido e regulado nos princípios fundamentais da Constituição Portuguesa, sob o artigo 6º nº1, “O Estado é unitário e respeita na

⁹² Cit. in Cf. MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira - *O princípio da subsidiariedade...* p. 19

sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública”⁹³.

A partir desta premissa, se abre uma visão maior de horizontes, podendo consubstanciar-se com mais clareza e segurança na boa prática da aplicabilidade do princípio da subsidiariedade, sobre as mais vastas e diversas vicissitudes emergentes da relação interpessoal e institucional das mais possíveis vertentes.

2. Formas de resolução de natureza jurídica no âmbito da subsidiariedade

Assim, se pode desenvolver o proposto e, retomando os objetivos desta dissertação, dando-se um exemplo de subsidiariedade existente no ordenamento jurídico português, que pode ser o motor para a disseminação do princípio da subsidiariedade nas restantes garantias, assim como nas competências institucionais, desde que devidamente regulamentadas.

Tendo em consideração as enumeras visões sobre a natureza jurídica da responsabilidade do mutuário ou da instituição de crédito verifica-se o regime jurídico latente da fiança, tal como se encontra plasmada nos artigos 627^o e ss do CC⁹⁴.

A figura da fiança integra uma garantia das obrigações, detida na esfera individual e específica, pela qual uma terceira pessoa denominada fiador sustenta a concretização de uma obrigação do potencial devedor, responsabilizando-se pessoalmente com o seu património perante o credor. De sublinhar como característica e que constitui o âmago da fiança como garantia pessoal, é justamente a subsidiariedade da obrigação do fiador perante a obrigação do devedor originário da obrigação, o afiançado.

Como, disposto no artigo 638^o do CC⁹⁵ o princípio da subsidiariedade acarreta que o credor unicamente possa impor o cumprimento por parte do fiador após a excussão do património do devedor afiançado, e, quando existem garantias reais

⁹³ Cit. in MIRANDA, Jorge; PEREIRA DA SILVA, Jorge - *Constituição da República Portuguesa*, VII revisão. Estoril: Príncipia Editora Limitada, 2006

⁹⁴ *Código Civil Português...* p. 165

⁹⁵ *Código Civil Português...* p. 168

sobre o património do devedor, o fiador poderá rejeitar o cumprimento da dívida antes da excussão dos bens sobre os quais incide a garantia real, conforme o artigo 639º do CC⁹⁶.

Contudo pode dar-se a omissão da subsidiariedade, como se pode verificar pelo artigo 640º do CC⁹⁷. Fundamentalmente, a vontade do fiador é primordial para apartar o benefício da excussão, uma vez que a exclusão disposta na alínea b) do referido artigo atua de forma objetiva somente em circunstâncias específicas: “se o devedor ou o dono dos bens onerados com a garantia não puder, em virtude de facto posterior à constituição da fiança, ser demandado ou executado no território continental ou das ilhas adjacentes”.

Mesmo considerando o benefício da excussão de forma autónoma, é interessante verificar que o credor pode, requerer somente o fiador, conforme o artigo 641º do CC⁹⁸, mas sempre com a hipótese de chamar o devedor no sentido de executar a excussão prévia do seu património. Desta forma, materializa-se a responsabilidade subsidiária que está implícita à relação entre o devedor e o fiador comparativamente ao credor.

Como exemplo da atribuição da responsabilidade subsidiária verifica-se que a subsidiariedade está presente na responsabilidade dos membros dos órgãos sociais de uma sociedade, resultante do artigo 23º e 24º nº 1 da LGT⁹⁹ e, considerando que a responsabilidade subsidiária é uma regra a nível fiscal, realiza-se por reversão fiscal que depende da “fundada insuficiência dos bens penhoráveis do devedor principal e dos responsáveis solidários, sem prejuízo do benefício da excussão” em correspondência com o previsto no artigo 638º do CC¹⁰⁰. Contrariamente, a responsabilidade solidária através da qual o credor pode acionar a mesma, só se efetua se os bens do devedor inicial não forem bastantes para satisfazer a dívida, sendo responsáveis apenas no mediato, mantendo a

⁹⁶ *Código Civil Português...* p. 168

⁹⁷ *Código Civil Português...* p. 168

⁹⁸ *Código Civil Português...* p. 168

⁹⁹ *Lei Geral Tributária* Disponível em

http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/lgt/

¹⁰⁰ Cit. in *Código Civil Português...* p. 168

responsabilidade solidária entre os devedores subsidiários.¹⁰¹ Aqui, as responsabilidades do fiador e do responsável tributário subsidiário, ou seja, fiador legal caracterizam-se pela responsabilidade subsidiária: de forma objetiva para o primeiro, e de forma mais subjetiva para o segundo.¹⁰²

De forma a concluir, se não renunciar ao benefício da excussão prévia verifica-se uma implementação da subsidiariedade, se renunciar ao mesmo pode-se considerar um devedor solidário, uma vez que a entidade pode ir diretamente ao património.

3. Responsabilidade subsidiária *versus* responsabilidade solidária

Considerando o conceito tantas vezes enunciado de responsabilidade subsidiária, entende-se que se trata da responsabilidade daquele que tem por obrigação de completar o que o gerador da dívida ou débito não foi capaz de suportar sozinho. Assim, a entidade subsidiária só responde pela dívida ou débito, depois de verificado que os bens do devedor principal não são suficientes para a satisfação do débito, respondendo através das diferentes garantias obrigacionais existentes na lei já abordadas anteriormente.

Na verdade, e dentro da contextualização elaborada com base no Tratado da União Europeia, a responsabilidade subsidiária, no que concerne o crédito hipotecário é aquela que pressupõe no caso de incumprimento, a extinção da obrigação de um outro devedor, dito principal, atribuindo essa responsabilidade ao credor. Aliás, como já acontece na fiança, havendo a extinção ou impossibilidade de pagamento por parte do devedor, responde o devedor subsidiário, ou seja, ao fiador.

Por responsabilidade solidária entende-se a responsabilidade equivalente, igual, da mesma natureza, obrigando-se em condições de igualdade, ao devedor principal. Segundo o artigo 497º, nºs 1 e 2 do CC¹⁰³, “se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade” e “o direito de

¹⁰¹ Cf. AMORIM, José de Campos et al (coord) – *Lei Geral Tributária, Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de dezembro, atualizado até à lei nº 13/2016 de 23 de maio*. [Consult. 25 set 2016] Disponível em <http://www.lexit.pt/>

¹⁰² Cf. AMORIM, José de Campos et al (coord) – *Lei Geral Tributária...*

¹⁰³ Cit. in *Código Civil Português...* p. 133

regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis.”

Considerando que existe uma obrigação solidária, verifica-se tratar-se duma obrigação conjunta principal e não de reserva. Mais, é uma obrigação que não se presume mas sim que resulta da vontade das partes, expressa em contrato, ou então da lei.

Comparativamente, na responsabilidade solidária não há ordem de preferência entre os responsáveis, podendo ser interpelado um ou todos os envolvidos, enquanto na responsabilidade subsidiária deve ser respeitada a ordem de preferência entre os responsáveis, isto é, o devedor principal é o primeiro a ser chamado, e se houver o caso de incumprimento deste, apela-se aos devedores subsidiários.

Capítulo III - Ajudas existentes de resolução no incumprimento do crédito hipotecário

1. Enquadramento legal português

A prevenção e gestão do incumprimento em Portugal caracteriza-se por uma obrigação para que as instituições de crédito elaborem e implementem um Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI). Trata-se de um plano que tem como objetivo impor procedimentos que conduzam ao acompanhamento da execução dos contratos de crédito e criar uma obrigação de monitorização do risco de o cliente bancário vir a não cumprir. Este plano permite prevenir situações de incumprimento por parte dos seus clientes.

O enquadramento legal está regulamentado quanto à prevenção e gestão de situações de incumprimento e é composto por vários diplomas, que são o resultado de diferentes intervenções legislativas que ocorreram em 2012.¹⁰⁴ Primeiro identifica-se o DL n.º 227/2012, de 25 de Outubro, o Regime Geral, o qual aprovou as medidas para a prevenção e regularização extrajudicial de situações de incumprimento dos contratos de crédito. Este diploma antevê o acompanhamento e gestão das situações de risco de incumprimento e regula extrajudicialmente as mesmas situações, estabelecendo os princípios e regras que as instituições de crédito devem cumprir para prevenção e regularização nos casos de incumprimento de contratos de crédito celebrados por clientes bancários.

De acordo com o enquadramento legal descrito foi criado o Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI) e o Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI), assim como a Rede de Apoio ao Consumidor Endividado (RACE).

Como resultado do disposto no DL n.º 227/2012, de 25 de outubro, sublinha-se o aviso n.º 17/2012 que consubstancia os deveres que as instituições de crédito

¹⁰⁴ BANCO DE PORTUGAL - *Prevenção e gestão do incumprimento de contratos de crédito celebrados com clientes bancários particulares*, 2014, p. 9 e ss.

estão obrigadas a observar no âmbito da prevenção e da regularização extrajudicial de situações de incumprimento de contratos de crédito¹⁰⁵.

Foi igualmente criado, conforme a Lei n.º 58/2012, de 9 de novembro, o Regime Extraordinário de proteção de devedores que se encontrem em situação económica muito difícil, de crédito destinado à aquisição, construção ou realização de obras de conservação e de beneficiação de habitação própria permanente. Posteriormente, este diploma foi alterado pela Lei n.º 58/2014, de 25 de agosto e publicada a Lei n.º 59/2012, de 9 de novembro, que trouxe reservas para os mutuários de crédito à habitação, assim como, veio modificar o Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro, que estabelece o novo Regime Jurídico da Concessão de Crédito à Habitação Própria.¹⁰⁶

Ainda a este propósito, a Instrução n.º 44/2012, de 17 de dezembro prevê a obrigação de reporte ao Banco de Portugal da informação relativa aos contratos de crédito integrados no PERSI e aos contratos de crédito no âmbito do Regime Extraordinário e a Carta-Circular n.º 93/2012/DSC, com orientações relativas à articulação entre o PERSI e o procedimento enunciado no Regime Extraordinário. Com relevo para este âmbito, a Carta-Circular n.º 98/2013/DSC, concretiza as boas práticas que devem delinear a aplicação do Regime Extraordinário por parte das Instituições de Crédito. Por último, o Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio, procede à classificação e contagem do prazo das operações de crédito, dos juros remuneratórios, da capitalização de juros e mora do devedor.¹⁰⁷

2. Medidas do plano de reestruturação

No âmbito de um plano de reestruturação, plano esse pensado pela instituição financeira, que, consoante as condições do cliente bancário, aplica uma das medidas complementares existentes.

¹⁰⁵ Cf. BANCO DE PORTUGAL - *Prevenção e gestão do incumprimento de contratos de crédito celebrados com clientes bancários particulares*, 2014, p. 75.

¹⁰⁶ Cf. BANCO DE PORTUGAL - *Prevenção e gestão do incumprimento de contratos de crédito celebrados com clientes bancários particulares*, 2014.

¹⁰⁷ Cf. BANCO DE PORTUGAL - *Prevenção e gestão do incumprimento de contratos de crédito celebrados com clientes bancários particulares*, 2014.

Não deixa contudo, de ser importante realçar que durante o empréstimo existem algumas medidas que permitem tanto à instituição de crédito como ao cliente bancário um “desafogo” no que concerne o bom desenrolar do crédito em causa. Por um lado, no que toca a instituição de crédito, a inclusão da fiança caso não tenha sido contratada *ab initio* funciona enquanto uma garantia adicional. Por outro lado, para o cliente bancário, o estabelecimento de um período de carência onde só se pague única e exclusivamente juros e não haja amortização do capital em dívida, permite uma diminuição da prestação mensal.

Ainda tendo em consideração o que pode ser feito durante o empréstimo, poderá ser planeada a possibilidade de prolongamento do prazo, diminuindo igualmente a prestação mensal do pagamento, muito embora esta medida não seja benéfica porque irá aumentar a longo prazo os juros. Finalmente, e se possível, poderá ser estabelecida a contratação de um novo mútuo para reestruturação do crédito, isto é, uma renegociação.

As medidas complementares, que fazem parte do plano de reestruturação e que estão previstas na lei, são apresentadas pela instituição de crédito ao mutuário numa proposta de plano de reestruturação da dívida decorrente do crédito à habitação. Essas medidas são, conforme artigo 10º da Lei n.º 58/2012, de 9 de novembro (alterada pela Lei n.º 58/2014, de 25 de agosto) – Regime Extraordinário: a concessão de um período de carência, relativo ao pagamento das prestações mensais a cargo do mutuário ou estabelecimento de um valor residual no plano de amortizações; a prorrogação do prazo de amortização do empréstimo; a redução do *spread* aplicável durante o período de carência; e a concessão de um empréstimo adicional autónomo destinado a suportar temporariamente o pagamento das prestações do crédito à habitação¹⁰⁸.

No que concerne o tema desta dissertação, interessa focalizar a atenção nas medidas que regulamentam situações que não são resolúveis com as medidas complementares. Neste caso, o cliente bancário terá direito à aplicação de medidas substitutivas da execução da hipoteca do imóvel em determinadas situações: a proposta do plano de reestruturação apresentado pelo banco é impraticável e a instituição de crédito decide não propor ao cliente bancário as

¹⁰⁸ Cf. BANCO DE PORTUGAL - *Prevenção e gestão do incumprimento de contratos de crédito celebrados com clientes bancários particulares*, 2014, p. 45

medidas complementares; ou quando o cliente bancário tenha em incumprimento três prestações seguidas do plano de reestruturação e não consiga chegar a um acordo com a instituição de crédito sobre a adoção de medidas complementares. De realçar que, para que uma medida substitutiva seja aplicada, implica a extinção de processos judiciais que estejam a decorrer com o objetivo da execução da dívida do crédito à habitação. É função da instituição de crédito impulsionar a avaliação (custo suportado pelo cliente bancário) da habitação para que estas medidas sejam aplicadas.

Assim, as medidas substitutivas previstas na Lei n.º 58/2012, de 9 de novembro (alterada pela Lei n.º 58/2014, de 25 de agosto) – Regime Extraordinário¹⁰⁹, artigo 21º, alíneas a), b) e c) e que poderão ser propostas ao cliente são as seguintes: a dação em cumprimento da habitação hipotecada, a alienação do imóvel a um Fundo de Investimento Imobiliário para Arrendamento Habitacional (FIIAH) e a permuta da habitação por uma outra de valor inferior.

Observando cada uma delas com mais pormenor, surge em primeiro lugar a dação em cumprimento (explorada mais á frente nesta dissertação no âmbito dos modo de pagamento) do imóvel hipotecado a qual se concretiza com a entrega do imóvel à instituição de crédito para liquidação da dívida.

Conforme o artigo 21º, alínea a), nº 1 e 2, Lei n.º 58/2012, de 9 de novembro (alterada pela Lei n.º 58/2014, de 25 de agosto) – Regime Extraordinário¹¹⁰, a totalidade da dívida da dação em cumprimento só é extinta quando acontecem umas das seguintes situações: a soma do valor da avaliação do imóvel for, pelo menos, igual ao valor do empréstimo inicial, avaliação essa efetuada para efeitos de aplicação das medidas substitutivas, e das quantias já entregues a título de reembolso de capital; ou o valor da avaliação do imóvel (efetuada para efeitos de aplicação das medidas substitutivas) se for igual ou superior ao capital que se encontre em dívida.

¹⁰⁹ Cf. BANCO DE PORTUGAL - *Prevenção e gestão do incumprimento de contratos de crédito celebrados com clientes bancários particulares*, 2014, p. 49

¹¹⁰ Cf. BANCO DE PORTUGAL - *Prevenção e gestão do incumprimento de contratos de crédito celebrados com clientes bancários particulares*, 2014, p. 50

Quando a dação em cumprimento não extingue a totalidade da dívida, o cliente permanece obrigado ao pagamento da importância igual à diferença entre o capital em dívida e o valor de avaliação do imóvel.

Depois de ter sido acordada a dação em cumprimento, o cliente bancário pode continuar no imóvel por um período de seis meses, durante o qual beneficia de carência de capital, pagando apenas juros. De forma a conseguir esta situação o cliente tem de celebrar com a instituição de crédito um contrato de promessa de dação e se a instituição de crédito o solicitar, deve ser outorgada a favor desta uma procuração irrevogável para a celebração do contrato de dação. Se não aceitar a proposta de dação em cumprimento, o cliente bancário perde o direito à aplicação de outras medidas substitutivas.

No caso da alienação do imóvel a um FIIAH, e como se pode verificar pelo artigo 21º, nº1, alínea b), referido anteriormente, a importância paga pelo Fundo é entregue diretamente à instituição de crédito que com a qual liquida toda ou parte da dívida do cliente. Deste modo, a totalidade da dívida só é extinta pela venda do imóvel a um FIIAH quando a soma da importância paga pelo FIIAH para obtenção do imóvel e das quantias entregues pelo cliente bancário a título de reembolso de capital for, pelo menos, igual ao total do empréstimo; ou então quando para a aquisição do imóvel o montante pago pelo FIIAH for igual ou superior ao capital que se encontre em dívida.

Quando sucede que a alienação do imóvel ao FIIAH não anula a totalidade da dívida, o cliente permanece sujeito ao pagamento do montante igual à diferença entre o capital em dívida e o valor da venda do imóvel. Correndo o risco de perder o direito à aplicação de outra medida substitutiva, o cliente bancário não pode recusar a venda do imóvel ao FIIAH. Contudo, pode continuar na habitação adquirida pelo Fundo enquanto arrendatário, beneficiando assim de opção de compra do imóvel.

No que concerne a medida de permuta do imóvel, e segundo artigo 21º, nº 1, alínea c) da lei referida, permite ao cliente trocar a sua habitação por outra de valor inferior. Com a permuta, o capital em dívida é reduzido no montante que corresponde à diferença de valor entre os imóveis. A habitação de valor inferior pode ser da instituição de crédito ou de terceiro interessado na transação.

Evidentemente, o cliente bancário tem a hipótese de recusar a permuta de habitações e neste caso a instituição de crédito tem o dever de propor uma das restantes medidas substitutivas.

3. “Educação” financeira

Em paralelo com as medidas preventivas e corretivas regulamentadas e referidas, existem em vários países europeus programas de educação financeira. Em Portugal existe nomeadamente o Plano Nacional de Formação Financeira que inclui um plano de atividades cuja informação se encontra no portal Todos Contam¹¹¹. Entre os diferentes objetivos deste Plano podem observar-se diferentes objetivos, todos com o intuito de contribuir para incrementar os conhecimentos e comportamentos financeiros da população em geral, considerando as necessidades específicas de diversos segmentos da população. No que concerne a Europa, as recomendações vão de encontro à promoção e circunscrição das práticas extrajudiciais para recuperação de devedores, com o objetivo de mediar a proteção dos mesmos e os interesses legítimos dos credores.

Apenas como uma breve nota nesta dissertação acerca do sobre-endividamento, e conforme o estudo de Catarina Fraga, “o sobre-endividamento é o risco inerente a uma sociedade que se abriu ao crédito e que densificou os seus estilos de vida e os seus padrões de consumo”.¹¹² Sublinha-se contudo, que dada a extensão da análise do sobre-endividamento, o objetivo não será o estudo aprofundado das soluções no âmbito do que em Portugal se denomina de insolvência, mas sim sobre os métodos escolhidos para acompanhar extrajudicialmente o sobre-endividamento dos consumidores.

Verifica-se que os procedimentos criados por alguns Estados-Membros para a prevenção e a gestão das situações de incumprimento caracterizam-se pela sua heterogeneidade. Os diferentes Estados-Membros aprovaram medidas de tratamento do incumprimento em que o objetivo geral é gerir o incumprimento de

¹¹¹ <http://www.todoscontam.pt/pt-PT/Principal/Paginas/Homepage.aspx>

¹¹² FRADE, Catarina – “Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas”. In *Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 9

modo a que seja possível apresentar uma solução para evitar a exclusão social e permitir aos devedores o reembolso das suas dívidas.¹¹³

¹¹³ FRADE, Catarina – “Sobreendividamento e...”

Capítulo IV – O processo executivo e as garantias reais

1. Enquadramento da ação executiva no CPC

A reforma de 1995/1996 do CPC edificou corretamente os princípios orientadores do moderno processo civil, contudo não trouxe consigo os instrumentos adequados para o tornar eficaz, objetivo que primava como ser o principal da reforma. O NCPC, no âmbito do seu artigo 548^{o114}, dispõe que o processo comum de declaração segue uma forma única, independentemente da causa ou da matéria ou do valor desta, a qual diga respeito ao processo.

O processo executivo português até à reforma referida desenrolava-se em três momentos principais, a penhora, a venda e o pagamento. Enquanto garantia geral da obrigação, a procura do património do devedor era um problema dos credores que devia ser resolvido após o pedido judicial. Nesta reforma, o Estado e os tribunais foram constituídos em garantes dos créditos particulares, ou seja, o património público não foi oferecido como garantia, mas sim os tribunais.

Por exemplo, mediante o enquadramento legal desta reforma de 1995/1996, a jurisprudência entendia que o requerimento feito pelo exequente servia como impulso processual, apesar de que nenhum procedimento habitual do processo executivo fosse praticado, ou seja nem a penhora, nem a venda nem o pagamento. Assim, com a aquisição do respetivo escopo, a execução não se extinguia perante a falta de bens para serem executados, prosseguindo com um processo de inquérito durante décadas para a descoberta de bens.¹¹⁵

Consequentemente, como não seria espectável o Estado ter a trefa de descobrir bens, algo que compete ao credor, o sistema foi levado pelas próprias contradições, dando origem ao agente de execução permitindo eliminar as insuficiências apresentadas.

O agente de execução aparece assim plasmado na ação executiva, desde o DL nº 226/2008, de 20 de novembro, com uma imagem em que “o papel do agente

¹¹⁴ *Código de Processo Civil...* p. 86

¹¹⁵ Cf. FARIA, Paulo Ramos; LOUREIRO, Ana Luísa – *Primeiras notas ao novo código de processo civil*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2014

de execução é reforçado, sem prejuízo de um efectivo controlo judicial, passando este a poder aceder ao registo de execuções, designadamente para introduzir e actualizar directamente dados sobre estas. Igualmente, o agente de execução passa a realizar todas as diligências relativas à extinção da execução, sendo esta arquivada através de um envio electrónico de informação ao tribunal, sem necessidade de intervenção judicial ou da secretaria”¹¹⁶.

Em 2008 e, após cinco anos passados da reforma de 2003¹¹⁷, denotou-se pela prática alguma displicência no que concerne à celeridade dos processos em geral e ações executivas, que continuaram a mostrar-se morosos. Assim, foi objetivo de uma reforma, já esperada com alguma ansiedade clarificar e objetivar determinados aspetos que tornavam toda a ação executiva um conjunto de “entraves”. Percebe-se então, através das explicações apresentadas no preâmbulo do diploma de 2008 (DL nº 226/2008)¹¹⁸, que aparentemente esse objetivo estava pensado de forma a tornar as execuções mais simples e eliminar formalidades processuais desnecessárias.

Torna-se importante perceber que, no que à ação executiva concerne, a reforma introduzida pela lei n.º 41/2013, de 26 de junho, não aponta grandes alterações nos princípios estruturantes do processo, no âmbito do Novo Código do Processo Civil. No entanto, contém um novo modelo do processo civil mais simples, flexível e desprovido de formalismos excessivos, sem desconsiderar a expressão dos princípios, mas com profundas alterações na dinâmica do processo.

E com o novo regime da ação executiva, o legislador reconduz o processo executivo à sua matriz impondo a sua extinção, perante a inexistência de património cuja liquidação permita o pagamento da dívida exequenda.¹¹⁹

Após a publicação da Lei nº 41/2013 de 26 de junho, surge ainda a portaria 282/2013, de 29 de agosto, que visa regulamentar vários aspetos das ações executivas cíveis. Deste modo, a sua necessidade fez-se sentir, uma vez que constatou-se uma variedade de diplomas que regulamentam os aspetos da ação

¹¹⁶ DIÁRIO DA REPÚBLICA – *Decreto-Lei n.º 226*, D.R. I Série (2008-11-20), p. 8186

¹¹⁷ DIÁRIO DA REPÚBLICA – *Decreto-Lei n.º 226*...

¹¹⁸ DIÁRIO DA REPÚBLICA – *Decreto-Lei n.º 38*, D.R. I Série A, nº 58 (2003-03-08)

¹¹⁹ Cf. FARIA, Paulo Ramos; LOUREIRO, Ana Luísa – *Primeiras notas*...

executiva, optando-se por condensar numa portaria as disposições constantes de grande parte desses diplomas, regulamentando numa só portaria os aspetos essenciais do processo executivo. Mais uma vez, o objetivo foi simplificar o processo normativo agilizando a ação executiva¹²⁰.

a. Título executivo

Com o NCPC é alterado o elenco dos títulos executivos e conforme o artigo 703.º do CPC¹²¹, as espécies de títulos executivos agora classificados como tal no nº 1 do referido artigo são: as sentenças condenatórias; os documentos exarados ou autenticados, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal, que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação; os títulos de crédito, ainda que meros quirógrafos, desde que, neste caso, os factos constitutivos da relação subjacente constem do próprio documento ou sejam alegados no requerimento executivo; os documentos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva. Conforme descrito no nº 2, também são abrangidos pelo título executivo os juros de mora, à taxa legal, da obrigação dele constante.

Deixam de ser classificados como tal os documentos particulares (não autenticados), isto é as confissões de dívida e todos os restantes documentos assinados pelo devedor, que impliquem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias. Desde a reforma de 2013, que estes documentos, menos formais, enquanto títulos de reconhecimento de dívida têm de passar pelo crivo da injunção ou ação. Contudo, não chega o reconhecimento de assinatura ou de letra e assinatura, ou seja a confissão de dívida terá que constar de documento autêntico ou autenticado¹²².

¹²⁰ Cf. Portaria n.º 282/2013, de 29 de agosto. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1968&tabela=leis

¹²¹ *Código do Processo Civil...* p. 110

¹²² O agente de execução deve ter o cuidado de - sendo celebrado acordo de pagamento em prestações com inclusão de uma garantia de terceiro (fiança) - alertar o exequente que só pode ser movida execução contra o fiador se o acordo for autêntico ou autenticado, não devendo o próprio agente de execução subscrever o termo e autenticação (enquanto solicitador ou advogado) uma vez que cairia, posteriormente, no impedimento previsto na alínea a) do nº 2 do artigo 121º do Estatuto dos Solicitadores (ES), por ter participado na obtenção do título executivo (no caso em relação ao fiador). Cf. <http://www.novocpc.org/>

O título executivo¹²³ é o documento suporte de qualquer execução e, para a sua concretização, o requerimento executivo deve ter uma cópia ou original do título executivo, que seja entregue eletronicamente ou em papel, isto é, sem título executivo. Isto é da extrema importância, porque se essa cópia ou original do título executivo não for entregue, conforme o artigo 725º, nº 1 alínea d) do CPC¹²⁴, a secretaria pode recusar receber o requerimento executivo. Assim, sem título executivo não há execução, como se verifica pelo artigo 10º, nº 5, “toda a execução tem por base um título, pelo qual se determinam o fim e os limites da ação executiva”¹²⁵.

Se for feita uma análise de incumprimento do contrato por parte do devedor hipotecário, no que concerne um empréstimo concedido pelo Banco garantido por hipoteca, verifica-se que numa situação destas a execução da hipoteca é sempre judicial.

A solução que existe passa por o titular da hipoteca mover uma ação executiva contra o devedor. Esta, enquanto ação judicial que é, caracteriza-se por uma morosidade algo imprevisível, à qual o devedor terá de se sujeitar. Para além disto, realça-se que têm prioridade sobre o credor hipotecário os demais credores que gozem de privilégio especial, conforme artigo 733º e seguintes do CC¹²⁶ sobre os privilégios creditórios, ou de prioridade de registo pela hipoteca (artigo 686º do CC¹²⁷), assim como os que exerçam direito de retenção (artigo 754ºCC¹²⁸).

2. As garantias reais no âmbito da execução

a. Execução da hipoteca

O credor pode executar a hipoteca quando se constata o incumprimento por parte do devedor, recorrendo para tal à ação executiva.

¹²³ Ver Anexo II

¹²⁴ *Código do Processo Civil...* p.119

¹²⁵ *Código do Processo Civil...* p.6

¹²⁶ *Código Civil Português...* p. 191-196

¹²⁷ *Código Civil Português...* p. 179.

¹²⁸ *Código Civil Português...* p. 196

O processo judicial, sem dúvida é o mecanismo de concretização da hipoteca, não podendo o credor apropriar-se de forma particular dos bens hipotecados. As formas de proteção do devedor contra os abusos que seriam possíveis se o credor pudesse alienar diretamente ou fazer sua a coisa onerada, passam pela obrigatoriedade do processo judicial e a proibição do pacto comissório¹²⁹.

A penhora deve iniciar-se pelos bens sob os quais incida a garantia, só podendo “recair sobre outros bens quando se reconheça a insuficiência desses para conseguir o fim da execução” conforme o artigo 752º nº 1, do CPC¹³⁰. Deste modo, com a existência da hipoteca a penhora deve iniciar-se pelos bens a ela sujeitos.

Tudo indica que, o primeiro a conseguir a concretização do seu crédito pelo produto da venda do bem objeto da garantia, será o credor hipotecário. No entanto, existem garantias reais que prevalecem sobre a hipoteca, nomeadamente os privilégios imobiliários especiais e o direito de retenção sobre coisas imóveis, conforme o artigo 759º nº 2, do CC¹³¹.

A execução hipotecária, como referido divide-se em três momentos: penhora, venda judicial e pagamento aos credores.

b. Penhora

Para satisfação do direito do exequente através da venda, em processo executivo, do património do devedor ou de terceiro, é necessário que, previamente, se tenha procedido à apreensão dos bens em causa. Trata-se da penhora, aquele que pode ser considerado o ato executivo por excelência. Para além das garantias reais de direito, entre as quais, está a já abordada hipoteca, pode-se ainda incluir aqui as de natureza processual como a penhora.

Conforme Menezes Leitão¹³² aponta, a natureza da penhora é discutível entre a Doutrina, porque por um lado a penhora é vista como constituindo um direito real

¹²⁹ Trata-se, conforme artigo 694º do CC, (p. 182) da convenção pela qual o credor fará sua a coisa hipotecada no caso de o devedor não cumprir, a qual será nula seja efetuada antes ou depois da constituição da hipoteca. Assim, e mediante o incumprimento do devedor, o credor hipotecário terá de proceder à venda judicial do bem, a não ser que o mesmo lhe for dado em dação, o que implica um novo acordo.

¹³⁰ *Código do Processo Civil...* p. 125

¹³¹ *Código Civil Português...* p. 198

¹³² Cf. LEITÃO, Luís Menezes - *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 509-510

de garantia, uma vez que atribui uma preferência no pagamento sobre os credores que não disponham de melhor garantia anterior, bem como a sequência, uma vez que o exequente continua a poder executar os bens penhorados, mesmo que eles tenham sido transmitidos para terceiro. Deste modo, a penhora atribui, ao exequente, um direito sobre coisa corpórea, oponível *erga omnes*, que lhe confere preferência no pagamento sobre a venda desse mesmo bem.

Por outro lado, o autor refere que pode tratar-se de um direito real de garantia imperfeito, uma vez que se extingue em caso de insolvência do devedor. Contudo, alguns autores discordam desta posição, considerando que em rigor não se trata de um direito real de garantia, mas de um ato processual que visa criar a indisponibilidade dos bens adstritos à execução, mediante a produção dos mesmos efeitos substantivos das garantias reais – a sequela e a preferência.

Também Miguel Teixeira de Sousa¹³³ entende que a penhora não é um direito real de garantia porque, embora seja inerente à coisa e afete a execução desta à satisfação do crédito do exequente, a sua função é conservatória, aparecendo somente como uma situação em que são colocados certos bens ou direitos.

Segundo o artigo 735º do CPC¹³⁴, os bens que podem ser penhorados e são objeto da execução, são todos os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda; nos casos especialmente previstos na lei, podem ser penhorados bens de terceiro, desde que a execução tenha sido movida contra ele; penhora limita-se aos bens necessários ao pagamento da dívida exequenda e das despesas previsíveis da execução, as quais se presumem, para o efeito de realização da penhora e sem prejuízo de ulterior liquidação, no valor de 20 %, 10 % e 5 % do valor da execução, consoante, respetivamente, este caiba na alçada do tribunal da comarca, a exceda, sem exceder o valor de quatro vezes a alçada do tribunal da Relação, ou seja superior a este último valor.

Nos termos do disposto no artigo 835º nº 1, do CPC, a penhora deve iniciar-se pelos bens sob os quais incida a garantia, só podendo “recair sobre outros bens quando se reconheça a insuficiência desses para conseguir o fim da

¹³³ Cf. LEITÃO, Luís Menezes - *Direitos Reais...* 510

¹³⁴ *Código do Processo Civil...* p.119.

execução”¹³⁵. Assim, existindo hipoteca a penhora deve iniciar-se pelos bens a ela sujeitos.

c. Privilégios creditórios

Conforme o artigo 733º do CC¹³⁶, “privilégio creditório é a faculdade atribuída pela lei a um credor de ser pago independentemente de registo, com preferência a outros credores, atendendo à natureza do seu crédito”. Conforme se verifica neste artigo, os privilégios creditórios têm a sua *ratio legis* na natureza do crédito que garantem, ou seja, na causa da obrigação cuja garantia efetivam. A lei cria, deste modo, preferências de pagamento a favor de determinados credores e, a sua constituição, não poderá ser feita através de negócio jurídico¹³⁷ e mesmo que incidam sobre coisa imóvel, não está sujeita a registo.

Os privilégios são acessórios do crédito que garantem, ou seja “a circunstância de o fundamento do privilégio residir na qualidade do crédito cujo cumprimento visa assegurar, realça ainda mais aquela relação de dependência ou acessoriedade”¹³⁸

Os principais beneficiários de privilégios creditórios são entidades públicas, ou seja o Estado. Pode-se considerar que um dos motivos para justificar a existência dos privilégios creditórios é ter em conta um fim de interesse público. Quanto aos outros titulares, o legislador observa que a natureza do crédito destes é de algum modo mais frágil, sensível ou urgente relativamente à dos outros credores a quem preferem.

Deste modo, o credor hipotecário está adstrito a que os detentores de privilégios creditórios possam reclamar os seus créditos, a qualquer momento, com preferência sobre os daquele, ainda mais quando sejam privilégios imobiliários especiais. Estes gozarão sempre de preferência, mesmo quando adquiridos após a constituição da hipoteca.

¹³⁵ Código do Processo Civil... p 140

¹³⁶ Código Civil Português... p. 191

¹³⁷ Cf. MADALENO, Cláudia – *A vulnerabilidade das garantias reais...* p. 13

¹³⁸ Cit. in PIRES, Miguel Lucas – *Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 39.

Os privilégios creditórios podem ter dois critérios classificativos, conforme artigo 735º, nº 1 e 2¹³⁹¹⁴⁰: de natureza mobiliária ou imobiliária dos bens sobre que incidem; e maior ou menor abrangência do mesmo. Assim os privilégios podem ser mobiliários ou imobiliários e podem ser especiais ou gerais. Os privilégios imobiliários existentes são sempre especiais,¹⁴¹ conforme artigo 751º “preferem à hipoteca, à consignação de rendimentos, ao direito de retenção constituídos anteriormente”. Os privilégios especiais são os que só abrangem o valor de determinados bens e os gerais são aqueles que incidam sobre todos os bens existentes no património do devedor¹⁴².

Só numa breve anotação, cabe aqui demonstrar a importância dos privilégios creditórios no que concerne a execuções instauradas pelo credor privilegiado. Numa situação em que este não tenha obtido a satisfação do seu crédito poderá intentar uma ação executiva avançando para a penhora dos bens do devedor, e, no caso de o credor estar munido de privilégios creditórios em simultâneo com privilégios de índole processual, como é o caso da Direção Geral de Contribuições e Impostos e a Segurança Social.¹⁴³

d. Direito de Retenção

O direito de retenção (artigo 754º do CC¹⁴⁴) trata-se de uma garantia que se caracteriza pela sua suscetibilidade, nomeadamente o direito concedido pela lei a um credor que detém uma certa coisa do devedor consistente na faculdade de a reter enquanto não for pago, bem como na faculdade de se fazer pagar por força da sua venda judicial, sendo que essa dívida tem uma relação com a coisa retida.

¹³⁹ *Código Civil Português...* p. 192

¹⁴⁰ Cf. PIRES, Miguel Lucas – *Dos privilégios creditórios...*

¹⁴¹ Mas outros privilégios deste tipo são previstos por lei especial, como descritos de seguida: privilégio creditório geral imobiliário e mobiliário da Segurança Social por dívidas de contribuições sobre o património da entidade patronal (DL 103/80); privilégio imobiliário geral do Estado por créditos de IRS e de IRC (DL 198/01); privilégio mobiliário e imobiliário geral dos trabalhadores por conta de outrem relativo a prestações derivadas de acidente de trabalho ou doença profissional (artigo 35º da Lei 100/97, 13 setembro).

¹⁴² Conforme CC, p. 195 no artigo 749º com os privilégios creditórios mobiliários gerais, por exemplo a temporalidade; artigo 750º os privilégios creditórios mobiliários especiais, por exemplo temporalidade de aquisição.

¹⁴³ Cf. PIRES, Miguel Lucas – *Dos privilégios creditórios...* p. 161

¹⁴⁴ *Código Civil Português...* p. 196

Assim, para que o credor usufrua desta garantia, é necessária a existência de três requisitos em simultâneo: a detenção legítima de uma coisa que o detentor deva entregar a outrem, a existência de um crédito a favor do retentor e a necessidade desse crédito resultar de despesas realizadas por causa de danos causados. Sublinha-se que este direito de retenção pode recair sobre coisas móveis ou imóveis, constituindo um verdadeiro direito real de garantia, uma vez que implica a venda de coisas móveis e a execução dos imóveis.¹⁴⁵

É um direito oponível *erga omnes*, incluindo perante o próprio dono da coisa que não seja o titular do direito à entrega da coisa. O direito de retenção tem sempre preferência sobre a hipoteca (artigo 759º, nº 2 do CC¹⁴⁶), como já referido anteriormente.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Cf. PIRES, Miguel Lucas – *Dos privilégios creditórios...* p. 153

¹⁴⁶ *Código Civil Português...* p. 198

¹⁴⁷ Cf. DUARTE, Rui Pinto - *Curso de Direitos Reais...*

Capítulo V – Resoluções para o incumprimento

Os modos de pagamento estão definidos nos artigos 795º e 796º do CPC. No que concerne os modos de o efetuar, a lei diz que “o pagamento pode ser feito pela entrega de dinheiro, pela adjudicação dos bens penhorados, pela consignação dos seus rendimentos ou pelo produto da respetiva venda”¹⁴⁸ (estes quatro modos de pagamento irão ser explorados mais abaixo). Ainda no artigo 795º é enunciado que “é admitido o pagamento em prestações e o acordo global, nos termos previstos nos artigos 806.º a 810.º, devendo em qualquer caso prever-se o pagamento dos honorários e despesas do agente de execução.”

O artigo 796º por seu turno define os termos em que pode ser efetuado o pagamento, destacando-se no que concerne o prazo, “as diligências necessárias para a realização do pagamento efetuam-se obrigatoriamente no prazo de três meses a contar da penhora, independentemente do prosseguimento do apenso da verificação e graduação de créditos, mas só depois de findo o prazo para a sua reclamação”¹⁴⁹.

1. Adjudicação pelo valor em dívida

A adjudicação surge plasmada no artigo 799º do CPC¹⁵⁰ e destaca-se a importância de todos os pontos nele incluídos e discutindo-se a importância dos mesmos. Assim, relativamente aos nºs 1 e 2 do referido artigo o exequente pode pretender que lhe sejam adjudicados bens penhorados, não compreendidos nos artigos 830º (bens vendidos em mercados regulamentados) e 831º (venda direta), para pagamento, total ou parcial, do crédito. O mesmo pode fazer qualquer credor reclamante, em relação aos bens sobre os quais tenha invocado garantia. Verifica-se então que qualquer credor reclamante, como o exequente, pode solicitar a adjudicação de bens penhorados relativamente aos quais tenha garantia.

¹⁴⁸ *Código de Processo Civil...* p. 133

¹⁴⁹ *Código de Processo Civil...* p. 134

¹⁵⁰ *Código de Processo Civil...* p. 134

Assim, a adjudicação consiste em conceder ao credor a propriedade de bens penhorados que sejam satisfatórios para concretizar o pagamento. Na adjudicação a satisfação é alcançada mediante a entrega ao exequente de bens anteriormente penhorados, enquanto, por exemplo, na venda executiva a intenção é obter dinheiro para satisfazer o crédito do exequente.

Conforme o artigo 815º, nº 1, aplicado por força do artigo 802º do CPC¹⁵¹, na adjudicação de bens o requerente é isento de depositar a parte do preço que não seja necessária para pagar a credores graduados antes dele e não ultrapasse o montante que recebe por direito. Igualmente, verifica-se que se dá a compensação total ou parcial entre a dívida do preço e o crédito exequendo ou verificado.

Conforme Lebre de Freitas¹⁵², refere, considerando a figura da adjudicação como um caso de venda executiva, a averiguação do preço desta com total independência do valor do crédito do adjudicatário e o regime vigente quanto à dispensa do depósito do preço, não se está tanto perante uma dação em cumprimento como dum negócio jurídico autónomo gerador de compensação. O autor indica ainda que é mais difícil falar em dação quando, em virtude da graduação de créditos, o exequente não deva ser pago em primeiro lugar.

Relativamente ao nº 3 do artigo 799º do CPC, o requerente da adjudicação deve indicar o preço que oferece, não podendo a oferta ser inferior a 85% do valor base dos bens, por remissão para o artigo 816º do CPC¹⁵³, concernente à venda mediante propostas em carta fechada. De facto, esta exigência tem como objetivo impossibilitar o dano do executado, do exequente ou de outros credores, empenhados em que o adjudicatário não receba os bens por preço inferior ao que com aquela venda poderia ser conseguido.

Conforme o nº 4 do artigo 799º do CPC, compete ao agente de execução fazer a adjudicação, “mas, se à data do requerimento já estiver anunciada a venda por propostas em carta fechada, esta não se susta e a pretensão só é considerada se não houver pretendentes que ofereçam preço superior”¹⁵⁴. Adjudicar-se-á de

¹⁵¹ *Código de Processo Civil...* p. 135 e 137

¹⁵² FREITAS, José Lebre de – *A Ação Executiva: depois da reforma*. 5ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009

¹⁵³ *Código de Processo Civil...* p. 137

¹⁵⁴ Cit. in *Código de Processo Civil...* p. 134

imediatamente o bem ao requerente conforme o artigo 801º, nº3, do CPC¹⁵⁵ quando não se apresentar qualquer proponente. Se surgirem proponentes que ofereçam um preço superior, realiza-se a abertura de propostas como se não tivesse sido feito o pedido de adjudicação, conforme o artigo 801º, nº 2 do CPC¹⁵⁶.

É publicitada a adjudicação requerida com a menção do preço oferecido, quando a venda por propostas em carta fechada ainda não tiver sido anunciada conforme o artigo 800º, nº 1 do CPC. E segundo o artigo 800, nº2 do CPC “o dia, a hora e o local para a abertura das propostas são notificados ao executado, àqueles que podiam requerer a adjudicação e bem assim aos titulares de direito de preferência, legal ou convencional com eficácia real, na alienação dos bens”¹⁵⁷.

De forma que exista a possibilidade de oferta do preço superior ao indicado pelo requerente é emitida uma notificação das pessoas que podiam requerer a adjudicação, para que se evite que a adjudicação se faça por preço inconveniente ao valor real dos bens.

No dia designado para a abertura de propostas e como se observa pelo artigo 801º do CPC¹⁵⁸, podem ocorrer duas situações: “se não aparecer qualquer proposta e ninguém se apresentar a exercer o direito de preferência, aceita-se o preço oferecido pelo requerente; havendo proposta de maior preço, observa-se o disposto nos artigos 820º e 821º”.

Na primeira situação concorda-se com a proposta do requerente da adjudicação e pelo preço por ele oferecido, devendo este depositar numa instituição de crédito a parte do preço excedente ao seu crédito, se os créditos ainda não estiverem graduados, ou também a necessária para pagar os credores graduados antes dele, se a graduação já tiver acontecido (artigos 815º e 824º, nº 2, aplicáveis por força do artigo 802º, todos do CPC). Em qualquer uma das situações deve ser depositado o montante correspondente às custas prováveis da execução, conforme o cálculo prévio elaborado pelo agente de execução.

Na segunda situação apresentada, isto é, havendo proposta de maior preço, não haverá lugar a adjudicação, mas sim a venda, a realizar em conformidade com o

¹⁵⁵ *Código de Processo Civil...* p. 135

¹⁵⁶ *Código de Processo Civil...* p. 134

¹⁵⁷ *Código de Processo Civil...* p. 134

¹⁵⁸ *Código de Processo Civil...* p. 134

disposto nos artigos 820º e 821º do CPC¹⁵⁹ (conforme 801º nº 2, do CPC), isto é, segundo as regras da venda por meio de propostas em carta fechada. Como se verifica no nº 5 do referido artigo 820º poderá ainda “o exequente, se estiver presente no ato de abertura das propostas, pode manifestar vontade de adquirir os bens a vender, abrindo-se logo licitação entre si e proponente do maior preço; se o proponente do maior preço não estiver presente, o exequente pode cobrir a proposta daquele”¹⁶⁰. Igualmente, não existe lugar à adjudicação, sempre que o titular de um direito de preferência, legal ou convencional com eficácia real, se apresente a exercê-lo.

Verifica-se ainda que, segundo o nº 6 e 7 do artigo 799º “a adjudicação de direito de crédito é feita a título de dação *pro solvendo*, se o requerente o pretender e os restantes credores não se opuserem, extinguindo-se a execução quando não deva prosseguir sobre outros bens”¹⁶¹ E “sendo próxima a data do vencimento, podem os credores acordar, ou o agente de execução determinar, a suspensão da execução sobre o crédito penhorado até ao vencimento”.

Considerando a descrição efetuada da lei portuguesa, será possível que a adjudicação ao exequente da casa hipotecada, isto é, a instituição de crédito, numa situação de crédito à habitação em incumprimento, é suficiente para regularizar a respetiva dívida, sem considerar o valor da adjudicação, ou seja, mesmo quando o valor da adjudicação for inferior à quantia exequenda.

De facto, tendo em conta o enquadramento legal português, entende-se que o mutuário fica obrigado ao pagamento da dívida remanescente quando o prédio ou fração hipotecada é adjudicado ou é vendido, no âmbito do processo executivo, por valor insuficiente para o pagamento total da quantia em causa. Será, contudo, difícil impedir, ao exequente, o prosseguimento da execução depois da adjudicação, do bem hipotecado, quando a dívida exequenda não se encontre totalmente paga.

¹⁵⁹ *Código de Processo Civil...* p. 138

¹⁶⁰ Cit. in *Código de Processo Civil...* p. 138

¹⁶¹ Cit. in *Código de Processo Civil...* p. 134

2. A dação em cumprimento da habitação hipotecada pelo valor da dívida

A dação em cumprimento regulamentada no artigo 837º e ss do CC, refere que “a prestação de coisa diversa da que for devida, embora de valor superior, só exonera o devedor se o credor der o seu assentimento”¹⁶². Assim, determina em primeiro lugar, a extinção da obrigação que a dação em cumprimento visou satisfazer, com a exoneração do devedor. Como se trata de uma obrigação solidária, a dação em cumprimento realizada por um dos devedores solidários também tem como consequência a extinção da obrigação dos outros devedores. Enquanto uma medida substitutiva da execução hipotecária, como visto anteriormente e, sendo que o fim da dação em cumprimento é a extinção da obrigação, terá de ser uma opção a considerar pelas instituições de crédito ou da Banca, nas situações de incumprimento.

Verifica-se que efetivamente, com a dação em cumprimento o devedor extingue a dívida, transferindo a propriedade do imóvel para a instituição de crédito, mas apenas com o consentimento do credor. De realçar que, a dação em cumprimento só extingue a dívida na sua totalidade se o valor do imóvel for igual ou superior ao valor total em dívida à instituição de crédito.

Verifica-se, no entanto, que atualmente, muito dificilmente as instituições de crédito optam pela dação em cumprimento, uma vez que a maioria dos créditos à habitação existentes foram contraídos antes do período de crise que se faz sentir na metade da primeira década dos anos 2000, levando a uma quebra muito acentuada do mercado imobiliário, uma vez que houve uma crescente desvalorização do mercado imobiliário.

Assim, verifica-se que só muito excecionalmente a dação em cumprimento extinguirá a dívida. Como já observado, no caso de o devedor intentar junto da instituição de crédito proceder à dação em cumprimento, a mesma irá avançar com uma avaliação do valor do imóvel em causa.

Ora, a dação em cumprimento só acontece se o credor concordar. Considerando que o objeto social das instituições de crédito é essencialmente a concessão de créditos e a prestação de serviços bancários, existe pouca recetividade por parte

¹⁶² *Código Civil Português...* p. 218

das mesmas uma vez que, passam a ficar com a propriedade dos seus imóveis nos seus balanços contabilísticos. Deste modo, a dação em cumprimento nos contratos de crédito à habitação tem tido pouco importância prática. Ao invés, preferem optar pela penhora dos imóveis hipotecados, objeto dos contratos de crédito à habitação, atingindo a satisfação do empréstimo de forma coerciva.

Se as instituições de crédito assumirem o princípio da subsidiariedade poderão assumir o risco e, simultaneamente, a responsabilidade subsidiária da situação de dívida encontrada, e optarem pela dação em cumprimento.

3. Consignação de rendimentos

Outra garantia, que concede ao seu titular o direito, oponível a terceiros, de se pagar pelas forças dos rendimentos ou do uso de uma coisa (e não pelo seu valor) é a consignação de rendimentos. Assim, neste caso, não se verifica a penhora e posterior venda, em processo executivo, da coisa dada em garantia, e também não é necessário que se verifique o incumprimento da obrigação para que ela aconteça e, pelo menos, a consignação voluntária funciona sem necessidade de intervenção judicial.

A consignação de rendimentos encontra-se consagrada no artigo 803º do CPC e entre os termos em que pode ser requerida e efetuada sublinham-se o nº1, 2 e 5: enquanto os bens penhorados não forem vendidos ou adjudicados, o exequente pode requerer ao agente de execução que lhe sejam consignados os rendimentos de imóveis ou de móveis sujeitos a registo, em pagamento do seu crédito; sobre o pedido é ouvido o executado, sendo a consignação de rendimentos efetuada, se ele não requerer que se proceda à venda dos bens; o registo da consignação é feito por averbamento ao registo da penhora¹⁶³.

A consignação de rendimentos, considerada a terceira das garantias reais previstas e reguladas na lei civil artigo 656º e 665º do CC¹⁶⁴, consiste na estipulação pela qual o cumprimento da obrigação é assegurado mediante a atribuição ao credor dos rendimentos de certos imóveis ou de certos móveis sujeitos a registo, pertencentes ao devedor ou a terceiro.

¹⁶³ *Código do Processo Civil...* p. 135

¹⁶⁴ *Código Civil Português...* p. 172 e 174

À semelhança da dação em cumprimento, a figura não parece ser muito comum na atual prática negocial portuguesa.

Conforme o artigo 658º do CC¹⁶⁵, a consignação de rendimentos tanto pode ter por fonte um negócio jurídico, como uma decisão judicial. No que toca a consignação de rendimentos judicial, que como o próprio nome indica é o resultado de uma decisão decretada em juízo, sendo um meio de pagamento no âmbito da ação executiva e destina-se a evitar uma venda ruínosa dos bens penhorados (artigos 806º e ss do CPC¹⁶⁶).

No caso de uma locação e, segundo o artigo 804º do CPC, “a consignação de rendimentos de bens que estejam locados é notificada aos locatários. Não havendo ainda locação ou havendo de celebrar-se novo contrato, os bens são locados pelo agente de execução, mediante propostas ou por meio de negociação particular, observando-se, com as modificações necessárias, as formalidades prescritas para a venda de bens penhorados. Pagas as custas da execução, as rendas são recebidas pelo consignatário até que esteja embolsado da importância do seu crédito”¹⁶⁷.

Na leitura do artigo 805º, verifica-se como efeitos da consignação de rendimentos “que efetuada a consignação e pagas as custas da execução, a execução extingue-se, levantando-se as penhoras que incidam em outros bens. Se os bens vierem a ser vendidos ou adjudicados, livres do ónus da consignação, o consignatário é pago do saldo do seu crédito pelo produto da venda ou adjudicação, com a prioridade da penhora a cujo registo a consignação foi averbada”¹⁶⁸.

a. O penhor

Uma breve nota sobre o penhor, que é igualmente uma garantia real e que difere da consignação de rendimentos, no que concerne a incidência, uma vez que esta incide somente sobre os rendimentos da coisa onerada e o penhor abrange toda a coisa, constituindo deste modo uma garantia real plena. O penhor é também

¹⁶⁵ *Código Civil Português...* p. 173

¹⁶⁶ *Código de Processo Civil...* p. 135

¹⁶⁷ *Código de Processo Civil...* p. 135

¹⁶⁸ *Código de Processo Civil...* p. 135

uma garantia que conflui num direito de preferência, isto é, sobre o produto da venda da coisa empenhada e por sua vez a consignação trata-se de uma forma de satisfação privilegiada do crédito.

O penhor concede ao seu titular uma preferência na satisfação do seu crédito pelo produto da alienação de coisa móvel, direito ou outro bem sobre que incida. Conforme o artigo 669º do CC¹⁶⁹, o penhor exige o desapossamento do autor da garantia (penhor de coisas), que entrega ao credor ou a terceiro, o depositário, a coisa móvel dada em garantia. Enquanto uma garantia real, concede uma preferência sobre bens determinados, cuja especificidade consiste em ter por objeto bens móveis, ou créditos ou outros direitos, do devedor ou de terceiro, não suscetíveis de hipoteca¹⁷⁰.

4. Extinção do valor da dívida apesar da venda realizada abaixo do valor da dívida

É relevante para uma compreensão mais ampla da venda, realizada abaixo do valor do crédito, explorar as características, como modalidades, efeitos e extinção da mesma.

Relativamente às modalidades da venda, encontram-se definidas no artigo 811º nº1 CPC¹⁷¹: a venda mediante proposta por carta fechada, a venda em mercados regulamentados, a venda direta a pessoas ou entidades que tenham direito a adquirir os bens penhorados, a venda por negociação particular, venda em estabelecimentos de leilões e venda em depósito público.

Por sua vez, os efeitos da venda executiva estão dispostos nos artigos 824º do CC¹⁷², 827º, 828º e 833º nº 4 do CPC¹⁷³. Contudo, verifica-se, que os efeitos da venda executiva vão para lá dos efeitos essenciais da compra e venda em geral, os quais são o efeito real da transmissão e efeitos obrigacionais de entrega da coisa e pagamento do preço (artigo 879º CC¹⁷⁴).

¹⁶⁹ *Código Civil Português...* p. 175

¹⁷⁰ Cf. LEITÃO, Luís Menezes – *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2015.

¹⁷¹ *Código de Processo Civil...* p. 136

¹⁷² *Código Civil Português...* p. 214

¹⁷³ *Código de Processo Civil...* p. 139-140

¹⁷⁴ *Código Civil Português...* p. 227

Se for feita uma análise mais pormenorizada do artigo que nesta matéria apresenta maior relevância, constata-se no artigo 824º nº1 do CC, que a venda executiva transfere para o adquirente os direitos do executado sobre a coisa vendida.

Verifica-se deste modo, que tal como na compra e venda, também aqui existe uma transferência de domínio. Acrescenta-se ainda que a venda executiva comporta efeitos obrigacionais, como por exemplo a entrega da coisa e o pagamento do preço.

Relativamente ao efeito real, este não se passa por mero efeito da venda, à semelhança do que acontece no regime da compra e venda conforme o artigo 874º do CC, “compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço”¹⁷⁵.

Só existe prossecução, em relação a esta matéria quando o comprador pagar o preço devido e conseqüentemente as obrigações fiscais relativas à transmissão (artigos 827º nº1 e 833º nº4 do CPC¹⁷⁶). A propriedade só é transmitida a partir desse momento, ficando também o comprador com o direito de receber o bem (entrega da coisa) se este se encontrar na posse de um detentor que não o entregue voluntariamente, conforme o artigo 828º do CPC¹⁷⁷. Aqui, o comprador pode requerer o prosseguimento da execução contra aquele detentor.

Conforme o artigo 796.º, n.º 1 do CPC, “As diligências necessárias para a realização do pagamento efetuam-se obrigatoriamente no prazo de três meses a contar da penhora, independentemente do prosseguimento do apenso da verificação e graduação de créditos, mas só depois de findo o prazo para a sua reclamação; excetua-se a consignação de rendimentos, que pode ser requerida pelo exequente e deferida logo a seguir à penhora”¹⁷⁸. Em regra, neste momento dá-se a venda dos bens penhorados, para com o produto da venda, efetua-se o

¹⁷⁵ *Código Civil Português...* p. 226. Deste modo, seja na venda por proposta em carta fechada, como por exemplo na venda por negociação particular, seja em bens sujeitos a registo, a transmissão da titularidade só acontece com a emissão do título de transmissão por parte do agente de execução, isto no primeiro caso, e com a outorga do instrumento da venda no que respeita ao segundo.

¹⁷⁶ *Código de Processo Civil...* p. 215 e 217

¹⁷⁷ *Código de Processo Civil...* p. 215

¹⁷⁸ *Código de Processo Civil...* p.134

pagamento da obrigação exequenda e das verificadas no apenso de verificação e a graduação de créditos.

Segundo o artigo 824.º do CC, os efeitos da venda são: a transferência de direitos para o adquirente (o enunciado legal¹⁷⁹), a caducidade dos direitos reais de garantia e dos direitos reais de gozo, a transferência dos direitos de terceiro para o produto da venda, e por último, o cancelamento de registos.

Em consequência da venda executiva, independentemente da modalidade adotada, os direitos do executado transferem-se para o adquirente, seja qual for a sua natureza. Deste modo, tanto podem ser transferidos direitos reais como obrigacionais. Assim, os direitos que não são transmitidos pela venda executiva são, nos termos da lei, caducos, transmitidos para o produto da venda.

No processo executivo o direito do adquirente tem como base o direito do executado, dependendo do mesmo tanto quanto à sua existência assim como à sua extensão. Considerando que a transferência de bens tem como compensação o pagamento do preço, emprega-se à venda executiva, com as devidas adaptações, o regime do contrato de compra e venda conforme o artigo 874º e seguintes do CC^{180, 181}.

Considerando que, nem sempre, a transmissão da propriedade envolve a transmissão da posse, conforme artigo 1263º do CC, em concreto, a "tradição material ou simbólica da coisa"¹⁸², o comprador pode no caso de venda executiva com base no instrumento de venda ou do título de transmissão, solicitar contra o titular, na própria execução, a entrega dos bens pela forma fixada no artigo 861º do CPC¹⁸³.

¹⁷⁹ Cf. FREITAS, José Lebre de - *A ação executiva, à luz do Código de Processo Civil de 2013*, Coimbra Editora, 6ª edição, 2014.

¹⁸⁰ *Código Civil Português...* p. 226.

¹⁸¹ Quando a venda é por proposta em carta fechada (artigo 827º CPC), ou como consta no nº 4 do artigo 833º do CPC, no caso de venda por negociação particular, a propriedade da coisa ou do direito não se transmite por mero efeito da venda, como se pode verificar pelos princípios do CC, por causa da natureza real e não obrigacional [artigos 408º nº1, 874º, 879º a) e 578º nº1 do CC]. Nas duas situações, a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito sucederá com a emissão, feita pelo agente de execução, para a venda por proposta em carta fechada e com a outorga do título de suporte à venda, em relação à venda por negociação particular. Contudo, antes de passado a título de transmissão, o registo provisório da aquisição por venda poderá ser solicitado pelo interessado [artigo 92º nº 1 alínea h) do CRPredial].

¹⁸² *Código Civil Português...* p. 308

¹⁸³ *Código do Processo Civil...* p. 145

No caso, e considerando a doutrina de Lebre de Freitas¹⁸⁴, no que concerne os direitos reais, deverão ser considerados os artigos do CC, 692º, 823º, 1478º a 1481.º e 1539º. Em primeiro lugar, a caducidade dos direitos reais de garantia dá-se em consequência da venda executiva do bem penhorado. Os bens são transmitidos sem estes, tenham sido constituídos antes ou depois da penhora, tendo, ou não, havido reclamação na execução dos créditos que garantem (artigo 824º nº2 do CC). Deste modo, não se transmitem para o produto da venda dos bens penhorados. Neste caso é preciso que os direitos de garantia de todos os credores sejam posteriores ao direito real de gozo *erga omnes*.

Em segundo lugar e em relação aos direitos reais de gozo distingue-se entre os de constituição anterior ao registo, caso se trate de coisas imóveis ou móveis sujeitos a este, de todo e qualquer dos direitos reais de garantia invocados ou constituídos no processo de execução e os de constituição posterior ao registo de qualquer deles.

Segundo Lebre de Freitas, verifica-se que no artigo 824º, n.º 2 do CC está disposto "qualquer arresto, penhora ou garantia", o que abarca tanto o direito real estabelecido fora do processo de execução por um credor reclamante, como o direito real do exequente, quer seja anterior à execução quer seja constituído na própria execução. Neste caso, o direito real de gozo de terceiro continua a existir. Ainda relativamente à segunda situação, do direito real de gozo ser de constituição posterior à constituição, ou registo, de qualquer direito real de garantia, verificam-se as seguintes situações possíveis em que o direito real de gozo seja: posterior ao registo da penhora; anterior ao registo da penhora mas, depois da constituição de um direito real como a hipoteca voluntária ou judicial, arresto do exequente; anterior ao registo de qualquer direito real do exequente, mas depois da constituição do direito real de garantia invocado por um dos credores reclamantes.

Para qualquer uma destas possibilidades, verifica-se que o disposto no nº2 do artigo 824º afirma que os bens transmitem-se livres do direito real de terceiro.

Pode-se concluir que, para qualquer uma destas hipóteses os bens transmitem-se livres do direito real de terceiro, ou seja, transmite-se a propriedade plena e não

¹⁸⁴ Cf. FREITAS, José Lebre de - *A ação executiva...* p.388 e ss.

somente o direito real menor de gozo do executado, uma vez que o direito do exequente não pode ser limitado por um direito posterior, conforme o artigo 819º do CC¹⁸⁵.

O motivo da caducidade dos direitos reais que oneram os bens, apoia-se na necessidade de valorizar os bens a alienar em prol, tanto dos titulares dos direitos como do exequente e do executado e também, para que os direitos se transfiram para o produto da venda¹⁸⁶.

Conforme disposto, no nº 3 do artigo 824º do CC, caducam os direitos que não acompanham a transmissão pela venda executiva e estes transferem-se para o produto da venda¹⁸⁷. Transfere-se, para o produto da venda, os direitos reais de garantia sobre os bens penhorados e direitos reais de gozo de terceiros sobre esses mesmos bens.

O produto da venda satisfaz uma função indemnizatória relativamente aos direitos reais e pessoais de gozo que se extinguem com a venda executiva. Esse produto deverá ser distribuído pelos titulares dos direitos reais que oneram os bens, depois de pagas as custas. Neste sentido, é possível de ser colocada a hipótese em que haja um proveito registado depois de uma hipoteca de terceiro (que não seja do exequente), mas anterior à penhora.

Deste modo, o produto da venda será distribuído, em primeiro lugar para o benemérito com registo de hipoteca pelo produto da venda do usufruto, na respetiva proporção; em segundo lugar, será pago o titular do direito de usufruto pelo excedente do valor que condiz ao seu direito e, em terceiro lugar, o exequente e os outros beneméritos com garantias posteriores ao direito real¹⁸⁸.

¹⁸⁵ *Código Civil Português...* p. 213

¹⁸⁶ Cf. FERREIRA, Fernando Amâncio – *Curso de processo de execução*. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

¹⁸⁷ A este efeito chama TEIXEIRA DE SOUSA, efeito sub-rogatório. Diz este autor que há, então, sub-rogação objetiva, uma vez que o direito passa a ter como objeto o produto apurado com a venda daqueles bens. Cit. in FREITAS, José Lebre de - *A ação executiva...*

¹⁸⁸ O direito destes últimos incide, apenas, sobre o produto da sua propriedade, " na parte em que não seja absorvido pelo pagamento, na parte proporcional, ao credor hipotecário". Isto apenas acontecerá no caso de a penhora se ter estendido ao usufruto, caso contrário, o usufruto não caducará por não ter sido penhorado e o benemérito hipotecário terá a oportunidade de ver o seu direito realizado na execução na parte correspondente, através da sua propriedade, sem prejuízo de manter a sua garantia pelo remanescente quanto ao usufruto. Cf. FREITAS, José Lebre de – *A ação executiva...*

Verifica-se que a venda realizada abaixo do valor do crédito poderá extinguir o valor da dívida nas diferentes situações exploradas.

5. Pagamento em dinheiro ou voluntário

O pagamento por entrega de dinheiro conforme o artigo 798º do CPC¹⁸⁹ efetua-se quando: tendo a penhora recaído em moeda corrente, depósito bancário em dinheiro ou outro direito de crédito pecuniário cuja importância tenha sido depositada, o exequente ou qualquer credor que deva preteri-lo é pago do seu crédito pelo dinheiro existente; sendo que constitui entrega de dinheiro o pagamento por cheque ou transferência bancária.

O pagamento em prestações deverá ser feito, conforme o artigo 806º do CPC¹⁹⁰: o exequente e o executado podem acordar no pagamento em prestações da dívida exequenda, definindo um plano de pagamento e comunicando tal acordo ao agente de execução. A comunicação prevista pode ser apresentada até à transmissão do bem penhorado ou, no caso de venda mediante proposta em carta fechada, até à aceitação de proposta apresentada e determina a extinção da execução.

O pagamento poderá ainda ser efetuado por remição conforme o artigo 842º do CPC¹⁹¹, competindo 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.

Pode existir a extinção e anulação da execução (artigo 846º do CPC¹⁹²) com a cessação da execução pelo pagamento voluntário nas seguintes situações: em qualquer estado do processo pode o executado, ou qualquer outra pessoa, fazer cessar a execução, pagando as custas e a dívida; o pagamento é feito mediante entrega direta ou depósito em instituição de crédito à ordem do agente de execução; nos casos em que as diligências de execução são realizadas por oficial

¹⁸⁹ *Código de Processo Civil...* p. 134

¹⁹⁰ *Código de Processo Civil...* p. 135

¹⁹¹ *Código do Processo Civil...* p. 141

¹⁹² *Código de Processo Civil...* p. 142

de justiça, quem pretenda usar da faculdade prevista no n.º 1 solicita na secretaria, ainda que verbalmente, guias para depósito da parte líquida ou já liquidada do crédito do exequente que não esteja solvida pelo produto da venda ou adjudicação de bens; efetuado o depósito referido no número anterior, susta-se a execução, a menos que ele seja manifestamente insuficiente, e tem lugar a liquidação de toda a responsabilidade do executado; quando o requerente junte documento comprovativo de quitação, perdão ou renúncia por parte do exequente ou qualquer outro título extintivo, suspende-se logo a execução e liquida-se a responsabilidade do executado.

Capítulo VI – O caso de Portalegre

Partindo da pretensão de demonstrar nesta dissertação que o processo executivo relativo à dívida dum crédito hipotecário ,pode ser realizado com mais êxito e mais eficácia no que concerne à sua economia processual, quando o que advém do produto da venda apesar de não ser suficiente para satisfazer a dívida, pode ser o suficiente para extinguir esse processo executivo que decorre pelo incumprimento, optou-se pela análise de um caso português que foi importante pela sua singularidade como num certo sentido de equidade em termos de risco ou uma via, como já abordado acima (“justiça”).

Tornou-se assim de importância fulcral uma abordagem dum caso que muito se discutiu em 2012, resultante da decisão¹⁹³ de 4 de janeiro do referido ano, do Tribunal de Portalegre, o qual, à semelhança doutros casos ocorridos no país vizinho¹⁹⁴, rompeu com a tradição e prática no campo jurídico português, uma vez que considerou que a adjudicação do bem hipotecado em processo executivo, pela instituição de crédito mutuante do imóvel dado em garantia, extinguiu a dívida exequenda. Isto foi contra o habitual praticado no campo jurídico português, que a adjudicação do bem hipotecado pelo exequente, por um valor inferior ao da dívida exequenda, originaria a prossecução da execução para cobrança do restante em dívida.

Depois da abordagem feita nesta dissertação sobre a hipoteca e outras garantias reais, assim como das diferentes medidas existentes, sejam de prevenção ou de resolução para o incumprimento e ainda resoluções para o incumprimento como base no princípio da subsidiariedade, e considerando o caso do Tribunal de Portalegre, levantam-se as seguintes questões:

¹⁹³ Decisão Disponível em <http://www.inverbis.pt/2012/tribunais/tribunal-portalegre-entrega-casa-banco>

¹⁹⁴ Decisão da Audiencia Provincial de Navarra disponível em http://observatoridesc.org/sites/default/files/Interlocutoria_Navarra_17122010.pdf; Tribunal de Primeira Instância 44 de Barcelona de 14 de Fevereiro de 2011; decisão do Tribunal de Primeira Instância de Arenys de Mar de 29 de Fevereiro de 2012 disponível em <http://www.afectadosporlahipoteka.com/wp-content/uploads/2012/01/Sentencia-jutjat-44-bcndacio-en-pagament.pdf>. As decisões dos casos de Espanha tiveram como base o princípio de que a adjudicação em processo executivo, pela instituição de crédito mutuante do imóvel dado em garantia, extinguiu a dívida exequenda.

- Até que ponto se poderá ter na responsabilidade da instituição de crédito um princípio de subsidiariedade inerente aquando uma decisão semelhante à proferida em 2012 pelo Tribunal de Portalegre.
- Na eventualidade da instituição de crédito ficar com o imóvel, perceber se há extinção da dívida.

Resumindo os factos ocorridos¹⁹⁵, em abril de 2012, o Tribunal de Portalegre decidiu perante uma situação de incumprimento do crédito à habitação, que com a entrega coerciva da casa, a dívida considerava-se liquidada. Estava em causa dois aspetos importantes: a entrega do imóvel para liquidação do valor em dívida e a venda judicial. A instituição de crédito envolvida adquiriu esse mesmo imóvel por valor inferior ao valor da dívida total dos devedores, ou seja, estava em causa que o credor adquiriu o bem executado por valor inferior ao atribuído inicialmente aquando o empréstimo.

Constata-se que foi atribuído um empréstimo por parte da entidade credora para habitação aos devedores, por determinado valor, hipotecando para esse efeito o imóvel, como garantia do contrato de crédito. Durante a venda executiva, como o resultado do incumprimento do contrato de crédito, o imóvel foi posto à venda “por meio de proposta em carta fechada, com valor base de 117.500,00€ e preço a anunciar de 70% desse mesmo”¹⁹⁶.

A compra do imóvel foi efetuada pelo credor que estava a executar a dívida, através da adjudicação, pelo valor estabelecido durante a venda executiva, consequentemente, por montante inferior ao da dívida total¹⁹⁷, permanecendo como credor do restante.

Com base no instituto do Abuso de Direito (artigo 334^o do CC¹⁹⁸), o Tribunal de Portalegre considerou a dívida extinta, conforme o descrito: “é nosso entendimento que a total procedência da pretensão do credor Banco ..., S.A. – obrigação de pagamento do simples remanescente da dívida após valor da

¹⁹⁵ Cf. Decisão Disponível em <http://www.inverbis.pt/2012/tribunais/tribunal-portalegre-entrega-casa-banco>

¹⁹⁶ Cit. in <http://www.inverbis.pt/2012/tribunais/tribunal-portalegre-entrega-casa-banco>. P. 1

¹⁹⁷ Que era de 129.521,52€, sendo que a compra efetuada foi no valor de 82.250,00€ cf. <http://www.inverbis.pt/2012/tribunais/tribunal-portalegre-entrega-casa-banco>. p. 2.

¹⁹⁸ “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.” Cit. in *Código Civil Português...* p. 93.

adjudicação, configuraria uma situação de abuso de direito na modalidade de desequilíbrio no exercício de direito porquanto, sendo titular de um direito de crédito, formal e aparentemente exigível por incumprimento contratual, a sua executoriedade e reconhecimento judicial em consequência do seu normal e regular exercício.”¹⁹⁹

Observando ainda alguns factos ocorridos apraz comentá-los, lançando desde já algumas ideias a concretizar no final desta dissertação enquanto propostas de melhoria em situações análogas.

Deste modo, e tendo em conta que existia naturalmente, dadas as oscilações de mercado imobiliário, um risco da desvalorização do imóvel adquirido, o qual corria por conta do devedor, pode-se questionar porque corre só para o devedor e não para ambas as partes envolvidas, isto é, mutuante e mutuário? Se a instituição de crédito não vai usufruir do excedente legal e, desde que se confirmasse que o mutuário ficasse com a habitação após o pagamento da dívida, a instituição de crédito entretanto está a ser ressarcida através do empréstimo contraído, e como tal, não é coerente que durante o processo executivo se atribua o valor dado ao imóvel inicialmente aquando a celebração do crédito.

Deve-se considerar que a avaliação do imóvel tem como objetivo a justificação da análise de risco que a entidade credora tem implícita para conceder um crédito à habitação. Assim, não é aconselhável que se crie uma certeza ao mutuário que a avaliação do imóvel será sempre pelo mesmo valor, uma vez que se trata de um risco inerente ao mesmo.

Pode-se aferir, desde já, que se o risco correr para ambas as partes será mais justo. Assim, o que se verifica, normalmente, é que se o mutuário chegar a concluir a totalidade do empréstimo, é dono do seu imóvel e a instituição de crédito é ressarcida dos juros; contudo, se o mutuário se tornar incumpridor, aqui o imóvel não é seu, mas os valores são dados à banca na mesma, o que não é sinónimo de uma relação de equidade.

Relativamente ao abuso de direito, sublinha-se novamente que o Tribunal da Relação de Portalegre considerou não existir qualquer abuso por parte da instituição de crédito em querer, após compra do imóvel, continuar com a

¹⁹⁹ Cit. in Decisão Disponível em <http://www.inverbis.pt/2012/tribunais/tribunal-portalegre-entrega-casa-banco>, p. 6

execução, mesmo tendo-se verificado que o valor não foi suficiente para pagamento do empréstimo total.

A doutrina também teve os seus contributos a partir do caso apresentado, nomeadamente, e com particular interesse para esta dissertação, optou-se pela análise de Isabel Menéres Campos. Esta opção não foi tanto pela concordância da posição adotada, mas pelas questões levantadas que cruzam de alguma forma com os objetivos estabelecidos nesta dissertação no âmbito do crédito hipotecário. Apresentando uma perspetiva tradicional, dado o rompimento com a prática jurídica habitual, teceu críticas sobre as decisões tomadas pelo Tribunal de Portalegre por não conformidade com a lei em vigor. A autora apresentou um ponto de vista legalista e processualista, chegando mesmo a considerar que “o Tribunal desconsiderou que o julgador não é legislador” e chegou mesmo a concluir que se tratava de decisões *contra legem* ²⁰⁰. Aqui apraz sublinhar o comentário da autora, questionado, porque não fazer ver ao próprio legislador agir em conformidade com tudo que tem vindo a ser constatado nas decisões proferidas.

Para autora, a decisão suscitou as maiores perplexidades pela insegurança legal e pelo abalo da confiança nas instituições que poderia acarretar. Sublinha como um dos direitos constitucionalmente protegidos o direito à segurança e certeza jurídicas como princípios inatos na noção de Estado de Direito.²⁰¹ Poderá então questionar-se como se aplicam estes direitos, ou seja, tem de haver certeza jurídica na legislação e não pela prática associada. Mas, na realidade, e em prole dessa mesma segurança legal e subsquentemente na confiança das instituições, em estabelecer uma credibilidade nessa certeza jurídica, como tal, sugere-se a reformulação da legislação, carente de soluções mais realistas na medida do que se verifica na conjuntura dos dias de hoje. Deste modo, as instituições não deixariam de ser ressarcidas do que é seu, mas de uma forma não tão evasiva para as famílias.

²⁰⁰Comentário disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B7ac1970a-8c65-4b95-8f80-147394b82313%7D.pdf>

²⁰¹ Cf. Comentário disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B7ac1970a-8c65-4b95-8f80-147394b82313%7D.pdf>

A autora refere que, no âmbito de uma execução para o exercício da garantia hipotecária, o devedor goza do direito a opor-se a que sejam penhorados outros bens, enquanto não for excutido o objeto da garantia (conforme o artigo 697º do CC²⁰²), ficando assim o imóvel hipotecado numa posição de afetação prioritária ao pagamento da dívida.²⁰³ Poderá aqui apelar-se à equidade, uma vez que na perspetiva da autora e segundo a lei, terá de se considerar outros bens, mas se for pensado aquando a celebração do contrato estabelecendo um limite para a extinção da dívida, existindo provavelmente mais património, a averiguação deste deverá ter lugar logo no início de forma precaver, também, o incumprimento.

Relativamente ao valor da venda do imóvel a autora refere que se o Banco, como credor, sugeriu que fosse fixado um determinado valor, como valor base, ao qual os executados não mostraram oposição e foi aceite pelo tribunal. Assim, e segundo a lei em vigor à data da celebração do contrato e respetivo empréstimo, as propostas a aceitar teriam de corresponder a, no mínimo, 70% do valor fosse pelo credor ou por terceiros. Como a autora constata, ao considerar “que é ao valor base e não aos 70% desse valor que deve atender-se, para efeitos de imputação do valor da adjudicação à dívida, o tribunal ficciona que a venda ocorreu por um valor superior ao que efetivamente foi oferecido e aceite (e que era o valor que o banco, enquanto proponente, estava disposto a dar pelo imóvel)”. Para a autora esta decisão foi “incompreensível e representa um abuso do poder judicial inaceitável”.²⁰⁴

Apesar da atualização em 2012²⁰⁵ ao do valor de base da venda de imóveis em processo de execução, que passa de 70% para 85%, pode-se lançar a hipótese que devia ser contornado esta norma, através da dedução de todas as custas, inerentes ao processo executivo, ao valor total, sendo que o imóvel deveria ser vendido ou adjudicado pelo valor da dívida. Considera-se, que uma vez que houve incumprimento, existe a obrigatoriedade de pagar. A norma (artigo 816º do CC) que estatui o valor de base dos 85% deveria ser regulamentada por uma

²⁰² Código Civil Português... p. 181

²⁰³ Cf. Comentário disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B7ac1970a-8c65-4b95-8f80-147394b82313%7D.pdf>

²⁰⁴ Cit. in Comentário disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B7ac1970a-8c65-4b95-8f80-147394b82313%7D.pdf>, p. 2

²⁰⁵ LEI nº 60/2012. (2012-11-09) [Consult. set 2016] disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1827&tabela=leis

Portaria de Estado, no que toca à avaliação dos imóveis, considerando através do bom senso e equidade, ou se quiser ir mais longe, recorrendo aos direitos da igualdade (artigo 13º) e da segurança (artigo 27º) consagrados na CRP²⁰⁶.

Ainda na linha de análise de Isabel Menéres Campos, importa referir o comentário da autora ao argumento do enriquecimento injustificado do banco quando adjudica o imóvel por valor abaixo do valor base. A autora relembra que a lei da oferta e da procura estabelece o valor de mercado, “e se não há quem esteja disposto a oferecer um valor por determinada coisa, essa coisa nada vale. Para se verificar uma situação de enriquecimento injustificado é necessário que exista empobrecimento de outrem.”²⁰⁷ O imóvel apresentava um determinado valor de mercado que, em venda judicial não rendeu mais do que 82.250.00€²⁰⁸, imediatamente é esse valor que entra no património do Banco e não outro. Refere a autora e de facto verifica-se que, o Banco não enriquece injustificadamente com a aquisição.

Verifica-se efetivamente que houve uma ação em conformidade com a lei, daí a urgência do legislador intervir urgentemente pela necessidade de preencher o vasto campo de lacunas que têm vindo a existir na prática comum da inter-relação das instituições de crédito com os mutuários, de certa forma impulsionadas pela conjuntura atual, no que concerne à situação apresentada. Desta forma, constata-se que existe uma prática recorrente ao longo destes anos na aplicabilidade da legislação em causa.

Ora, veja-se em casos semelhantes de incumprimento do crédito hipotecário, como procedem alguns países, que se apresentam na prática. Como algo inovador em relação ao caso europeu, e sem diminuir o valor atribuído por outros autores, aos casos ocorridos em Espanha, cabe aqui nesta dissertação dar algum destaque aos modelos de hipoteca existentes nos EUA.

Nos EUA, e com a reforma do direito hipotecário, foi criada a divisão dos estados, em Title States, que têm como garantia a propriedade e os Lien States, que

²⁰⁶ MIRANDA, Jorge; PEREIRA DA SILVA, Jorge - *Constituição da República Portuguesa*, VII revisão. Estoril: Príncipia Editora Limitada, 2006.

²⁰⁷ Cit. in Comentário disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B7ac1970a-8c65-4b95-8f80-147394b82313%7D.pdf>, p. 2

²⁰⁸ Cf Decisão Disponível em <http://www.inverbis.pt/2012/tribunais/tribunal-portalegre-entrega-casa-banco>, p. 1

adotaram a forma de hipoteca como direito real sobre o bem do devedor – *lien*²⁰⁹. Assim esta divisão deu origem a teorias sobre a garantia hipotecária: a “*title theory*” e a “*lien theory*”, existindo uma terceira teoria a “*intermediate theory*”, como uma combinação das duas²¹⁰. Observe-se cada uma delas no que concerne o incumprimento do crédito hipotecário.

A “*title theory*” foi a primeira teoria a ser praticada nos EUA, uma vez que era a prática no Reino Unido. Neste caso de crédito hipotecário, apesar de existir um direito de posse sobre a propriedade, existe normalmente um acordo expresso, atribuindo o direito de posse à instituição de crédito. No caso de incumprimento do crédito anteriormente acordado, o credor poderá promover a venda do bem, sendo que existe um limite da responsabilidade do devedor ao valor do bem.

Já com a “*lien theory*”, cujo modelo se aproxima dos modelos europeus, no caso de incumprimento do crédito garantido por hipoteca, o credor pode avançar com a execução patrimonial e com a venda judicial do imóvel, obtendo deste modo a responsabilidade real do devedor quanto ao bem objeto da hipoteca, isto é, a propriedade, e pessoal do bem remanescente.

A diferença entre as duas teorias reside no facto de na *title theory* o credor hipotecário ter o direito de posse antes do processo executivo terminar.

A terceira teoria surge como uma combinação da teoria *title* e *lien*, e no caso de incumprimento dá-se o direito de posse sobre rendas e propriedades.

²⁰⁹ SILVA, Fábio Rocha Pinto e – *Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária*. São Paulo: Almedina, 2014.

²¹⁰ Cf. JENNINGS, Marianne M. – *Real Estate Law*. Tenth Edition. South-Western, Cengage Learning. 2014, p. 398.

Conclusões

Propôs-se nesta dissertação abordar a questão da responsabilidade no crédito hipotecário, considerando o princípio da subsidiariedade, e para tal foram abordadas diversas questões relacionadas direta ou indiretamente com o crédito hipotecário para ir de encontro aos objetivos delineados.

À semelhança doutros estudos efetuados, estabeleceu-se como convicção que a forma de ultrapassar os debates em torno dos trâmites relacionados com incumprimento do crédito à habitação, só será possível com uma reforma legislativa.

Foi convicção, também, desde a delimitação do tema de estudo, que o direito do crédito, no que respeita ao crédito hipotecário, reclama de mais justiça tanto na sua aplicabilidade como no consequente tratamento dos diferentes atores envolvidos. Perante um cenário de euforia no mercado imobiliário no final do século XX e início dos anos 2000, constatou-se progressivamente num desmoronar o que implicou e implica graves consequências para quem assumiu essas responsabilidades, sejam instituições de crédito, sejam os mutuários.

O risco inerente no que toca a eventual desvalorização do imóvel, num crédito hipotecário, é suportado pelo mutuário, sendo que em paridade as instituições de crédito deveriam suportar parte desse risco, justificado, querendo demonstrar com a aplicação do princípio da subsidiariedade. A instituição de crédito quando solicita as avaliações aos imóveis tem de assumir a posição adequada, no sentido de não as inflacionar, porque muitas vezes é em função desta inflação das avaliações que o valor de financiamento de garantia é atribuído num montante superior ao mutuário. Logo, desta forma, existe aqui uma não equidade, para evitar futuros incumprimentos, e consequentes processos executivos.

Relembra-se que face ao incumprimento pelo mutuário da obrigação de restituição de capital mutuado e pagamento dos juros, a instituição de crédito recorre à ação executiva para obter o cumprimento dessa obrigação, através da execução do património daquele, designadamente através do montante do bem hipotecado.

Como uma das propostas lançadas nesta dissertação, entende-se que se os empréstimos para crédito à habitação tivessem os mesmos moldes praticados noutros tempos, quando apenas se concedia financiamento única e exclusivamente para habitação própria permanente, evitaria uma série de problemas associados ao incumprimento, protegendo a longo prazo as famílias. Deveriam ser acrescidos limites aos deveres pré-contratuais, estabelecendo desta forma uma relação mais equilibrada entre o financiamento e a garantia, pelo que estivesse previsto por um lado a desvalorização dos imóveis, e por outro não inflacionar os empréstimos para outros fins conexos, multiopções, multifinalidades, etc.. Aqui poder-se-ia assistir a um certo impedimento da Banca conceder empréstimos irresponsáveis, controlando de forma mais apertada os contratos celebrados e subsquentemente assistiria-se a menos incumprimento.

Ora, propõe-se a aplicação do princípio da subsidiariedade no sentido em que a instituição de crédito assumiria simplesmente a adjudicação do imóvel pelo valor da dívida aquando da avaliação no momento do incumprimento, e não da avaliação efetuada à data que foi contraído o empréstimo.

Importa referir também, que, haveria mais justiça e equidade, se, mediante apresentação de dados, comprovados por exemplo, como se procede atualmente através da consulta à centralização do Banco de Portugal no início da constituição do empréstimo hipotecário, a finalidade do contrato fosse ser financiado única e exclusivamente para habitação própria e permanente, através da proposta implícita, e subsquente avaliação do imóvel, e existisse deste modo, uma portaria ou de algo que regulamentasse e definisse a cota de mercado exclusivamente para esse fim.

Aí o risco já era assumido justamente pelas partes, ou seja, quem compra detém a expectativa de ser titular do imóvel sem qualquer ónus, no final, já para não referir, que o incumprimento se encontra fora de questão. Contudo, as vicissitudes da vida e do tempo, por vezes observam-se indicadores do contrário, logo, em caso de incumprimento, quem empresta também quer ver ressarcido o seu valor. Tendo em conta que o risco tanto é assumido para um lado como para outro, isto é, a proporcionalidade do risco seria assumida em regra com a

contribuição de cada um dos contraentes para a verificação das ocorrências impulsionadoras do insucesso do respetivo contrato.

Como hipótese e em caso de venda executiva, o imóvel seria vendido segundo o regulamentado, a poder se aplicar da mesma forma neste âmbito, também relativamente à norma em que a casa é vendida a 85% do valor da dívida. Em última análise, extraindo-se do produto da venda, haveria lugar ao pagamento de todo o tipo de credores todas as despesas inerentes ao processo, ficando a cargo da instituição de crédito o remanescente do valor da dívida.

Importa igualmente referir, a existência de um cadastro de aquisições, permitiria perceber o que é o mutuário possui e de certa forma obter uma visão mais abrangente do padrão económico das famílias. A centralização dos empréstimos já existe, através da informação do Banco de Portugal, mas outras aquisições poderão ter algum peso no montante global que faz parte dos empréstimos, do agregado familiar.

Uma última proposta de resolução do problema discutido, consistiria na possibilidade do casal ter um filho maior, e com o seu respetivo consentimento em concordância com banca, realizar um acordo, o qual transmitia a titularidade do imóvel e seus respetivos ónus hipotecários para nome daquele, obtendo uma forma de prolongar mais o prazo do respetivo contrato, inicialmente contraído pelos seus pais, dando assim lugar a uma prestação deveras mais baixa, podendo desta forma colmatar a impossibilidade de por vezes não pagar os empréstimos. Uma vez que, a instituição de crédito, embora não reavesse o valor naquele espaço tempo, mas sim, num espaço mais longínquo, também nunca ficaria lesada, porque os juros iriam continuar a ser pagos. Não é a opção mais vantajosa para o devedor incumpridor porque iria suportar muito mais juros.

Esta titularidade ficava condicionada à obrigação dos seus pais terem de cumprir com o pagamento. Porém, esta situação poderá causar algum entrave de uma futura constituição de um empréstimo ao filho, daí o seu consentimento ser expressamente reconhecido.

Poderá ainda sugerir-se o acompanhamento por parte de um organismo das respetivas famílias; a criação de uma comissão de acompanhamento às famílias;

ou então uma obrigação aos mutuários de créditos hipotecários, tendo assim a insituição de crédito como responsabilidade fazer esse acompanhamento.

Conclui-se que a responsabilidade no crédito hipotecário passa por uma urgente revisão legislativa, aliada à boa prática do princípio da subsidiariedade.

Bibliografia

- ABREU, Carlos Pereira de – *O direito de retenção como garantia imobiliária das obrigações*. Porto: ELCLA, 1998.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2008.
- AMORIM, José de Campos et al (coord) – *Lei Geral Tributária, Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de dezembro, atualizado até à lei nº 13/2016 de 23 de maio*. [Consult. 25 set 2016] Disponível em <http://www.lexit.pt/>
- ASCENSÃO, José de Oliveira – “Insolvência: Efeitos sobre os Negócio em Curso”, in *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 65, II, 2005.
- ATHAYDE, Augusto et al – *Curso de direito bancário*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- BANCO DE PORTUGAL – *Prevenção e gestão do incumprimento de contratos de crédito celebrados com clientes bancários particulares*, 2014. [Consult. 11 ago 2016] Disponível em <http://www.todoscontam.pt/sitecollectiondocuments/brochuraprevencaogestaoincumprimento.pdf>
- BERTRAMS, Roeland F. – *Bank guarantees in international trade: the law and practice of independent (first demand) guarantees and standby letters of credit in civil law and common law jurisdictions*. 4th rev. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2013.
- CÂMARA, Paulo; MAGALHÃES, Manuel (coord.) – *O novo direito bancário*. Coimbra: Almedina, 2012.
- CAMPOS, Isabel Menéres – “O Justiceiro: o estranho caso do juiz legislador”. In *Ipsa Jure*, nº 36 Maio de 2012. [Consult. 18 set] disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B7ac1970a-8c65-4b95-8f80-147394b82313%7D.pdf>
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 10.ª reimpressão da 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011.
- CARVALHO, Orlando – *Direito das Coisas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- CORDEIRO, António Menezes – *Leis da banca: anotadas*. 2ª ed atualizada. Coimbra: Almedina, 2000.

- CORDEIRO, António Menezes – *Manual do Direito Bancário*. Coimbra: Almedina, 2008.
- CORDEIRO, António Menezes – “Da Retenção do Promitente na Venda Executiva”, in *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 57, II, 1997.
- CORDEIRO, António Menezes ET AL (Org.) – *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORDEIRO, António Menezes; MORGADO, Carla Teixeira – *Leis da banca: anotadas; direito institucional, direito material, direito comunitário*. 3ª ed atualizada. Coimbra: Almedina, 2005.
- COSTA, Mário Júlio Almeida – *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2009.
- CRUZ, Guilherme Braga da – *O direito subsidiário na história do direito português*. Coimbra: Instituto de Estudos Históricos Doutor António de Vasconcelos da Faculdade de Letras de Coimbra, 1975.
- CRUZ, Sebastião – *Direito Romano (Ius Romanum)*. Coimbra: DisLivro, 1994.
- DOMÍNGUEZ, Francisco C.; SARMIENTO, Daniel – *El principio de subsidiariedad comunitario y las transformaciones de la distribución territorial nacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- DUARTE, Rui Pinto – *Curso de Direitos Reais*. Estoril: Principia, 2007.
- FERREIRA, Eduardo Paz – *O Banco de Portugal e o sistema europeu de bancos centrais*. Lisboa, 1997.
- FERREIRA, Bruno – *Contratos de crédito bancário e exigibilidade antecipada*. Coimbra: Almedina, 2011.
- FRADE, Catarina – “Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas”. In *I Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 9-28.
- FREITAS, José Lebre de – *A Ação Executiva: depois da reforma*. 5ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- FREITAS, José Lebre de – *A ação executiva, à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 6ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- GONZÁLEZ, José Alberto – *Direitos reais e direito registal imobiliário*. Lisboa: Quid Juris sociedade Editorial, 2009.

JARDIM, Mónica – *Escritos de direito notarial e direito registal*. Coimbra: Almedina, 2015.

JENNINGS, Marianne M. – *Real Estate Law*. Tenth Edition. South-Western, Cengage Learning. 2014.

JUSTO, A. Santos – *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2007.

LACERDA, J. L. – *O Federalismo em Portugal: uma reforma democrática*. Herstellung & Verlag: BoDtm – Books on Demand, Norderstedt, 2013.

LAVA, Mercenario Villalba – “Linhas gerais da organização judicial espanhola com especial atenção aos tribunais contencioso-administrativos. Os processos judiciais administrativos espanhóis e português”, in *Colóquio A Jurisdição Administrativa e Fiscal*. Lisboa, 2012. [Consult. 6 ago 2015] Disponível em http://www.amjafp.pt/images/phocadownload/Interven%C3%A7%C3%B5es/coloquio2012_mercenariovilalba.pdf

LEITÃO, Luís Menezes – *Cessão de Créditos*. Coimbra: Almedina, 2005.

LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações I*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2007.

LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações II*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2007.

LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações III*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2006.

LEITÃO, Luís Menezes – *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2015.

LOBO, Carlos Baptista – *Concorrência bancária?* Coimbra: Almedina, 2001.

MADALENO, Cláudia – *A vulnerabilidade das garantias reais. A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira – *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MARTINS, Maria da Conceição Crespo – *Crédito bancário: a questão da adjudicação do imóvel hipotecado pela entidade bancária*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 2013. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob a orientação de Maria Manuel Veloso.

MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos – *Direitos Reais, segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. Da Mota Pinto ao 4º Ano Jurídico de 1970-71*. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Susana – *Outsourcing no sector bancário*. Porto: Vida Económica, 2002.

PAIVA, Eduardo; CABRITA, Helena – *O processo executivo e o agente de execução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PATRÍCIO, José Simões – *Direito do Crédito, Introdução*. Lisboa: Lex, Edições Jurídicas, 1994.

PIRES, Francisco Lucas – “A política social comunitária como exemplo do princípio de subsidiariedade” in *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 33 (VI da 2ª série), Julho-Dezembro, nºs 3-4. 1991.

PIRES, Miguel Lucas – *Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores*. Coimbra: Almedina, 2004.

RIDOLA, Paolo – *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*. Torino: Giappichelli, 2010.

SÁ, Almeno de – *Direito bancário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SARAIVA, Rute Gil – *Sobre o princípio da subsidiariedade: génese, evolução, interpretação e aplicação*. Lisboa: AAFDL, 2001.

SILVA, Fábio Rocha Pinto e – *Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária*. São Paulo: Almedina, 2014.

SILVA, João Calvão da – “Instituições de crédito hipotecário, obrigações hipotecárias e obrigações sobre o sector público” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. org. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Vol. 1, p. [663]-682.

SILVA, João Calvão da - *Banca, bolsa e seguros: direito europeu e português*. 4ª ed revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2013.

SILVA, João Calvão da – “Contratos bancários e alteração das circunstâncias” in *Direito Bancário*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. [Consult. 18 nov. 2015]

Disponível

em

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – *Direito das Garantias*. Coimbra: Almedina, 2010.

VILHENA, Maria do Rosário – *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2002.

Legislação

AMORIM, José de Campos et al (coord) – *Lei Geral Tributária, Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de dezembro, atualizado até à lei nº 13/2016 de 23 de maio*. [Consult. 25 set 2016] Disponível em <http://www.lexit.pt/>

Assembleia da República – *Tratado de Lisboa, versão consolidada*. Lisboa: Divisão de Edições da Assembleia da República, 2008. [Consult. 15 mai 2016] Disponível em

https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf
Código Civil Português, aprovado pelo DL n.º 47 344 de 25 de novembro de 1996. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

Código Comercial, Carta de Lei de 28 de Junho de 1888. verbojuridico.net, 2003.

Código do Registo Predial, [Consult. 2016] Disponível em <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/docs-legislacao/codigo-do-registo-predial/>

Câmara dos Solicitadores, Colégio de Especialidade de Agentes de Execução, *Código de Processo Civil*, versão 2 agosto de 2013, [Consult. 2015/2016] disponível em

http://solicitador.net/uploads/cms_page_media/2013/8/13/Novo%20CPC%20-%20publicado%20v2.pdf

DECRETO-LEI nº 226/2008. D.R. I Série (2008-11-20)

DECRETO-LEI nº 38/2003. D.R. I Série A. (2003-03-08)

Lei Geral Tributária [Consult. set 2015] Disponível em http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/lgt/

LEI nº 60/2012. (2012-11-09) [Consult. set 2016] disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1827&tabela=leis

MIRANDA, Jorge; PEREIRA DA SILVA, Jorge – *Constituição da República Portuguesa*, VII revisão. Estoril: Príncípia Editora Limitada, 2006.

PORTARIA n.º 282/2013. (2016-08-29) [Consult. jun 2016] Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1968&tabela=leis

ANEXOS

Anexo I

Cf. <http://cliente bancario.bportugal.pt/pt-PT/Credito/CreditoaHabitacao/fichaInformacaoNormalizada/Paginas/FINcreditohabitacao.aspx>

A Ficha de Informação Normalizada (FIN) é um documento que as instituições de crédito devem disponibilizar aos clientes aquando da simulação de um empréstimo (crédito à habitação, crédito conexo ou outro crédito hipotecário), realizada aos balcões, através dos seus sítios na Internet ou por qualquer outro meio de comunicação. A FIN permite aos clientes comparar mais facilmente as diferentes opções de financiamento apresentadas pelas instituições de crédito. No momento da aprovação do empréstimo, a instituição de crédito deve também entregar ao cliente a FIN, que deve refletir as condições finais acordadas com os clientes.

O formato único e normalizado da FIN foi definido pelo Banco de Portugal (Instrução n.º 45/2012).

Elementos da FIN

Na Parte I da FIN devem ser apresentadas as condições financeiras do empréstimo, designadamente o seu montante, prazo e modalidade de reembolso, as características das garantias exigidas e as condições para o seu reembolso antecipado, o detalhe dos seus custos, designadamente em termos de taxa de juro e comissões, bem como as eventuais condições promocionais e/ou de vendas associadas facultativas, características relevantes para efeitos de cálculo da TAE e da TAER.

A. Elementos de identificação e observações

B. Descrição das características do empréstimo:

- Caracterização (designação comercial do produto, finalidade e regime do crédito)
- Campanha promocional
- Montante, prazo e modalidade de reembolso, regime e valor das prestações
- Garantias exigidas
- Seguros exigidos (incluídos na TAE)
- Reembolso antecipado

C. Custos do empréstimo:

- TAN e sua decomposição (taxa fixa, indexante, spread)
- TAE e TAER
- Vendas associadas facultativas
- Condições promocionais (TAE's associadas)
- Comissões (incluídas na TAE)
- Outras situações suscetíveis de afetar o custo do empréstimo
- Indicação da necessidade de abertura de conta de depósitos à ordem e encargos associados
- Despesas (não incluídas na TAE)

Na Parte II da FIN devem ser apresentados o plano financeiro do empréstimo (Plano Financeiro A) e os planos financeiros do empréstimo com taxa de juro acrescida de um (Plano Financeiro B) e de dois pontos percentuais (Plano Financeiro C), no caso dos empréstimos a taxa de juro variável, bem como o plano financeiro do «empréstimo padrão» (Plano Financeiro D).

O «empréstimo padrão» corresponde ao tipo de empréstimo mais simples, disponibilizado sempre por todas as instituições de crédito, com taxa de juro variável indexada à Euribor, à qual acresce o *spread* base atribuído ao cliente, e cujo reembolso se processa, desde o início, em prestações constantes de capital e juros. Trata-se de um empréstimo que serve de referência, nomeadamente para avaliar o impacto, em termos de custo total e no perfil de reembolsos, da aquisição de outros produtos ou serviços financeiros em associação com o crédito à habitação.

No caso de empréstimos com carência de capital e/ou de juros e/ou em que o reembolso de parte do capital seja diferido, a FIN deverá conter um plano

financeiro adicional (Plano Financeiro A') desse empréstimo, com reembolso, desde o início, em prestações constantes de capital e juros, assegurando ao cliente a comparação entre os custos totais do empréstimo no caso de carência de capital e/ou de juros e/ou diferimento de capital e os custos totais associados a um empréstimo reembolsado em prestações constantes de capital e juros, desde o momento inicial, bem como o distinto perfil temporal desses custos.

Na Parte III da FIN devem ser apresentados, de forma sumária, os produtos de crédito à habitação comercializados pela instituição e a documentação necessária para a aprovação do empréstimo e celebração do contrato. A disponibilização desta informação só é rigorosamente obrigatória no momento da entrega da 1ª FIN (na fase de simulação).

Anexo II

Disponível em <http://www.novocpc.org/tiacutetulos-executivos.html>**TÍTULOS EXECUTIVOS E FORMA DE PROCESSO**

Situação	É título executivo?	Forma de processo
Confissão de dívida (documento particular), com simples aposição de assinatura do devedor, no valor de 20.000,00 €	Não	
Cheque emitido em 01/01/2010 no valor de 15.000,00 € em execução intentada a 01/09/2013	Sim (quando alegada a relação subjacente)	Ordinário (valor superior a 10.000,00 €)
Ata de condomínio, no valor de 8.000,00 €	Sim	Sumário – limitado (1)
Confissão de dívida (documento autenticado) no valor de 12.000,00 € (sem garantia real)	Sim	Ordinário (valor superior a 10.000,00 €)
Injunção	Sim	Sumário
Livrança no valor de 1000,00 €	Sim	Sumário – limitado (1)
Fatura assinada pelo devedor	Não	
Notificação de NRAU acompanhada do contrato de arrendamento, no valor de 4.000,00 €	Sim	Sumário – limitado (1)
Notificação de NRAU acompanhada do contrato de arrendamento, no valor de 16.000,00 €	Sim	Ordinário
Cheque, no valor de 1000,00 € emitido em 30/06/2013, apresentado à cobrança em 5/07/2013, execução intentada a 01/09/2013	Sim	Sumário – limitado (1)
Sentença estrangeira	Sim	Sumário
Procedimento europeu de injunção de pagamento - PEIP	Sim	Sumário
Documento autêntico ou autenticado com	Sim	Sumário

garantia real (hipoteca ou penhor)		
------------------------------------	--	--

EXEMPLOS DE TÍTULOS EXECUTIVOS POR NORMA ESPECIAL

Descrição	Norma	Observações
Não sendo cumprida a obrigação de pagamento, pode o exequente ou exigir, nos próprios autos da execução, a prestação, servindo de título executivo a declaração de reconhecimento do devedor, a notificação efetuada e a falta de declaração ou o título de aquisição do crédito.	Nº 3 do artigo 777º do CPC	Forma Sumária (deve ser feito requerimento de cumulação de execução contra o devedor).
Contrato de arrendamento, quando acompanhado do comprovativo de comunicação ao arrendatário do montante em dívida, é título executivo para a execução para pagamento de quantia certa correspondente às rendas, aos encargos ou às despesas que corram por conta do arrendatário	Artigo 14.º-A da Lei 6/2006, 27 de Fevereiro aditada pela Lei n.º 31/2012, de 14 de Agosto	Forma Sumária (limitada) ou ordinária, em função do valor.
A ata da reunião da assembleia de condóminos que tiver deliberado o montante das contribuições devidas ao condomínio ou quaisquer despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns e ao pagamento de serviços de interesse comum, que não devam ser suportadas pelo condomínio, constitui título executivo contra o proprietário que deixar de pagar, no prazo estabelecido, a sua quota-parte.	Nº 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 268/94 de 25 de Outubro	Forma Sumária (limitada) ou ordinária, em função do valor
Injunção com aposição de fórmula executória	Decreto-Lei nº 269/98	Forma Sumária
Procedimento europeu de injunção de pagamento - PEIP	Regulamento (CE) n.º 1896/2006	Forma Sumária
Certidão de dívida emitida pelas instituições de Segurança Social	Artigo 7º, nº 1 do DL 42/20012 de 9/02	Forma Sumária (limitada) ou ordinária, em função do valor
Prestações ou indemnizações devidas no âmbito de contratos de aquisição de direito real de habitação periódica	Artigo 23º do Dec.Lei nº 275/93	Forma Sumária (limitada) ou ordinária, em função do valor

Nota discriminativa do Agente de Execução	Nº 5 do 721º	Forma Sumária (limitada) ou ordinária, em função do valor
Nota de honorários do notário - O pagamento da conta pode ser exigido judicialmente quando não satisfeito voluntariamente, servindo de título executivo a conta assinada pelo notário no que respeita aos montantes constantes da tabela e aos encargos legais.	Artigo 19.º - Estatuto do Notariado - <u>Dec.-Lei n.º 26/2004</u>	Forma Sumária (limitada) ou ordinária, em função do valor
Quaisquer outras importâncias devidas à Câmara dos Solicitadores pelos seus associados.	Artigo 73º do Dec.-Lei n.º 88/2003, de 26.04	Forma Sumária (limitada) ou ordinária, em função do valor
Multas fixadas pela Ordem dos Técnicos oficiais de contas, na falta de pagamento voluntário, proceder-se-á à cobrança coerciva nos tribunais comuns, constituindo título executivo bastante a decisão condenatória.	Decreto-Lei n.º 310/2009 de 26 de Outubro	Forma Sumária (limitada) ou ordinária, em função do valor
Não sendo cumprida a obrigação de pagamento, pode o exequente exigir, nos próprios autos da execução, a prestação, servindo de título executivo a declaração de reconhecimento do devedor, a notificação efetuada e a falta de declaração ou o título de aquisição do crédito.	nº 3 do artigo 777º	Forma Sumária