



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

O Contrato de Mútuo Bancário para Aquisição de Habitação

Negócio, Risco e Incumprimento.

Diogo Manuel Cabeça Tomás

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas: Especialização em Direito das Sociedades Comerciais

Orientadora:
Doutora Ana Paz Ferreira da C. Perestrelo de Oliveira, Professora Auxiliar,
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Junho de 2013

Sou capaz de calcular os movimentos dos astros

Mas não a loucura das pessoas

Isaac Newton

RESUMO

Com o presente trabalho pretendeu-se, em geral, criar uma base sobre a figura do contrato de Mútuo Bancário Para Aquisição de Habitação, fazendo, essencialmente, uma abordagem de direito, mas tendo uma preocupação de teor correlacional, nomeadamente no âmbito da ciência económica, mas também da sociologia e ciência política. Assim, o que se fez foi demonstrar os riscos inerentes a este tipo contratual e explicando a sua influência e impacto na economia e na vida social. Para chegar aqui, traçou-se o quadro legal desta figura, distinguindo-a de figuras próximas. Ao mesmo tempo, e com os olhos postos nos objetivos definidos, explicou-se em que se traduz atividade bancária e desenhou-se uma perspetiva geral sobre os riscos associados, quer a este negócio, quer, em particular, à prática do contratual do mútuo. Deste modo, pudemos concluir que a prática bancária, eclipsada pelos tempos de aparente prosperidade e de grandes fluxos financeiros, descuroou a sua tarefa de diligência na filtragem do risco, tendo concedido um grande número de empréstimos esperando (e obtendo) daí obter grandes rendimentos. Com a queda do mercado e a chegada da crise, os mutuários começaram a faltar ao cumprimento, deixando a banca numa posição delicada que levou a que esta tudo fizesse para recuperar o seu investimento. Tudo isto se passa perante uma aparente indiferença do Direito, que do ponto de vista legal pouco tem feito para repor a justiça no setor.

Palavras Chave: Direito Bancário; Mútuo; Crédito à Habitação; Risco

ABSTRACT

The present work was intended, in general, to create the basis on the figure of Bank Loan Contract on House Purchasing. This was done, essentially, by the perspective of Law science, but having also a correlational concern, involving in particularly the Economic science, Sociology and Political science. So, what we have done was to demonstrate the risks associated to this type of contract and explaining its influence and impact on the economy and social life. To get there, we drew up the legal picture of this figure, distinguishing it from nearby contracts and at the same time, it was explained what banking means and was shown an overview over the risks linked to this activity and, in particular, to the loaning contracts. Thus, we concluded that the banking practice, eclipsed by the apparent prosperity and times of major financial flows, forgotten to take the appropriated diligence in screening risk and granted a large number of loans, expecting (and getting indeed) to get fat income. With the fall of the market and the arrival of the crisis, borrowers began to fail to fulfill their obligations. That situation leaved the banks in a financial delicate position that drove them to do all they could to recover their investment. The worst was that all of this happened before an apparent indifference of the law and from the legal point of view little has been done to restore the justice in sector.

Key Words: Bank Law; Loan; Mortgage; Risk

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| 1 – INTRODUÇÃO | 1 |
| 1.1 A escolha do tema | 1 |
| 1.2 Objetivos..... | 2 |
| 1.3 Metodologia Aplicada | 4 |
| 2 – A ATIVIDADE BANCÁRIA..... | 6 |
| 2.1 Noção | 7 |
| 2.2 Objeto | 10 |
| 2.3 Fim..... | 11 |
| 3 – O CONTRATO DE MÚTUO | 14 |
| 3.1 O mútuo civil..... | 14 |
| 3.1.1 Noção | 14 |
| 3.1.2 Elementos..... | 16 |
| 3.1.3 Efeitos | 17 |
| 3.1.4 Natureza..... | 19 |
| 3.2 O Empréstimo Mercantil | 21 |
| 3.2.1 Noção | 21 |
| 3.2.2 Singularidades..... | 21 |
| 3.3 O Mútuo Bancário..... | 23 |
| 3.3.1 Noção | 23 |
| 3.3.2 Singularidades..... | 24 |
| 3.3.3 Modalidades | 25 |
| 4 - O RISCO..... | 26 |
| 4.1 O Risco nos Contratos de Alienação..... | 26 |
| 4.2 Em Especial: O Mútuo | 28 |

| | | |
|-------|--|----|
| 4.3 | O Risco Associado à Atividade Bancária: No Trilho da Crise Económica | 29 |
| 5 | O MÚTUO PARA AQUISIÇÃO DE HABITAÇÃO | 33 |
| 5.1 | Noção | 33 |
| 5.2 | Garantias | 35 |
| 5.2.1 | Em Geral | 35 |
| 5.2.2 | Em Especial: a Hipoteca | 36 |
| 5.2.3 | Garantias Complementares..... | 37 |
| 5.3 | Extinção..... | 38 |
| 5.3.1 | Em Geral | 38 |
| 5.3.2 | Em especial a Dação em Cumprimento Vs. Dação «Pro Solvendo» | 38 |
| 6 | – SENTENÇA DO TRIBUNAL JUDICIAL DE PORTALEGRE DE 04-01-2012: UM PASSO NA DIREÇÃO CERTA..... | 40 |
| 6.1 | Delimitação da Questão | 40 |
| 6.2 | O Direito | 41 |
| 6.3 | A solução..... | 42 |
| 7 | - CONCLUSÕES | 46 |
| | Bibliografia..... | 49 |
| | <i>Em Português:</i> | 49 |
| | <i>Estrangeira:</i> | 51 |
| | Jurisprudência | 52 |
| | Anexos | 53 |

1 – INTRODUÇÃO

1.1 A escolha do tema

O tema escolhido reflete uma ideia que vimos definindo desde há algum tempo e que surgiu em torno do crescente incumprimento relativo aos contratos de crédito à habitação. Esta tem por base a seguinte questão: *sendo o banco a parte forte deste contrato, a qual pode definir os termos do contrato a celebrar, e tendo o mesmo negligenciado a garantia dos contratos de crédito contraídos, como é que este pode agora vir imputar ao particular todo o custo resultante do incumprimento?*

Partindo desta ideia, e olhando ao contexto de crise que nos rodeia, urge pensar ou repensar, esta questão por forma a evitar que a crise financeira e económica se torne igualmente numa crise social.

Assim o cenário atual é o seguinte¹:

- *A redução do rendimento por via do aumento do desemprego, da diminuição dos salários e do aumento da carga fiscal tem-se refletido no aumento da materialização do risco de crédito dos particulares, mais acentuada no segmento de crédito para consumo e outros fins e relativamente mitigada no crédito para aquisição de habitação;*
- *A redução dos preços no mercado imobiliário que se tem vindo a observar, decorrente do abrandamento da procura, poderá implicar algum risco de perdas para as instituições de crédito nos casos em que se verifique a execução de hipotecas;*
- *O ajustamento em curso da economia portuguesa tenderá a persistir no futuro, com implicações diretas sobre as perspetivas de materialização do risco de crédito;*
- *O incumprimento dos particulares e, principalmente, das empresas deverá assim continuar a aumentar nos próximos trimestres.*

É nestes termos que encaixamos o estudo que nos propomos fazer, procurando da nossa parte criar, na medida do possível, um contributo para, por um lado, chamar a atenção para este problema com que cada vez mais as famílias portuguesas se encontram a braços, e por outro lado, tentar, através do conhecimento aqui produzido e agregado, encontrar ou facultar vias alternativas para a resolução

¹ Cfr. *Relatório de Estabilidade Financeira*, Banco de Portugal, novembro 2012, pág 43 e ss.

do mesmo.

1.2 Objetivos

A principal questão orientadora para esta dissertação consiste, como já se mencionou *supra*, no seguinte: *sendo o banco a parte forte deste contrato, a qual pode definir os termos do contrato a celebrar, e tendo o mesmo negligenciado a garantia dos contratos de crédito contraídos, como é que este pode agora vir imputar ao particular todo o custo resultante do incumprimento?*

Assim, com vista a responder a essa questão foi traçado o índice que se apresentou anteriormente o qual pretende definir o caminho a percorrer e ao longo do qual se irão tentar alcançar outras respostas que se apresentam como essenciais para resolver a questão principal. Nessa medida, foram traçados 3 (três) objetivos/questions a que chamaremos *accessórias*, mas cuja compreensão é essencial para uma abordagem, que se quer científica, do tema em análise. São elas:

- Verificar em que consiste a atividade bancária – nomeadamente, enquanto atividade comercial com fins lucrativos;
- Compreender em que consiste o contrato de mútuo bancário para a aquisição de habitação – em particular, qual a sua natureza e quais as suas particularidades;
- Analisar e compreender quais os riscos inerentes a este contrato e quais as suas implicações em caso de incumprimento.

É pois assim, com olhos postos nestes objetivos e com o intuito de procurar uma resposta para as questões formuladas, que começaremos por tentar descrever em traços gerais o que é a atividade bancária. Procuraremos ao longo da sua história uma definição do que esta representa – *noção*. Feito isto procurar-se-á identificar o seu *objeto*, ou seja, os atos sobre os quais se materializa essa atividade. E por último, tentaremos identificar o *fim* que norteia o desenvolvimento desta atividade. Com o estudo aqui desenvolvido, o que se pretende é testar a seguinte hipótese:

- *A atividade bancária enquanto tal é uma atividade comercial, que como as demais visa o lucro.*

Prosseguindo o estudo, explicar-se-á em que consiste o contrato de *mútuo civil*, o qual serve de base ao mútuo bancário em geral e ao mútuo bancário para aquisição de habitação em particular.

Procurar-se-á também, por questões de melhor compreensão, distinguir os 3 (três) tipos de mútuo mais paradigmáticos – *mútuo civil*, *empréstimo comercial* e *mútuo bancário*. O objetivo aqui subjacente prende-se com:

- *Criar uma noção clara do que é o contrato de mútuo e qual o regime que lhe é aplicável.*

Seguidamente, dedicaremos a nossa atenção à questão do *risco*, procurando fazer aqui um paralelo entre as questões legais e económicas. Neste sentido, o que se fará, é por um lado, estabelecer o regime legal vigente relativamente a esta questão, e por outro lado, colocar em evidência as suas implicações do ponto de vista económico, explicando em especial como a questão do risco no setor bancário conduziu à crise com que nos deparamos atualmente. Neste domínio, o que se tentará provar é o seguinte:

- *Não obstante o panorama legal, o risco económico foi essencialmente criado por parte das entidades bancárias;*
- *Destacar a forma como essas entidades ficam praticamente ilesas de qualquer consequência em função da sua exposição ao risco.*

Por último, no que à exposição diz respeito, analisar-se-á, em especial, o contrato de *mútuo bancário para aquisição de habitação*. Aqui o que se procurará fazer é realçar as suas particularidades relativamente ao regime regra do mútuo civil, mas principalmente, procurar-se-á chamar a atenção para o funcionamento da *hipoteca* enquanto garantia base deste contrato. Para além disso, far-se-á o confronto entre a *dação em cumprimento* e a *dação «pro solvendo»* como forma de extinção do mesmo. O objetivo é o seguinte:

- *Criar uma ideia das especificidades deste tipo contratual, bem como do seu funcionamento prático, compreendendo o que sucede em caso de incumprimento e o que pode ser feito para evitar que essa situação se torne definitiva.*

Só através da correta análise dos pontos acima referidos se poderá encontrar substância suficiente por forma a fundamentar as conclusões que se pensam obter por via deste estudo e que se pretendem no seguinte sentido:

1. A atividade bancária consubstancia um tipo próprio de atividade comercial, visando o lucro, com os custos e riscos associados.

2. Nos termos em que atualmente, do ponto de vista legal se configura esta atividade, ela cria uma situação de profundo desequilíbrio entre as partes, imputando aos particulares – a parte fraca nestes contratos – todas as consequências resultantes da transferência do risco, as quais são particularmente nefastas, nomeadamente nas situações de potencial incumprimento.
3. Nos termos em que hoje essa situação se verifica, pode o particular ficar desalojado e ainda com uma dívida a seu cargo, o que a acontecer representa uma consequência manifestamente injusta e desproporcional que só pode repugnar ao Direito e à qual o mesmo não poderá ficar alheio.

1.3 Metodologia Aplicada

Na medida em que atualmente a realidade é cada vez mais complexa e particularmente na área que iremos tratar, o seu âmago é composto através do contributo de várias ciências, é imperativo que a metodologia adotada para o tratamento da matéria em causa transcenda a análise da disciplina normativa e de direito, estendendo-se para o âmbito de outras ciências sociais como é o caso da economia, mas também da sociologia.

Deste modo, e para o objeto que nos propomos tratar, usar-se-á como é natural, e primordialmente, uma abordagem jurídica das questões, fundamentando a nossa posição o mais possível com o recurso aos instrumentos normativos atualmente em vigor. Esta tarefa será sempre realizada tendo em vista a destrição dos argumentos que servem de base ao intérprete/aplicador do direito. Contudo, e porque não podemos olvidar o objetivo científico subjacente a este trabalho, procurar-se-á para além disso, fazer um esforço integrativo das questões no domínio da dogmática jurídica.

Não obstante e conforme se referiu, uma vez esta matéria respeita a uma área que extravasa a esfera científica do direito, far-se-á um esforço para que, sempre que possível, alargue o estudo a outras ciências sociais, como a economia ou a sociologia, de modo a tornar o trabalho em causa mais completo e fidedigno. Nessa medida, utilizar-se-ão, quando disponíveis, dados estatísticos, indicadores e gráficos, recolhidos pelas entidades de referência nesses domínios. Esta é uma opção, que pese embora seja pouco usual nas dissertações de direito, pensamos ser de extrema utilidade pedagógico-científica, na medida em que não só facilita a compreensão e a torna mais perceptível,

como para além disso acrescenta um componente mesurável e de maior rigor e exatidão ao estudo em causa.

Assim o que nos propomos fazer em termos metodológicos, e deixando de parte as nomenclaturas, será criar uma base sólida de conhecimento, assente sobretudo num sistema dialético de direito, mas sem qualquer prurido resultante do recurso a outras ciências sociais num prisma não só auxiliar, mas também correlacional.

2 – A ATIVIDADE BANCÁRIA

A atual complexidade e instabilidade conjetural tem prendido a atenção da opinião pública e desencadeado inúmeras críticas por parte da nossa doutrina e *opinion makers*. Isto acontece porque a crise económico-financeira que atravessamos insiste em não arredar pé, deixando a população em geral num contexto de medo e inquietude constante.

A especulação que se tem gerado à volta do tema, nomeadamente em torno das origens, razões e soluções para esta situação, tiveram porventura um contributo inegável para uma questão em particular: colocar o papel dos bancos e instituições de crédito na ordem do dia. E a verdade é que no seio de uma crise que é assumidamente económico-financeira, não se pode de forma alguma coartar o papel das instituições que vivem e se alimentam dos fluxos gerados em torno de uma sociedade, que como a nossa atualmente, cresce na direta proporção em que o faz o crédito e a especulação financeira. Ora, isto é o mesmo que dizer que os bancos e outras instituições de crédito tiveram de facto um relevante papel na criação da atual conjuntura.

Porém, o problema atual transcende o panorama económico e financeiro, repercutindo-se de uma forma preocupante no aspeto social. Deste modo, diversas famílias encontram-se hoje a braços com situações financeiras difíceis ou completamente deterioradas, sem qualquer perspetiva de futuro que se prefigure no horizonte. Esta falta de esperança tem consequências graves ao nível das relações e dos papéis que os indivíduos e grupos desempenham na sociedade, a qual, refletindo o panorama económico depressivo, se torna ela própria depressiva. Assim deparamo-nos, nos dias de hoje, com uma sociedade que se encontra gasta e deprimida, em que o emprego falta, o dinheiro falta e o crédito também.

Nesta perspetiva, ganha particular importância a questão do crédito à habitação, na medida em que será porventura aquele que congrega de forma mais nítida a síntese das várias dimensões desta crise. Ou seja, desde logo, a dimensão financeira – gerada pelos fluxos de capital que se movimentam entre as partes –, a dimensão económica – frustrando o consumo e afetando a oferta e procura no mercado imobiliário – e por fim, mas como habitualmente não menos importante, a dimensão social – que se vê particularmente envolvida neste domínio, uma vez que está aqui em causa a concretização da habitação, ela que é um direito social, constitucionalmente consagrado.

Face a estes acontecimentos, as pessoas na sua globalidade, perguntam-se sobre a justiça de uma

sociedade que se degrada na mesma medida em que o fazem os seus entes financeiros maiores. Por nossa parte a pergunta é diferente, prende-se com saber se o direito pode ficar indiferente a uma situação deste tipo, permitindo-se ser dominado pela vontade económica dos mercados sem qualquer salvaguarda para o tecido social? Da mesma forma, e respondendo à pergunta por nós colocada, diremos desde já que não. O direito não pode, em circunstância alguma, ficar impávido e sereno a assistir à deterioração social sem intervir.

Neste sentido, e com vista à adequada compreensão desta realidade, iniciamos este estudo procurando obter respostas que permitam uma melhor aplicação do direito vigente ao contexto atual, ao mesmo tempo que tentamos criar uma base sólida de conhecimento que possa ser usada num momento legiferante futuro.

Assim, começamos desde logo por tentar compreender a atividade bancária e em que é que esta consiste.

2.1 Noção

Conforme é já assente na doutrina, a atividade bancária tem origens remotas, havendo relatos da sua existência em civilizações “antiquíssimas”, encontrando-se nalguns casos associada aos cultos religiosos². Porém, apesar da origem antiga, com os contornos que assume atualmente, alcançados particularmente à custa do seu “agente” por excelência, vulgo, o Banco, a sua história é substancialmente mais recente, datando somente de meados do século XVII³.

O negócio bancário moderno em termos genéricos, segundo explicam alguns⁴, começou quase por acaso, a reboque de uma outra atividade paralela, a ourivesaria. Segundo adianta este autor, desde sempre, os ourives possuíam cofres fortes para segurar as matérias que comercializavam, devido ao elevado valor das mesmas. E, a determinada altura, alguém se lembrou de começar a alugar o espaço extra desses cofres a outros proprietários de matérias preciosas, emitindo, em contrapartida, notas equivalentes ao valor “depositado” no cofre, de forma a que posteriormente essa quantia pudesse ser “levantada”.

² Neste sentido, Lopes, J. M. Gameiro, *Introdução ao Direito Bancário*, in *Cadernos de Direito Bancário*, Vol. 1, 1.ª Edição, Vislis Editores, 2000, pág. 45.

³ Lopes, J. M. Gameiro, *ob. Cit.*, pág. 45.

⁴ Neste sentido, Krugman, Paul, *Acabem Com Esta Crise Já!*, Editorial Presença, Lisboa, 2012 pág. 68 e ss.

Ainda de acordo com o autor em causa, este fenómeno deu origem a duas situações novas. Por um lado, as notas emitidas começaram a ser transacionadas como se das próprias matérias se tratassem. Assim, gerou-se uma espécie de moeda corrente, cujo valor nominal era equivalente à quantia de ouro depositada, contra a emissão da respetiva “nota”.

Por outro lado, os ourives, depositários das matérias preciosas, perceberam que em momento algum, os depositantes se deslocavam todos ao mesmo tempo a reclamar as matérias depositadas, pelo que lhes pareceu óbvio que não necessitariam de as ter a todas armazenadas. Isto é, criou-se aqui a possibilidade de os ourives manterem apenas um determinado valor em cofre, podendo investir as restantes matérias gerando dividendos quer para si, quer para os depositários e ficando todos a ganhar com o negócio.

Por terras lusas, o aparecimento dos bancos na sua aceção tradicional, tem origem no século XIX. Contudo a atividade bancária surge anteriormente, associada às práticas cambiárias da idade média, ainda que em moldes muito diferentes daqueles que hoje se conhecem⁵. Porém, o *boost* do desenvolvimento na atividade bancária, tal como na grande maioria dos países, deu-se com a época dos descobrimentos e o crescimento das trocas comerciais, tendo-se banalizado, por exemplo, o uso das letras de câmbio no financiamento de navios. Não obstante, o primeiro banco efetivamente criado em Portugal, foi o Banco de Lisboa, com origem na Carta de Lei de 31 de dezembro de 1821, seguindo-se o Banco Comercial do Porto, com data de criação de 13 de agosto de 1835, e a 31 de dezembro de 1841 foi a da Companhia de Crédito Nacional. Estes sujeitos, tinham por atividade quer o empréstimo, quer o depósito e o desconto, procurando evitar a prática da usura e facilitando as transações comerciais⁶. Para além disso, assumiam ainda a tarefa de emissão de moeda. Mais tarde o Banco de Lisboa e a Companhia de Crédito Nacional (à data designada de Companhia Confiança Nacional), vieram a ser fundidas dando origem ao Banco de Portugal em 19 de novembro de 1846.⁷

Finalmente, na segunda metade do século XIX, surge a Lei de 22 de junho de 1866, a qual permite a constituição de instituições bancárias, dispondo os termos em que essa atividade poderia ser

⁵ Cordeiro, António Menezes, Manual de direito bancário / António Menezes Cordeiro. - 4ª ed. rev. e atualizada. - Coimbra : Almedina, 2010, pág. 95.

⁶ Era o que se podia ler no texto da Carta de Lei de 31 de dezembro de 1821.

⁷ Cordeiro, António Menezes, *ob cit.*, pág. 97 e ss.

prosseguida⁸. Esta Lei marca o início da atividade bancária nos moldes em que atualmente a conhecemos, apesar de, como é natural, ter sofrido desde então várias alterações, quer ao nível de nova produção legislativa nacional, quer ainda por via da crescente europeização nestes domínios.

Feita a sua introdução histórica, importa agora caracterizar a situação atual. Do ponto de vista jurídico, essa atividade encontra-se hoje perfeitamente balizada em termos legais, o que nos permite partir daí para melhor entender o seu conteúdo.

Como se sabe, os bancos fazem parte de um grupo mais abrangente do sistema financeiro nacional, que diz respeito às *instituições de crédito*. Estas instituições são definidas no artigo 2.º, n.º 1 do DL 298/92 de 31 de dezembro, na última redação que lhe foi dada pelos DL's nºs 88/2011, de 20 de julho, 119/2011, de 26 de dezembro, 31-A/2012, de 10 de fevereiro e 242/2012, de 7 de novembro (doravante RGICSF), como *as empresas cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito*. Esta é contudo uma definição algo vaga e abrangente, que para uma correta compreensão implica determinar separadamente os elementos que a compõem⁹. São eles: o conceito de *atividade* – o qual deve ser entendido no sentido de abranger a *prática concertada de atos que entre si têm determinada relação*¹⁰ -, a noção de *público* – referindo-se a uma *pluralidade indiscriminada de quantos possam entrar em relação com a instituição*¹¹ -, o conteúdo de *fundos reembolsáveis* – os quais dizem respeito a *disponibilidades monetárias* independentemente da sua natureza, forma ou suporte material, os quais quando recebidos pela instituição representam a assunção de uma obrigação de os restituir¹² -, a *utilização por conta própria* – no sentido de que os fundos recebidos se constituem sua propriedade e usados por si mesma¹³ - e por fim a noção de *concessão de crédito* – entendida como possuindo a maior amplitude possível de modo a abarcar quer o papel de aplicação, quer de intermediação desempenhada por estas instituições¹⁴.

⁸ Cordeiro, António Menezes, *ob cit.*, pág 99.

⁹ A este respeito Athayde, Augusto de, Curso de direito bancário, 2ª edição, Coimbra Editora, 2009, pág. 131 e ss.

¹⁰ Cfr. Athayde, Augusto de, *ob. Cit.*, pág. 140.

¹¹ Cfr. Athayde, Augusto de, *ob. Cit.*, pág. 147.

¹² Cfr. Athayde, Augusto de, *ob. Cit.*, pág. 150.

¹³ Cfr. Athayde, Augusto de, *ob. Cit.*, pág. 151 e 152.

¹⁴ Cfr. Athayde, Augusto de, *ob. Cit.*, pág. 158 e 159.

Do que aqui ficou expresso e a título de síntese, poder-se-á dizer, como o faz Paul Krugman¹⁵, que a atividade bancária se resume, no fundo, a uma remoção do compromisso entre a *liquidez* e os *retornos*. Ou seja, segundo este autor, os investidores estão constantemente perante um dilema que se traduz na possibilidade de disporem de fundos a curto prazo – a dita *liquidez* – por oposição à possibilidade de os colocarem em circulação no circuito económico para assim gerar mais fundos – falamos aqui dos *retornos*. Nesta perspetiva, o que os bancos vão fazer no desenvolvimento da sua atividade é disponibilizar *liquidez* àqueles que lá depositem os seus fundos, ao mesmo tempo que colocam uma parte dos mesmos a circular, para daí gerar *retornos*, assumindo assim a posição que vulgarmente a doutrina define como *intermediário financeiro*¹⁶.

Para além disso, importa acrescentar que a instituição bancária será sempre por força da lei uma empresa – artigo 2.º, n.º 1 do RGICSF – e que, igualmente por imposição legal deverá assumir a forma de sociedade anónima – artigo 14.º, n.º 1, alínea b) – com todas as consequências daí resultantes, nomeadamente no que respeita à prossecução do fim lucro – artigo 980.º CC – e que explicaremos mais à frente.

2.2 Objeto

Dir-se-á assim, que o objeto da atividade bancária será, pois então, em termos latos, a prática de operações financeiras entendidas como *os múltiplos negócios e situações jurídicas entre o banco e cliente*¹⁷.

Procurando traçar um elenco destas operações, ainda que com um pendor essencialmente compreensivo e não exaustivo, começamos desde logo por distingui-las em três classes, seguindo a fórmula tradicional da doutrina¹⁸. Assim, diremos que o objeto da atividade bancária poderá ser, de acordo com a perspetiva do banco, de três tipos: *ativo* – quando o banco age concedendo crédito –, *passivo* – quando a instituição receba crédito do cliente – ou *neutro* – quando nenhuma das partes conceda crédito¹⁹.

¹⁵ Cfr. Krugman, Paul, *ob. cit.*, pág. 69 e ss.

¹⁶ Neste sentido, Patrício, José Simões, *Direito Bancário Privado, Quid Iuris?*, 2004, pág. 9 e ss.

¹⁷ Cfr. Patrício, José Simões, *ob. Cit.*, pág. 102.

¹⁸ Cfr. Patrício, José Simões, *ob. Cit.*, pág. 103.

¹⁹ Cfr. Patrício, José Simões, *ob. Cit.*, pág. 103.

Consequentemente, poderemos elencar como operações do tipo ativo, o mútuo (independentemente do tipo e forma que assuma), o desconto bancário e ainda a abertura de crédito ou a prestação de garantias, porquanto em qualquer destas operações o banco se apresenta numa posição de credor face ao cliente²⁰.

Já relativamente às operações do tipo passivo, o exemplo paradigmático é o depósito. Nesta situação, como é conhecido de todos, o que o cliente faz consiste na concessão de uma quantia pecuniária à instituição bancária, traduzindo-se num recebimento de crédito por parte da instituição.

Por fim, no que diz respeito às operações de tipo neutro, diremos que estas são normalmente reconduzidas aos chamados *serviços bancários*, os quais são tidos habitualmente como atividade acessória da instituição bancária. Estes serviços têm um carácter muito diversificado e aglomeram uma panóplia atividades desde o depósito de títulos, ao aluguer de cofres, passando pela concessão de cartões e custódia de valores, entre outros²¹. Note-se que este setor da atividade bancária é um dos que mais tem crescido nos últimos tempos, fruto do crescente acesso às tecnologias e da complexidade da atividade financeira alcançada por via da prática de *cross-selling*²². Esta prática, tendo na maioria das vezes início nas relações de longo prazo estabelecidas com a entidade bancária, tem por objetivo um crescimento da relação estabelecida entre o banco e o cliente. O que se procura é fidelizar o cliente, evitando que este procure uma nova instituição de crédito e reduzindo o peso da concorrência.

É pois, nestes termos que se desenrola a atividade bancária, tendo por objeto as várias operações *supra* descritas, bem como outras, que pelo seu elevado número e menor relevância para a nossa exposição nos abstermos de enumerar.

2.3 Fim

Uma vez apreendida a noção de atividade bancária e o objeto sob o qual esta incide, importa por ora compreender o porquê, ou por outras palavras o fim, da prossecução desta atividade.

Neste sentido, muito embora se compreenda a necessidade de existência de bancos e instituições de crédito, num contexto financeiro que pela sua densidade repele para estas entidades o tratamento de

²⁰ Cfr. Patrício, José Simões, *ob. Cit.*, pág. 104.

²¹ Cfr. Patrício, José Simões, *ob. Cit.*, pág. 105.

²² A este respeito, Martins, Andreia Marques, *ob. Cit.*, pág. 40 e ss.

capitais é de extrema relevância que fique claro que estas instituições o fazem com um intuito ou fim determinado. É precisamente sobre esse fim que nos debruçaremos neste ponto.

Como ficou dito *supra*, a atividade bancária surge em grande parte porque algumas pessoas perceberam que seria rentável receber bens de outras pessoas e que por essa via os poderiam investir e obter para si mesmos proveitos desse investimento. Assim, diremos em abstrato, que o fim da atividade bancária se prende com a obtenção de proveitos. Destarte, a este nível importa densificar um pouco mais a questão.

Conforme se sabe, o Direito Bancário redunda de um ramo mais lato do Direito, o Direito Comercial²³. Senão veja-se que é o próprio Código Comercial (doravante C.Com.) a prever as chamadas *operações de banco*, no Título IX, do Livro Segundo, afirmando no artigo 362.º 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, empréstimos, descontos, cobranças, aberturas de crédito, emissão e circulação de notas ou títulos fiduciários pagáveis à vista e ao portador*. Como tal, facilmente se identifica a natureza objetivamente comercial da atividade bancária.

Contudo, além disso, e como já foi referido em cima, legalmente a constituição de qualquer instituição bancária obriga a que a mesma assuma a forma de sociedade comercial, sob o tipo de sociedade anónima – é o que resulta da leitura conjunta dos artigos 2.º, n.º 1 e 14.º, n.º 1, alínea b) do RGICSF. Deste modo, também subjetivamente, a atividade se afirma como sendo comercial²⁴.

Ora, se assim é e como se sabe, a prática comercial tem naturalmente sempre o mesmo fim, vulgo a realização do lucro – artigo 980.º C.C., poder-se-á agora dizer por via de um silogismo simples, que o

²³ Na perspetiva de Cordeiro, António Menezes, *ob cit.*, pág. 167, *Designadamente: em muitos pontos, o Direito bancário é uma simples especialização de institutos civis e comerciais, cujas regras, no essencial, utiliza.*

²⁴ Na letra do Código Comercial:

Art.º 2.º - Atos de comércio

*Serão considerados atos de comércio **todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código**, e, além deles, **todos os contratos e obrigações dos comerciantes**, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio ato não resultar.*

(...)

Art.º 13.º - Quem é comerciante

São comerciantes:

1.º As pessoas, que, tendo capacidade para praticar atos de comércio, fazem deste profissão;

2.º As sociedades comerciais.

fim da atividade bancária será também ele o lucro²⁵. Ou seja, os bancos desempenham o papel de intermediação e prestação de serviços que atrás se definiu, porque efetivamente esperam com essa atividade atingir o fim determinado, *máxime*, a obtenção de lucros. Porém importa não descurar que como todas as atividades comerciais, também aqui existem ou devem existir, os riscos inerentes a essa atividade.

Conforme se referiu *supra*, uma das formas pela qual essa atividade é concretizada, será por via da concessão de crédito ou de empréstimos aos seus clientes. É essa a vertente objeto da atividade bancária que principalmente nos interessa nesta dissertação e é por essa razão que passamos, de seguida, a analisar a figura do mútuo.

²⁵ Neste sentido, Patrício, José Simões, *ob. Cit.*, pág. 29, que a respeito das previsões do Código Comercial, relativas *operações de banco* afirma o seguinte: *Em primeiro lugar, extrai-se da lei a incontornável, e poderá dizer-se praticamente indiscutida, natureza comercial de toda a atividade bancária (atos contratos) tendendo à realização de lucros.*

3 – O CONTRATO DE MÚTUO

Uma vez compreendida a atividade bancária, interessa-nos por ora contextualizar o contrato de mútuo de modo genérico, uma vez que esta figura é o ponto de partida daquela que iremos tratar – o mútuo para aquisição de habitação.

Esta é uma figura do direito civil que tem sido já bastante tratada e que tem longa história no nosso ordenamento jurídico.

A quando da sua origem, o mútuo, estava associado à ideia de *dáviva*, compreendida como uma prática social de entrega de coisas a alguém com quem se tinha uma determinada ligação, para que estes as utilizassem numa situação de necessidade, a qual seria normalmente compensada num momento posterior²⁶. Esta é em nosso entender uma ideia que se mantém ainda até aos dias de hoje, embora o caráter assistencial inicial tenha sucumbido perante a gula capitalista do lucro que lhe subjaz.

Destarte, o mútuo é hoje pacificamente entendido, entre os nossos civilistas como empréstimo de coisas fungíveis, enquadrando-se no grupo maior dos contratos de financiamento, do qual fazem parte, entre outros, o contrato de abertura de crédito, o *leasing* e o *factoring*²⁷.

3.1 O mútuo civil

3.1.1 Noção

Conforme se referiu *supra* o contrato de mútuo remete a sua génese para uma ideia de partilha. Quando uma determinada pessoa ou grupo se encontrassem numa situação de excedente cedia-o a outro que se encontrasse numa situação de carência²⁸. Daí que ainda hoje alguns autores o

²⁶ Cfr. Ferreira, Bruno, *Contratos de crédito bancário e exigibilidade antecipada*, Coimbra : Almedina, 2011, pág. 27 e 28.

²⁷ Cfr. Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Volume III – Dos Contratos em Especial, 6.º edição, Almedina, 2009 pág. 385 e ss; a este respeito veja-se também Martins, Andreia Marques, *Do crédito à habitação em Portugal e a crise financeira e económica mundial em especial: as garantias no crédito à habitação*, orient. António Menezes Cordeiro e Adelaide Menezes Leitão, Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídico-Empresariais (Direito das Sociedades Comerciais - Direito da Crise), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2011;

²⁸ Cfr. Cordeiro, António Menezes, *ob cit.*, pág 623; e Madeira, Joaquim Luís, *Mútuo Bancário*, in *Temas de Direito Bancário*, Ed Autor, Maputo, 1999, pág. 507;

continuem a classificar como contrato de troca²⁹. Em bom rigor, essa classificação não é desprovida de fundamento, uma vez que na verdade o contrato de mútuo configura efetivamente uma troca, porquanto alguém entrega a outrem algo, que mais tarde lhe deve ser restituído. Contudo, fala-se aqui de *restituição em género*, remetendo para a fungibilidade da coisa mutuada. Pelo que, parece que neste caso o que estará em causa será uma situação jurídica que vai para além de uma simples troca. Assim, embora nos pareça concebível uma classificação desse tipo, ela é, em nosso entender, pouco rigorosa na medida em que potencia uma possível confusão com outro contrato – mormente, a permuta ou o comodato.

Feita esta consideração inicial, diremos agora que o contrato de mútuo civil, se encontra previsto no artigo 1142.º e ss do CC, entendendo-se de forma abstrata como o contrato pelo qual o mutuante empresta ao mutuário determinada quantia ou coisa fungível para satisfação das suas necessidades, o qual se obriga a restituir posteriormente outro tanto do mesmo género e qualidade³⁰. Neste sentido, porque se encontra legalmente previsto e com um regime normativo definido, poderá caracterizar-se como um contrato nominado e típico³¹.

Da previsão legal resulta ainda que o objeto do mútuo pode respeitar tanto a dinheiro como outra coisa fungível, especificamente aquelas que sejam determináveis em género, qualidade e quantidade (artigo 207.º CC), uma vez que a lei determina a sua restituição *in genere*³². Para além disso, importa ainda referir, que nos encontramos perante um contrato tendencialmente não formal, mas que mediante a concretização de determinados requisitos a lei opta por prever a formalização do negócio (artigo 1143.º CC). Entre estes requisitos, encontram-se nomeadamente, os casos em que o valor do mútuo seja superior a 2500 e 25 000 euros, sendo que aí o mesmo só é válido se for celebrado por documento assinado pelo mutuário – na primeira situação – e escritura pública ou por documento particular autenticado – na segunda situação. Para além destas duas exceções, também no caso de as partes convencionarem juros superiores ao valor legalmente previsto, deverá o contrato ser realizado por escrito, sob pena de serem apenas devidos juros à taxa legal aplicável (artigo 559.º, n.º 2 CC).

²⁹ Neste sentido, Almeida, Carlos Ferreira, *Contratos II*, 2.ª Ed., Almedina, 2011, pág. 113 e ss.

³⁰ Martins, Andreia Marques, *ob. Cit.*, pág. 27.

³¹ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 386.

³² Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 396.

3.1.2 Elementos

Assim, de acordo com o que ficou referido acima, podemos identificar neste contrato três elementos caracterizadores do mesmo.

São eles:

1. a natureza fungível da coisa mutuada;
2. a *datio rei*; e
3. a obrigação de restituição³³.

O primeiro elemento tem que ver com a especificidade do objeto traduzida na “substituibilidade” da coisa mutuada. Ao prever-se a restituição em género parece apontar-se para que o bem restituído, embora seja do mesmo tipo, não será necessariamente o bem que foi mutuado.

O segundo elemento é apontado normalmente como sendo o elemento constitutivo do contrato de mútuo e traduz-se na entrega da coisa mutuada. É precisamente este o argumento que a doutrina tem considerado basilar para defender o carácter *quoad constitutionem* do contrato de mútuo, determinando a sua essencialidade para a formação do contrato.

O terceiro elemento é uma decorrência natural do segundo e resulta do seu carácter de “correspectividade” das prestações. Fala-se aqui da obrigação de restituição do *tantundem*. A lei estabelece aqui que, por um lado, o mutuante entrega a coisa ao mutuário e, por outro, cria neste a obrigação de restituição. Dever-se-á ter aqui em linha de conta que, atendendo ao que se referiu *supra*, já não se fala aqui da restituição do mesmo bem, mas um do seu equivalente.

Por fim, existe um quarto elemento, dito eventual, que se traduz no *pagamento de juros*. Este efeito só terá lugar no caso de o mútuo ser oneroso, já não existindo quando o mútuo seja gratuito, uma vez que nesse caso não existe qualquer retribuição para disponibilização da coisa. Como tal, não poderemos aqui, ao contrário do que aconteceu nos casos anteriores, considerá-lo um elemento essencial do contrato de mútuo, mas tão-somente um elemento eventual.

³³ Cfr. Martins, Andreia Marques, ob. Cit., pág. 27; Neste sentido ver também, Ac. TRC n.º 749/08.0TBTMR.C1, de 29-06-2010, *São elementos constitutivos do contrato de mútuo (art.1142 CC) - a entrega a outrem de dinheiro ou coisa fungível e a obrigação do mutuário de restituir a coisa ao mutuante.*

3.1.3 Efeitos

Embora muitos autores, metodologicamente, comecem por discutir a natureza contratual e só depois os efeitos do contrato é nossa convicção, que pedagogicamente e até do ponto de vista da metodologia será mais correta a situação inversa, ou seja, discutir primeiro os efeitos do contrato, bem como a sua estrutura e só depois procurar enquadrar a sua natureza. É pois com esta meta que passamos então a analisar neste ponto os efeitos do contrato de mútuo.

Assim, e partindo do pressuposto *supra* mencionado, podemos afirmar que os elementos referidos acima têm desde logo importância, na medida em que daí derivam os efeitos deste tipo contratual. Consequentemente, no que ao contrato de mútuo diz respeito, são-lhe reconhecidos três efeitos³⁴:

1. o efeito real translativo, relativo à transmissão da propriedade das coisas entregues;
2. o efeito obrigacional de restituição do *tantundem* pelo mutuário; e
3. o efeito obrigacional de pagamento dos juros (quando o mútuo seja oneroso).

Utilizando o mesmo método usado no ponto anterior, podemos adiantar já que os três efeitos referidos não têm lugar todos da mesma forma. Destarte, podemos afirmar que quanto aos dois primeiros efeitos, eles terão sempre lugar. No entanto, o mesmo já será verdade no caso do terceiro efeito, ao qual chamaremos de “eventual”, na medida em que só ocorrerá no caso de o mútuo ter carácter oneroso.

Como tal, e analisando um pouco mais em pormenor cada um dos efeitos, dir-se-á que em relação ao primeiro efeito – de transmissão da propriedade – que o mesmo é uma decorrência natural do contrato de mútuo nos termos em que se encontra legalmente previsto. Dado que se prevê que a restituição seja de algo do mesmo género e qualidade – o *tantundem* – e já não a própria coisa³⁵, parece natural que a coisa mutuada integre o património do mutuário e até que seja consumida pelo mesmo. Ora um poder tão amplo como este, naturalmente implica mais do que um simples dever de custódia ou fruição, pelo que tem que implicar necessariamente a transferência de propriedade, para que daí resulte também a plenitude de poderes e direitos inerentes³⁶. Pode e deve ainda dizer-se que

³⁴ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 408 e ss.

³⁵ Redinha, João, Contrato de Mútuo, in Direito das Obrigações, Vol. III, Lições coordenadas pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, AAFDL, 1991, pág. 221.

³⁶ Neste sentido, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 409.

implicando a transferência da propriedade, o mútuo pode considerar-se, como tal e quanto a esse efeito, um contrato real *quod effectum*. Ainda que, como referem alguns autores³⁷, esse efeito seja meramente *instrumental*, com vista a proporcionar o gozo que se visa dar à coisa, dada a sua natureza fungível. Contudo, e para dúvidas não restem, a lei encarrega-se de, no artigo 1144.º do CC, esclarecer que as *coisas se tornam propriedade do mutuário* e que essa transferência ocorre *pelo facto da entrega*.

No que respeita ao segundo efeito, a restituição do *tantundem* – artigo 1142.º CC –, a lei prescreve que cabe ao mutuário restituir *outro tanto do mesmo género que foi recebido*³⁸. Destacam alguns autores, e em nosso entender bem, que esta é uma *obrigação essencial* do mútuo, existindo, quer o mesmo tenha carácter oneroso ou gratuito³⁹. Acrescenta-se ainda que, como decorre do princípio do nominalismo monetário, esta restituição deverá ser feita no valor que a coisa possua no momento, não sendo consideradas oscilações em função de cenários inflacionários ou deflacionários⁴⁰. No caso de restituição de coisa não monetária, e caso a mesma se torne impossível ou extremamente difícil restituir, ela será substituída pelo seu valor em dinheiro, no momento e lugar de vencimento da obrigação inicial – é o que decorre do artigo 1149.º do CC. Importa ainda acrescentar que o momento e lugar do cumprimento deverá ser definido contratualmente pelas partes, as quais podem igualmente definir se a restituição se fará integral ou fraccionadamente⁴¹.

Por fim, o último efeito, diz respeito ao pagamento dos juros. Relativamente a este, cabe-nos dizer, conforme já esboçamos *supra*, que a obrigação é eventual, ou seja, apenas terá lugar nos casos em que o mútuo seja oneroso – artigo 1145.º, n.º 1 CC –, sendo que a sua onerosidade se presume em caso de dúvida – artigo 1145.º, n.º 1 CC *in fine*. Uma vez estabelecida a obrigação de pagamento de juros e apesar do seu carácter acessório em relação ao capital, a mesma não fica na dependência do capital podendo qualquer das obrigações ser livremente extinta ou cedida separadamente – artigo 561.º CC⁴². Mais importa referir, que caso as partes não estabeleçam a taxa ou quantitativo de juros

³⁷ Veja-se, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág 408; Redinha, João, *ob. Cit.*, pág. 221 e ss; Lima, Pires e Antunes Varela, *ob. Cit.*, pág. 681.

³⁸ Cfr. Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 409.

³⁹ Neste sentido, Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 409.

⁴⁰ Redinha, João, *ob. Cit.*, pág. 228.

⁴¹ Neste sentido, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág.411 e ss.

⁴² A este respeito, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág.412 e ss

devidos, serão devidos os juros calculados de acordo com as taxas legais em vigor – artigo 559.º CC⁴³. Porém, no caso de estabelecerem taxa diferente daquela, ela será limitada nos termos do artigo 1146.º CC, de acordo com os padrões legais. Sendo reduzida ao valor máximo exigível, no caso de as partes estipularem um valor que lhe seja superior – artigo 1146, n.º 3 CC.

3.1.4 Natureza

Isto leva-nos a abordar uma questão bastante pertinente, porquanto o é também pouco unânime na doutrina, e que diz respeito à natureza do contrato de mútuo. A primeira conclusão que se pode tirar, e após tudo o que atrás ficou referido, é que de facto o mútuo é um contrato real. E isto acontece porque, conforme refere alguma doutrina, *a entrega da coisa constitui um elemento substancial de qualificação da respetiva facti species*⁴⁴. O que já não é líquido nos dias que correm será saber se, independentemente de se tratar de um contrato real, ele terá carácter *quoad constitutionem ou quoad effectum*.

A respeito desta matéria dir-se-á que, o contrato de mútuo, por via da sua origem histórica românica⁴⁵, era classicamente⁴⁶ considerado como um contrato real *quoad constitutionem* uma vez que o mesmo só se completa pela entrega da coisa⁴⁷. Ainda segundo a teoria clássica, este contrato estaria em oposição aos contratos reais *quoad effectum*, como é o caso da compra e venda, que produzem efeitos por mero efeito do contrato⁴⁸.

Porém, atualmente, esta opinião não é unânime existindo posições discordantes na doutrina. Assim,

⁴³ Cfr. Redinha, João, *ob. Cit.*, pág. 231.

⁴⁴ Neste sentido, Redinha, João, *ob. Cit.*, pág. 243.

⁴⁵ Conforme nota Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 386, *o mútuo correspondia a uma forma de constituição de obrigações ex re, na medida em que o mutuário, por ter recebido do mutuante coisas fungíveis (...) se obrigava a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade.*

⁴⁶ Neste sentido Lima, Pires e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. II, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1986, comentário ao artigo 1142.º pág. 680 e ss. e Telles, Galvão, Manual dos Contratos, pág. 462 e ss.

⁴⁷ Lima, Pires e Antunes Varela, *ob. Cit.*, pág. 680 *in fine*; Neste sentido também Ac. STJ n.º 03B3318, de 22-04-2004, *Quoad constitutionem, o contrato de mútuo tem natureza real, e não consensual, uma vez que a sua perfeição pressupõe, além da emissão das declarações negociais correspondentes à tipicidade legal, a entrega da coisa mutuada.*

⁴⁸ A este propósito veja-se, Vasconcelos, Pedro Pais de, Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª edição, Almedina, 2007, pág. 443 e Lima, Pires e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1987, comentário ao artigo 408.º pág. 375.

nesse sentido aponta, entre nós, João de Castro Mendes⁴⁹, que por entender que o termo “empréstimo” usado na letra do artigo 1142.º do CC se refere a “colocar à disposição do mutuário”, negando a essencialidade da entrega e como tal colocando em causa o carácter real do mútuo.

Outras posições, mas sem seguidores internos, são, por um lado, a de que a celebração do contrato daria origem à existência de alguns efeitos imediatos, mas colocaria na dependência da verificação de uma *conditio iuris*, ou concausa, que se traduziria na entrega da coisa, os restantes efeitos⁵⁰. Por outro lado, outra posição aponta no sentido que a tradição da coisa só faz sentido no mútuo gratuito por razões de demonstração da causa, sendo que nesses casos o negócio teria, necessariamente, carácter real *quoad constitutionem*. Já nos casos em que o contrato fosse oneroso, porque essa necessidade não se justificava devido à existência clara de contraprestação, o contrato teria cariz apenas consensual⁵¹.

Por fim, uma tese mais recente e que tem ganho dimensão entre nós, é a de que as duas formas podem coexistir paralelamente, uma vez que a *traditio* não é condição de validade do negócio e como tal fica na dependência da autonomia das partes definir os termos do negócio⁵².

Esta divergência doutrinária não é, porém, desprovida de substância, uma vez que a natureza pode ter desde logo implicações a diversos níveis, sejam eles no que diz respeito ao risco ou até mesmo ao cumprimento contratual. Importa, no entanto referir, que associada a esta discussão está também uma outra, que tem que ver com a natureza sinalagmática ou unilateral do contrato de mútuo.

O que se entendia é que o mútuo enquanto contrato típico de cariz *quoad constitutionem*, seria também unilateral. Isto significa, que do contrato de mútuo apenas surgiriam obrigações para o mutuário e já não para o mutuante, daí que tipicamente se retrate o mútuo com apenas os efeitos que se explicaram *supra*.

Esta era a visão clássica, mas que atualmente tem sofrido alguma contestação. A este propósito, foi de particular relevância o trabalho de João Redinha (o qual temos vindo a citar) e que tendo por base

⁴⁹ Citado por Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 388, em nota de rodapé.

⁵⁰ Neste sentido, Di Gravio, Valerio e Nivarra/Romano, citados por Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 389.

⁵¹ É o que defendem Sacco, Rodolfo e De Nova, Georgio, ambos citados por Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 389 e 390.

⁵² Redinha, João, *ob. Cit.*, pág. 205 a 214.

e inspiração a doutrina germânica⁵³, desenvolve uma tese assente na ideia de existência de um *sinalagma funcional*⁵⁴ que não deverá ser ignorado quando se analisa a natureza do mútuo. O que este autor vai fazer é comparar o mútuo à locação, demonstrando que tal como no segundo caso existe também no mútuo uma obrigação de proporcionar ao mutuário gozo da coisa cedida sendo para isso remunerado com o juro⁵⁵.

Finda a análise da figura “mãe”, cabe apresentar e distinguir as figuras a que esta serve de base, nomeadamente, o empréstimo mercantil e o mútuo bancário, as quais trataremos de seguida.

3.2 O Empréstimo Mercantil

3.2.1 Noção

No que diz respeito ao primeiro caso, falamos aqui, do instituto previsto nos artigos 394.^o e ss. do C.Com., o empréstimo mercantil. Este contrato é definido entre nós pela doutrina⁵⁶ como, o *contrato pelo qual uma das partes entrega ou se obriga a entregar à outra dinheiro ou coisa fungível destinada a qualquer atividade comercial, ficando a última obrigada à respetiva restituição*⁵⁷.

Trata-se, assim, de um contrato em cujo cunho da comercialidade salta à vista, numa formulação que reconduz o produto do empréstimo ao uso na atividade comercial. Não é pois de estranhar que a sua formulação seja diferente da que se estabelece para o mútuo civil. Como é fácil de compreender, a atividade comercial, possui práticas e usos específicos que não se compadecem com algumas terminologias e práticas do Direito Civil puro. É verdade que o Direito Comercial provém do Direito Civil, mas também é verdade que é a sua especificidade que lhe confere a autonomia própria de um diferente ramo do Direito.

3.2.2 Singularidades

Assim, como resulta da própria noção apresentada, existe desde logo uma diferença evidente face à figura mãe do mútuo civil e que redundará no facto de o destino da coisa emprestada dever ser

⁵³ Em especial Karl Larenz, mas também entre nós Manuel de Andrade.

⁵⁴ Redinha, João, *ob. Cit.*, pág. 246 e 247.

⁵⁵ Redinha, João, *ob. Cit.*, pág. 247.

⁵⁶ A este respeito, Antunes, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, pág. 368 e ss; Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 416 e ss.

⁵⁷ Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *ob. Cit.*, pág. 368 *in fine*.

empregue na atividade comercial⁵⁸. Note-se porém que a imperatividade se refere à atividade comercial e não à figura do comerciante enquanto sujeito/parte no contrato, relegando-se aqui para um segundo plano a comercialidade subjetiva do ato.

No entanto, não se poderá dizer que esta seja completamente irrelevante, desde logo, porque nos termos do artigo 2.º, 2.ª parte do C.Com., serão comerciais os atos praticados por comerciantes, exceto quando se prove que os mesmos não se destinam a essa função⁵⁹. Ou seja, parece que não deixará de se estar perante um empréstimo mercantil quando o sujeito titular do empréstimo seja comerciante, sem embargo de se vir a provar que a coisa emprestada não se destina à atividade comercial. Consequentemente, não será arriscar demais ao afirmar que, no caso de o mutuário ser reconhecidamente comerciante, o empréstimo será sempre mercantil, sem prejuízo de se provar o contrário.

Para além disso, outra característica que distingue os dois tipos de mútuo aqui em causa é o facto de o empréstimo mercantil, ser necessariamente um negócio oneroso, ou seja, a sua onerosidade é sempre presumida (artigo 395.º C.Com.). Contudo, conforme referem alguns autores⁶⁰, e em nosso entender bem, nada impede que apesar dessa presunção, no exercício da sua autonomia privada, as partes possam celebrar contratos de mútuo a título gratuito.

Finalmente, a última característica de destinação do mútuo mercantil, traduz-se no facto de este assentar num pressuposto de completa liberdade de forma – o que como vimos *supra*, no caso do mútuo civil sofre limitação em função do valor do objeto do contrato – mas também no princípio de liberdade probatória, uma solução que parece resultar da celeridade que requer a vida comercial⁶¹.

Em tudo o resto que aqui não foi referido seguir-se-á o regime da figura base – o mútuo civil – prevista nos artigos 1142.º e ss do CC.

⁵⁸ Neste sentido Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 416 *in fine* e Antunes, José A. Engrácia, *ob. Cit.*, pág. 369; Veja-se ainda o Ac. STJ n.º 178/09.8YFLSB, de 26-05-2009: *Para que um empréstimo seja considerado mercantil, é necessário que alguma ou ambas as partes sejam comerciantes, pois é preciso que a coisa cedida seja destinada a operação mercantil (cfr. artigo 394º do Código Comercial).*

⁵⁹ Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *ob. Cit.*, pág. 370.

⁶⁰ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 417 e Cordeiro, António Menezes, Manual de direito bancário / António Menezes Cordeiro. - 4ª ed. rev. e atualizada. - Coimbra : Almedina, 2010, pág. 627.

⁶¹ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 417.

3.3 O Mútuo Bancário

3.3.1 Noção

Antes de partir para a enunciação da noção do contrato em causa, entendemos por bem fazer uma breve pausa para esclarecer uma questão formal relativamente a este contrato e ela tem que ver com a sua designação. Por princípio, tem sido nossa intenção não nos perdermos com demasiados detalhes de índole sintático ou semântico, porquanto foi nosso entender dar primazia ao conteúdo em detrimento da forma. Contudo, neste caso pareceu-nos pertinente parar para deixar um esclarecimento relativo a esta matéria.

Cabe então dizer que alguns autores designam o contrato de mútuo bancário por empréstimo bancário⁶². A diferença é em termos práticos pouco relevante, contudo em termos teóricos parece-nos chamar à colação uma divergência doutrinária interessante. Começamos por dizer que a designação nos parece igualmente aceitável, uma vez que quando se fala de matéria de direito bancário ele está, conforme já demonstrámos *supra*, estreitamente ligado e tem inclusivamente por fonte o direito comercial. Ora, como se sabe, o contrato de mútuo é na terminologia do C.Com. designado por *empréstimo* mercantil. Deste modo, descendendo o direito bancário do direito comercial, faria sentido que se pudesse adotar esta designação. Contudo, é nosso entender que o contrato “mãe” neste domínio e que serve de bitola quer a uma, quer à outra figura é o contrato de índole civil, previsto e designado no CC por *mútuo*. Deste modo, é nossa convicção que a melhor designação (se é que tal coisa existe) passa pela utilização da terminologia *mútuo bancário* ao invés da designação de *empréstimo bancário*.

Feito que está o esclarecimento, retomamos a nossa exposição dizendo que o mútuo bancário consiste no *contrato pelo qual o banco (mutuante) entrega ou se obriga a entregar uma determinada quantia em dinheiro ao cliente (mutuário), ficando este obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade (“tantundem”), acrescido dos correspondentes juros*⁶³.

Trata-se de um contrato de mútuo com elementos normais desse tipo contratual, porém, mais uma vez, e tal como acontece com o “primo” comercial, saltam desde logo à vista a presença de indicadores do ramo do direito em causa, resultando em determinadas especificidades que passamos

⁶² Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *ob. Cit.*, pág. 497.

⁶³ Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *ob. Cit.*, pág. 497 e 498.

a enunciar.

3.3.2 Singularidades

Partindo desta noção resulta desde logo perceptível uma óbvia particularidade em relação a esta figura, é ela o facto de a mesma envolver duas partes perfeitamente identificáveis e com determinadas características específicas da atividade bancária. Por um lado, o banqueiro prefigura-se-nos perfeitamente identificado no exercício da sua profissão como a parte mutuante⁶⁴, e por outro lado, surge-nos a figura do mutuário associada ao cliente da instituição bancária.

Para além disso, as particularidades deste instituto estendem-se a um outro nível que diz respeito à forma, a qual é *aligeirada*⁶⁵ por via do artigo único do DL n.º 32.765, de 29 de abril de 1943, bastando escrito particular independentemente do valor do contrato. Isto permite concluir, como o faz José Engrácia Antunes, que *no confronto com o empréstimo mercantil, o empréstimo bancário fica simultaneamente aquém – já que agora se exige redução a forma escrita – e além – já que agora não se exige que o mutuário seja empresário nem que a coisa mutuada seja destinada à atividade empresarial – da desformalização e simplificação características daquele*⁶⁶.

Estas são assim as principais singularidades do contrato de mútuo bancário, que tal como no empréstimo mercantil, é por natureza um negócio oneroso, existindo por isso e como é natural de qualquer atividade comercial, um fim lucrativo.

É por isso, que se justifica fazer uma breve nota para nos referirmos aos juros, os quais são naturalmente devidos neste contrato. Assim, cabe dizer que as taxas a aplicar nestes casos encontram-se hoje *praticamente liberalizadas*⁶⁷ por via do aviso n.º 3/93, de 20 de maio de 1993. E para além disso, fruto dos usos bancários, tem-se entendido ser admissível o anatocismo⁶⁸, por via da capitalização de juros, desde que por período não inferior a três meses⁶⁹.

⁶⁴ Cfr. Cordeiro, António Menezes, *ob. Cit.*, pág. 634.

⁶⁵ Cfr. Cordeiro, António Menezes, *ob. Cit.*, pág. 634.

⁶⁶ Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *ob. Cit.*, pág. 499.

⁶⁷ Cfr. Cordeiro, António Menezes, *ob. Cit.*, pág. 635.

⁶⁸ Cfr. Cordeiro, António Menezes, *ob. Cit.*, pág. 636 e Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 419 *in fine*.

⁶⁹ Cfr. Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 419 *in fine*.

3.3.3 Modalidades

Finalmente, no que ao mútuo bancário diz respeito, importa ainda referir que este pode assumir diversas modalidades, sendo normalmente, em abstrato, classificado em função do seu objeto ou finalidade e em particular em função da duração, do critério das suas garantias e do número de sujeitos⁷⁰.

No que diz respeito à duração contratual, o mútuo bancário pode ser de *curto, médio* ou *longo prazo*. Assim, será de curto prazo quando não exceda um ano de duração; será de médio prazo quando for superior a um ano e inferior a cinco anos de duração; e será de longo prazo quando se mantenha por mais de cinco anos (DL n.º 344/78, de 17 de novembro, artigos 1.º e 2.º).

Já relativamente às garantias, o mútuo bancário pode ser de dois tipos, *caucionado* ou *descoberto*, em função do seu cumprimento ser ou não assegurado por garantias pessoais ou reais.

O mútuo bancário pode ainda ser classificado, em função do número de sujeitos mutuantes, como *simples* ou *sindicado*, conforme os casos em que intervenha somente um ou vários bancos em consórcio.

No que se refere à classificação do contrato em função da sua finalidade, diremos que o mútuo pode ser *livre* ou de *escopo*. Será de escopo quando do contrato ou da lei resulte a obrigação de dar um determinado fim à quantia mutuada. E, por conseguinte, será livre quando essa obrigação não exista.

⁷⁰ Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *ob. Cit.*, pág. 498 e 499.

4 - O RISCO

Uma vez compreendida, a estrutura e funcionamento da atividade bancária e em particular do contrato de mútuo, importa perceber como funciona nestes contratos a distribuição do risco e ainda quais as suas consequências em termos económicos. Com isto pretende-se, essencialmente, fazer a ponte entre os dois capítulos anteriores para que possamos terminar apresentando a interação de toda a estrutura no que respeita ao mútuo para aquisição de habitação e daí retirar as conclusões a que nos propusemos.

Adiantamos desde já, que como é normal, existe uma construção legal que norteia a distribuição do risco nestes contratos. Essa situação é perfeitamente compreensível se pensarmos que estando o mutuário adstrito à obrigação de restituição do *tantundem* é sempre possível que essa prestação possa sofrer afetações, quer de perecimento, quer de impossibilidade. Logo, haverá que nortear sob quem impenderá suportar esse risco associado à prestação.

Para além disso, uma vez que os seres humanos adaptam e se adaptam, é também aqui natural que a realidade económica e social seja afetada por essa mesma distribuição do risco. Este assunto ganha tanto mais relevância quando pensamos que todas as atividades económicas e comerciais têm por si só um determinado risco inerente, o qual significa na grande maioria dos casos, a diferença entre o lucro e as perdas. Ora como tal, numa atividade que se quer lucrativa este é um fator a não desprezar.

4.1 O Risco nos Contratos de Alienação

Neste sentido, uma vez apresentado o regime do mútuo, e atendendo quer às questões orientadoras definidas no início desta dissertação, quer à metodologia por nós adotada, importa agora então falar genericamente da questão do risco, em especial do que se encontra associado aos contratos de alienação e mais concretamente a este contrato – de mútuo.

A este respeito, importa primeiro que tudo delimitar o tema em causa. Nesta medida diremos que a questão do risco se encontra particularmente associada à impossibilidade de prestação, entendida como causa de extinção das obrigações. Mas diremos também que se encontra ainda ligada à

interdependência de prestações em contratos sinalagmáticos⁷¹. Contudo, difere destes dois regimes específicos porquanto *não está aqui em causa apenas a distribuição do risco pela impossibilidade de prestações, mas igualmente pelo perecimento ou deterioração da coisa que é objeto de transmissão*⁷². É exatamente este o cerne da nossa questão no âmbito do mútuo – a impossibilidade originada pelo perecimento ou deterioração da coisa objeto da prestação, nomeadamente a restituição da coisa por parte do mutuário.

Deste modo e tendo sempre presente esta ideia, diremos que em geral e de acordo com as normas legais – artigo 796.º, n.º 1 CC – o risco corre pelo proprietário. Esta é a solução decorrente da lógica que originou o brocardo latino *res perit domino* e que tem subjacente a ideia de que aquele que retira partido do bem é que deverá suportar o risco associado ao proveito daí retirado⁷³.

Não obstante e a par desta regra, a lei consagra duas exceções a este princípio. Desde logo, quando o alienante conserva a posse da coisa em consequência de termo contratual a seu favor – artigo 796.º, n.º 2 CC – situação em que se entende que o alienante estará já a usar a coisa em proveito próprio e não apenas a desempenhar a função de fiel depositário (como acontece no caso em que o adquirente não receba o bem sem que exista termo a favor do alienante), e como tal deve ser ele – o alienante – a suportar o risco.

Para além disso, a lei excepciona ainda o princípio geral no caso de serem apostas condições ao contrato – artigo 796.º, n.º 3 CC. Nessa situação, quando a condição for resolutiva, entende-se que o risco corre por quem tenha a posse efetiva da coisa. Esta é uma solução que se compreende, uma vez que, existindo limitação à manutenção da propriedade, será o possuidor, independentemente da sua condição, a retirar proveito da coisa. Já no caso de a condição ser suspensiva, sendo que existem limitações à transmissão da propriedade, também o adquirente será privado do risco enquanto se mantiver na situação de mero detentor, devendo o risco ser aí imputado ao alienante.⁷⁴

Este é, sumariamente, o esquema geral de imputação do risco nos contratos de alienação, o qual não

⁷¹ Cfr. Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Volume II – Transmissão e Extinção das obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 6.ª edição, Almedina 2007, pág. 124 e ss.

⁷² Cfr. Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Volume II, ob. Cit.*, pág. 124.

⁷³ Cfr. Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Volume II, ob. Cit.*, pág. 124 e 125; Cfr. Ac. STJ n.º 02B3286 de 09-10-2003.

⁷⁴ Cfr. Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Volume II, ob. Cit.*, pág. 125 e ss.

levanta nos dias de hoje grande discussão pelo menos não neste domínio, sendo que o mesmo já não se poderá dizer no caso de existir uma situação de reserva de propriedade, em que ainda se levantam várias dúvidas e opiniões. Contudo, e uma vez que isso não se põe em causa no tema que nos propusemos tratar, iremos furtar-nos de referir tais questões deixando apenas este apontamento. Vejamos agora o que se passa, em especial, no domínio do risco relativamente aos contratos de mútuo.

4.2 Em Especial: O Mútuo

A este respeito a situação é particularmente diferente do regime geral, na medida em que, desde logo, a natureza do contrato de mútuo é também ela ainda algo controversa⁷⁵.

Admitindo, como o faz a maioria da doutrina⁷⁶, que nos encontramos perante um contrato real para cuja produção de efeitos se requer a entrega da coisa – ou seja, contrato real *quoad constitutionem* – e que para além disso o contrato é não sinalagmático⁷⁷ – por apenas implicar obrigações por parte do mutuário, mormente, a restituição do *tantundem* –, mas que apesar disso contempla um efeito translativo imediato da propriedade do bem *emprestado* pelo mutuante – confirmando assim o seu carácter *quoad effectum* –, dir-se-á que é inegável a sua natureza alienatória, embora com pendor exclusivo sobre a obrigação de restituição do mutuário. Deste modo, parece-nos que necessariamente a situação será enquadrável na previsão do artigo 790.º, n.º 1 do CC⁷⁸, ou seja, poder-se-á assumir, em termos teóricos, que a obrigação se extinguiria por impossibilidade, desde que por causa não imputável ao devedor.

Porém, uma vez que por norma, a prestação terá um carácter *ultrafungível*, não será concebível, como

⁷⁵ Cfr. ponto 3.1.4, quando falámos à propósito da questão da natureza jurídica do contrato.

⁷⁶ A este propósito confirmar a obra de Aureliano, Nuno, *O risco nos contratos de alienação: contributo para o estudo do direito privado português*, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 395 e ss.

⁷⁷ Apesar de em nosso entender, e ainda que apenas em algumas situações, o contrato de mútuo poder ter carácter sinalagmático, uma vez que entendemos existirem obrigações de ambas as partes, uma parte (mutuante) obriga-se a disponibilizar uma determinada quantia e a outra parte obriga-se a devolvê-la; Neste sentido também o STJ no acórdão nº 509/08.8TBSCB-K.C1.S1, de 12-06-2011, *O contrato de mútuo, definido como aquele em que alguém empresta a outrem dinheiro ou outra coisa fungível (art. 1142.º do CC), configura-se como um contrato bilateral ou sinalagmático, porquanto da sua assumpção nascem ou emergem obrigações recíprocas para ambos os contraentes, e oneroso, porquanto dele resulta um benefício para uma das partes, o mutuante.*

⁷⁸ Cfr. Aureliano, Nuno, *ob. Cit*, pág. 398 e 399.

acontece nas obrigações genéricas puras, representar uma situação de verdadeira impossibilidade da prestação. Naturalmente, e a título de exemplo, não se afigura possível que um empréstimo de dinheiro – o exemplo paradigmático sobre o qual o mútuo se constitui – se possa vir a tornar impossível de realizar. Destarte, esta realidade terá, necessariamente, a consequência correspondente de negar de igual modo a possibilidade de imputar o risco ao mutuante. Isto significa que, naturalmente, o risco irá sempre correr pelo mutuário. Como tal, segundo este entendimento, não se estará aqui verdadeiramente perante uma situação de risco de perda da coisa. Esse risco, puro e simplesmente não existe. O que poderá estar em risco, isso sim será a perda ou perecimento de um seu equivalente *jurídico-económico*⁷⁹.

Neste sentido apontam as disposições legais relativas ao mútuo, que por um lado o limitam a coisas fungíveis – artigo 1142.º CC – e por outro lado, quando esse tipo de coisa se torne dificilmente alcançável, determina a sua equiparação e restituição em dinheiro – artigo 1149.º CC. Isto significa somente algo muito simples, nunca existirá qualquer risco de perda da obrigação de restituição, independentemente de ela ser realizada por uma coisa equivalente ou pelo seu valor em dinheiro.

4.3 O Risco Associado à Atividade Bancária: No Trilho da Crise Económica

Depois do que ficou dito em cima, é possível desde já vislumbrar a razão pela qual denominamos este ponto com o título “No trilho da crise económica”. Efetivamente, quando o mútuo serve de base a uma prática comercial e se percebe que, pelo menos do ponto de vista legal, não existe qualquer risco associado, torna-se fácil conceder crédito e como o aceno dos lucros não olha a meios, torna-se ainda mais fácil criar uma falsa percepção da realidade, gerando uma onda de euforia, que infelizmente cria as condições perfeitas para que, por exemplo, se dê azo a bolhas especulativas⁸⁰.

É por isso, que muito embora o risco do mútuo se encontre perfeitamente balizado do ponto de vista legal, importa porém compreender, para o que aqui se está a tratar, o papel que este desempenha do ponto de vista económico e comercial. Isto acontece, pois só assim se poderão perceber verdadeiramente as implicações que o risco pode imputar quer ao ordenamento jurídico, político,

⁷⁹ Cfr. Aureliano, Nuno, *ob. Cit.*, pág. 399.

⁸⁰ A este respeito veja-se a obra de Bes, Fernando Trías de, *O Homem Que Trocou A Casa Por Uma Tulipa*, Editorial Presença, Lisboa, 2010.

económico e quer principalmente ao ordenamento social⁸¹.

Como tal, começamos por referir conforme é já hoje relativamente pacífico, que o risco desempenhou um papel significativo e crucial na crise económica de 2007/2008 e da qual ainda hoje sofremos as consequências. Isto acontece porque como se sabe e em resultado da sua natureza, a atividade bancária envolve riscos⁸², os quais podem assumir diversas formas⁸³ – desde o risco geral de incumprimento, ao risco económico da corrida aos bancos⁸⁴ ou ao risco da insuficiência do património do devedor em caso de insolvência do mesmo⁸⁵. Estes cenários são tão mais problemáticos, quanto maior for o estado de crise que se atravessa.

Nesse sentido, com vista a minorar o risco inerente à atividade comercial, generalizam-se várias práticas de seleção e gestão do risco. Em consequência dessa salvaguarda natural, o comportamento normal por parte das entidades bancárias, no âmbito da sua atividade comercial, consiste em apertar o mais possível os critérios de filtragem relativamente aos sujeitos e aos serviços prestados. Este cuidado é particularmente evidente no que diz respeito à concessão de crédito, exigindo-se uma parafernália de indicadores informativos, relativos aos “candidatos” e à sua situação económica. Por outras palavras e conforme refere Andreia Marques Martins, (...) *a instituição de crédito deve ponderar, de forma completa e exigente, o grau de risco inerente a cada potencial mutuário, de modo a facilitar a decisão de recusa ou concessão de crédito, devendo para isso avaliar as características pessoais do futuro mutuário, a denominada solvência moral, bem como as respetivas características patrimoniais, a denominada solvência patrimonial (...). (...) Assim, consoante o grau de risco avaliado, a instituição aceita ou recusa a concessão de crédito*⁸⁶.

⁸¹ Neste sentido, Bes, Fernando Trías de, *ob cit.*, pág. 25, sustentando que *A bolha especulativa é um fenómeno que transcende o económico. Para além da economia, envolve política, psicologia e sociologia.* Em nossa opinião falta-lhe uma referência óbvia, ao Direito.

⁸² Cfr. Martins, Andreia Marques, *ob. Cit.*, pág. 42 e Pires, José Maria, *Direito Bancário – As operações bancárias*, Vol. II, 1995, pág. 415.

⁸³ Cfr. Pires, José Maria, *ob. Cit.*, pág. 417.

⁸⁴ Neste sentido, veja-se a definição de corrida ao banco propugnada por Krugman, Paul, *ob. Cit.*, pág. 70: *Se por alguma razão, todos ou pelo menos muitos dos depositantes de um banco decidirem mesmo retirar os seus fundos simultaneamente, o banco irá enfrentar um problema enorme: não dispõe do dinheiro vivo e, se tentar angariar dinheiro rapidamente vendendo empréstimos e outros ativos, será obrigado a oferecer preços incrivelmente reduzidos – e muito possivelmente entrará em bancarrota durante esse processo.*

⁸⁵ Cfr. Martins, Andreia Marques, *ob. Cit.*, pág. 42.

⁸⁶ Cfr. Martins, Andreia Marques, *ob. Cit.*, pág. 42 e 43.

Assim, o que aconteceu durante muito tempo foi precisamente o oposto a esta boa prática. Em consequência dos tempos de aparente prosperidade económico-financeira e face à proteção legal de que estas instituições beneficiam em função do regime legal de distribuição do risco, os bancos foram descuidando a sua obrigação de avaliação das operações e esquecendo o risco associado às mesmas.

No fundo, foram contagiados – e consequentemente contagiaram também todos à sua volta – com o que se designa de *síndrome de néscio*⁸⁷, como refere o autor da expressão, não se trata de insultar os destinatários infetados com este síndrome. O que se pretende aqui é designar o aglomerado de sintomas que tornam as pessoas vulneráveis à especulação financeira e que as incapacita de verem aquilo que está mesmo à frente dos seus olhos, neste caso desconsiderando o risco associado a estas operações bancárias. Refere o autor, que se está aqui perante uma situação semelhante à que afeta uma pessoa embriagada e que apesar de saber que bebeu e de estar à vista que está alcoolizada continua a afirmar que não está bêbeda.

No caso dos bancos a situação atinge, porém uma dimensão maior e particularmente mais reprovável, porque esta ignorância do risco, associada ao regime legal que lhes permite ter uma segurança acima de qualquer outra atividade comercial origina uma situação típica daquilo que se designa de negócio de *risco moral*. O que acontecia era, conforme refere Paul Krugman, *se saísse cara ganhava o banqueiro, se saísse coroa perdiam os contribuintes*⁸⁸.

Como se sabe, durante este período, foram sendo concedidos créditos de forma desmedida, sem que fosse feita a correta avaliação dos critérios de seleção e ponderação dos fatores de risco, o que naturalmente conduziu a um sobreendividamento da população. Esta situação encontra-se estreitamente relacionada com o que se designa de processo Minsky⁸⁹. Segundo este autor, o aumento do endividamento, originado pela euforia dos períodos de estabilidade social, desempenha um forte papel na criação das bases para uma crise económica e financeira. Isto acontece, no entender de Minsky, porque os agentes económicos se tornam displicentes em relação ao risco de incumprimento, permitindo alavancagens financeiras que não são sustentadas pelo desenvolvimento económico, podendo criar bolhas e quando essas rebentam, tudo o resto se desmorona, criando uma

⁸⁷ Bes, Fernando Trías de, *ob cit.*, pág. 19 e 103 e ss.

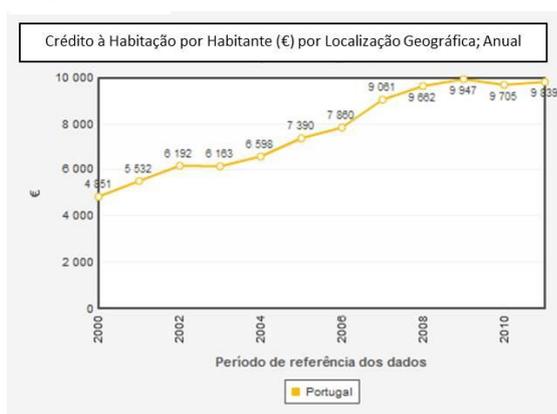
⁸⁸ Cfr. Krugman, Paul, *ob. Cit.*, pág. 80

⁸⁹ A este respeito Krugman, Paul, *ob. Cit.*, pág. 53 e ss; e Cordeiro, António Menezes, *ob. Cit.*, pág.135 e ss.

situação de crise. Daí que conforme refere Paul Krugman, a propósito da tese de Minsky, o *endividamento prepara o terreno para a crise financeira e económica*. No mesmo sentido, propugna Fernando Trías de Bes, que num estudo às principais bolhas especulativas da história, aponta a alavancagem como um dos principais fatores que contribui para formação das mesmas⁹⁰.

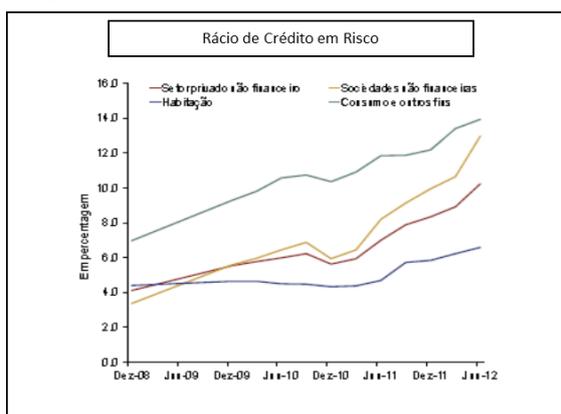
Em Portugal esta situação é particularmente evidente e pode ser notada, nomeadamente pela observação dos gráficos apresentados *infra* relativos ao aumento do crédito à habitação por habitante e ao conseqüente rácio de risco envolvido nas operações de crédito.

Figura 1.5



Fonte: INE

Figura 2.5



Fonte: Banco de Portugal

Como salta à vista através dos dados apresentados, o crédito à habitação aumentou exponencialmente desde 2000 até 2008, momento a partir do qual se revela particularmente estável. Este cenário contrasta com a taxa de risco particularmente baixa durante este período, registando uma curva ascendente a partir de 2010. Eis a imagem do nosso momento de Minsky.

⁹⁰ Bes, Fernando Trías de, *ob cit.*, pág. 74.

5 - O MÚTUO PARA AQUISIÇÃO DE HABITAÇÃO

Aqui chegados, já munidos da bagagem necessária e com uma ideia sobre o funcionamento geral da atividade bancária, do funcionamento em geral do contrato de mútuo e do risco a este associado, cabe então analisar a figura central desta dissertação e que é o instituto do mútuo para aquisição de habitação, por forma a concretizar tudo aquilo que se veio dizendo.

5.1 Noção

Em termos gerais, dir-se-á que esta figura desempenha um papel de especial relevância no contexto económico e social português. E isto acontece, na medida em que perante um mercado de arrendamento rudimentar e pouco atrativo para os consumidores, tem sido o crédito à habitação a assumir a linha da frente na concretização do direito constitucional à habitação, consagrado no artigo 65.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP)⁹¹.

No que respeita à sua definição, o contrato de crédito à habitação corresponde grosso-modo, ao contrato de mútuo, em especial o de tipo bancário, ou seja, trata-se aqui da instituição bancária a emprestar ao seu cliente, uma determinada quantia, ficando este, posteriormente, adstrito a restituí-la, acrescida de juros – note-se o carácter oneroso do negócio.

Porém, e para além da nota para os juros já tradicionais em contratos de índole comercial, este contrato assenta numa tipologia específica, ou seja, conforme resulta do artigo 5.º do D.L. n.º 349/98, de 11 de novembro, o contrato tem a particularidade de afetar o produto do empréstimo *à aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação em fogo ou em partes comuns de edifício destinado a habitação*. Quer isto dizer que, estamos aqui perante um mútuo com um fim pré-determinado contratualmente e que, tal como se referiu anteriormente, a doutrina designa de *mútuo de escopo*⁹². Para além disso, e ainda quanto à sua qualificação, poder-se-á ainda afirmar, que este é por norma, um crédito de longo prazo – uma vez que habitualmente terá um prazo superior a 5 anos.

⁹¹ No mesmo sentido, Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, Crédito à habitação, In: Estudos do Instituto de Direito do Consumo. - Coimbra, 2002, pág. 154.

⁹² Sobre este tema confirmar Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. Cit.*, pág. 416 e ss; Cordeiro, António Menezes, *ob. Cit.*, pág. 637 e ss; e Namburete, António Paulo, O mútuo bancário, Lisboa, 2000 pág. 16 e ss; e bem ainda o ponto 3.3.3 da presente dissertação.

Assim, e conforme se referiu, este é um contrato de mútuo de escopo, normalmente de longo prazo em cujas partes envolvidas são a instituição de crédito, na qualidade de mutuante e um particular na qualidade de mutuário. Importa ainda dizer que para efeitos de concessão de crédito à habitação, o artigo 6.º do D.L. n.º 349/98, de 11 de novembro dispõe que são capazes as instituições de crédito. Sendo que para efeitos do RGICSF, consideram-se instituições de crédito, tal como já foi mencionado, *as empresas cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito* – artigo 2.º, n.º 1 – entre as quais, e no que a esta dissertação diz respeito, os Bancos.

Relativamente à forma, este contrato é do tipo formal, podendo ser celebrado por via de documento particular autenticado – artigo 2.º do DL n.º 255/93 de 15 de julho – e ficando obrigatoriamente sujeito a registo promovido pela instituição de crédito – artigo 3.º do DL n.º 255/93 de 15 de julho – a qual deve liquidar o imposto devido – artigo 6.º do DL n.º 255/93 de 15 de julho.

Quanto ao prazo, apesar de este por regra ser superior a cinco anos – e daí se considerar este contrato como mútuo de longo prazo – ele pode ser livremente estabelecido pelas partes, não existindo, desde o ano de 2002 – em consequência da publicação do DL n.º 231/2002 de 2 de novembro – um prazo máximo legalmente estabelecido.

Uma particularidade importante deste contrato e que explicaremos de forma mais detalhada no ponto seguinte, é o facto de o mesmo ser sempre concedido mediante o estabelecimento de garantia. Ou seja, além da normal garantia concedida pelo património do devedor e a que alude o artigo 601.º do CC, no caso do mútuo para aquisição de habitação, o artigo 23.º do D.L. n.º 349/98, de 11 de novembro obriga sempre à constituição de hipoteca sobre o objeto fim do empréstimo⁹³.

Neste tipo de crédito, a instituição disponibiliza ao mutuário o valor do crédito concedido sem que exista fisicamente uma *datio rei*, mas simplesmente fazendo a inscrição do valor na conta deste⁹⁴,

⁹³ Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ob. Cit*, pág. 155.

⁹⁴ Este ponto é a base de onde parte Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ob. Cit*, pág. 153 e ss, para afirmar *no empréstimo bancário não existe em regra, se é que alguma vez se verifica, uma entrega física do dinheiro, antes se creditando a conta do mutuário. Isto é, em lugar da entrega de espécies monetárias (moedas ou notas) cujo domínio se transferiria para o mutuário, os bancos atribuem aos seus clientes um direito de crédito sobre eles próprios, constituindo-se uma disponibilidade efetiva ou uma obrigação cambiária a favor do mutuário, o qual adquire um direito de crédito e não um direito real, com todas as consequências inerentes, em especial ao nível do risco, o qual permanece na esfera do mutuante.* Apesar de tentadora, e

devendo o mutuário proceder ao seu reembolso durante o prazo acordado, acrescendo os respetivos juros⁹⁵.

Quanto aos juros cabe dizer uma vez mais, que as taxas se encontram hoje *praticamente liberalizadas*⁹⁶ por via do aviso n.º 3/93, de 20 de maio de 1993, podendo o mutuário optar por uma taxa de juro variável ou fixa as quais são calculadas com base num *indexante* e num *spread*. No caso das taxas variáveis o indexante utilizado é a Euribor, podendo variar normalmente a três, seis ou doze meses. Já nas taxas fixas o indexante utilizado costuma ser o valor da taxa de juro *swap*. No que diz respeito ao *spread*, este representa a margem de lucro do banco naquela operação, sendo por norma calculado levando em linha de conta o risco do crédito e o rácio entre o valor do crédito e do imóvel a que se destina⁹⁷. Infelizmente, não raras vezes também o *spread* foi calculado tendo em vista os ditames da livre concorrência, digladiando os bancos entre si para ver quem ficava com o cliente. No meio desta “guerra” esqueceram-se de observar os restantes indicadores. Ganhámos nós, dirão muitos. Eu digo, que perdemos todos. Basta olhar ao cenário atual.

5.2 Garantias

5.2.1 Em Geral

No que às garantias deste crédito diz respeito, importa fazer mais algumas menções sobre a sua importância e significado.

Por norma e como resulta da regra geral das obrigações, a garantia do credor assenta na capacidade que o devedor tem para lhe pagar e por norma essa capacidade é demonstrada pelo seu património. Note-se porém, como o faz Almeida Costa, que o património que aqui se refere, é o *património bruto*, ou seja, *os valores ativos antes de descontados os passivos*⁹⁸. É neste sentido que o artigo 601.º do CC vem afirmar que todo o património do devedor responde pelo cumprimento das obrigações,

bem construída, esta afirmação parece não ir ao encontro da realidade nem da natureza do contrato, uma vez que ao constituir o depósito estar-se-á em todo o caso a proceder à entrega da quantia mutuada ainda que não fisicamente mas a título de *traditio brevi manu*.

⁹⁵ Cfr. Martins, Andreia Marques, *ob. Cit.*, pág. 39.

⁹⁶ Cfr. Cordeiro, António Menezes, *ob. Cit.*, pág. 635.

⁹⁷ Cfr. Martins, Andreia Marques, *ob. Cit.*, pág. 39 e ss.

⁹⁸ Cfr. Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 11.ª edição, Almedina, 2008, pág. 843.

consagrando assim o *princípio geral da responsabilidade ilimitada do devedor*⁹⁹.

Contudo, esse património não é fixo, variando ao longo do tempo¹⁰⁰. Além do mais, de acordo com o disposto no artigo 604.º CC, o credor poderá ter que concorrer com outros credores do mesmo devedor em posição de rateio, situação em que apenas será pago proporcionalmente pelo valor do seu crédito¹⁰¹. Assim e para majorar a possibilidade de satisfação do crédito em causa, os credores podem adicionar ao contrato garantias que lhes concedam mais património responsável pela dívida ou determinados objetos que lhes concedam uma satisfação privilegiada em face dos outros credores. Falamos em qualquer uma das duas hipóteses anteriores de garantias especiais¹⁰².

Importa no entanto referir que estas garantias podem ser, assim como resulta do que atrás se disse, de dois tipos. No primeiro caso, em que pela garantia se responsabiliza uma outra pessoa, a qual responderá na medida do seu património, falamos aqui de garantias *pessoais*, as quais se caracterizam pelo facto de aumentarem a dimensão dos ativos responsáveis pela obrigação. No segundo caso, o que acontece é que pela garantia se associará a uma determinada obrigação um bem que atribuí ao credor o direito a ser pago preferencialmente pelos rendimentos por ele originados, sendo estas as garantias *reais*¹⁰³.

5.2.2 Em Especial: a Hipoteca

No caso do crédito à habitação, a garantia regra é a hipoteca, que como se viu a lei manda constituir obrigatoriamente, nos termos do artigo 23.º, n.º do DL n.º 349/98. A hipoteca consiste numa garantia de tipo real¹⁰⁴ e que se encontra genericamente prevista no artigo 686.º e ss. do CC. Em termos práticos ao constituir-se a hipoteca, o que se pretende é afetar *um bem, neste caso em particular, a habitação adquirida, construída ou objeto das obras financiadas incluindo o terreno, à garantia de*

⁹⁹ Cfr. Costa, Mário Júlio de Almeida, *ob. Cit.*, pág. 844.

¹⁰⁰ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 6.ª edição, Almedina 2007, pág. 296.

¹⁰¹ A este respeito, Martins, Andreia Marques, *ob. Cit.*, pág. 44 e 45.

¹⁰² Cfr. Costa, Mário Júlio de Almeida, *ob. Cit.*, pág. 881.

¹⁰³ Daí que seja defendida, e em nosso entender bem, a distinção entre garantias *quantitativas* e *qualitativas* associadas respetivamente às garantias *reais* e *pessoais*. Neste sentido, Cfr. Costa, Mário Júlio de Almeida, *ob. Cit.*, pág. 881 e ss.

¹⁰⁴ Ou qualitativa, na linguagem de Almeida Costa.

*pagamento da obrigação a cargo do mutuário*¹⁰⁵. Consequentemente, a hipoteca será constituída pelo mutuário/proprietário do bem, a favor do mutuante/banco, e terá por objeto o imóvel adquirido por via do mútuo celebrado, devendo a garantia ser registada sob pena de ineficácia mesmo *inter partes*¹⁰⁶.

Dito isto, podemos concluir desde logo duas coisas. Por um lado, face à posição mais frágil do mutuário no processo negocial, a constituição da hipoteca permite-lhe reforçar o seu papel e ainda garantir-lhe uma maior facilidade de acesso ao crédito. Por outro lado, no que respeita à instituição bancária, devido à satisfação preferencial do credor originada pela detenção do direito hipotecário, garante uma redução significativa do risco de insatisfação na contraprestação do mutuário, reforçando a banca, que se torna privilegiada na *agressão* ao património do devedor, em caso de incumprimento¹⁰⁷.

Será interessante registar que a hipoteca acresce a um facto já intrínseco ao contrato do mútuo para aquisição de habitação e que tem que ver com o facto de este ser um mútuo de escopo. Ou seja, ao definir um determinado escopo para o crédito concedido, o banco está desde logo a *garantir que o investimento produza lucros e não reverta a fundo perdido*¹⁰⁸. O que faz num claro exemplo de *dirigismo bancário*¹⁰⁹, mas partindo de uma premissa errada – e infelizmente seguida durante demasiados anos – segundo a qual, *os bens imobiliários apresenta[m] tendencialmente valores estáveis, não se registando grandes oscilações de preço*¹¹⁰.

5.2.3 Garantias Complementares

Para além disso, ao lado desta garantia regra, a lei prevê ainda outras formas de garantir o crédito, sejam elas exigidas por parte do banco ou livremente oferecidas pelo mutuário. Estas garantias ditas complementares, têm a função de, como refere Andreia Marques Martins, *reforçar a posição da instituição de crédito enquanto credor do contrato de crédito à habitação, ao mesmo tempo que minimizam o risco de insolvência e incumprimento do mutuário*. Sendo que por norma estas garantias

¹⁰⁵ Cfr. Martins, Andreia Marques, *ob. Cit.*, pág. 50.

¹⁰⁶ Cfr. Costa, Mário Júlio de Almeida, *ob. Cit.*, pág. 938.

¹⁰⁷ Cfr. Costa, Mário Júlio de Almeida, *ob. Cit.*, pág. 843.

¹⁰⁸ Cfr. Madeira, Joaquim Luís, *Mútuo Bancário*, in *Temas de Direito Bancário*, Ed Autor, Maputo, 1999, pág. 546.

¹⁰⁹ Cfr. Madeira, Joaquim Luís, *ob. Cit.*, pág. 545.

¹¹⁰ Cfr. Martins, Andreia Marques, *ob. Cit.*, pág. 54 e veja-se também Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ob. Cit.*, pág. 158.

têm ainda outra especificidade que se prende com o facto de serem, *por regra, facilmente executáveis e tendencialmente de execução mais rápida*¹¹¹.

De entre essas garantias, chamamos especial atenção para as *garantias substitutivas* da hipoteca e que a lei prevê no n.º 3 do artigo 23.º do DL n.º 349/98, como sejam a hipoteca de um outro imóvel, o penhor de títulos cotados em bolsa ou ainda qualquer outra que o banco entenda idónea a cobrir o risco do empréstimo. Acrescem a estas *garantias substitutivas* outras ditas *complementares*¹¹², das quais se referem a fiança e os seguros geralmente associados a este tipo de contrato, como sejam os seguros de vida, seguros de incêndio – muito usuais – e seguros de crédito ou de hipotecas – estes infelizmente pouco usuais.

5.3 Extinção

5.3.1 Em Geral

Por fim, importa falar sobre a extinção do mútuo. Como se sabe, a forma dita normal de extinção dos contratos e das obrigações em geral dá-se pelo cumprimento – artigo 762.º CC¹¹³. Isto acontece, na medida em que, contrariamente ao que se sucede nos ramos do direito ligados à família ou aos direitos reais, no âmbito do direito das obrigações os vínculos que se criam são sobretudo de curta duração ou transitórios. Assim, realizadas as prestações a que se encontram adstritas as partes o direito nascido com a formação da obrigação extingue-se¹¹⁴. Este cenário é também o que se verifica no que respeita ao contrato de mútuo, em particular na sua vertente de mútuo para aquisição de habitação. Uma vez nascido o direito de crédito por via do financiamento, ele extinguir-se-á quando o devedor cumpra a sua obrigação de restituição do *tantundem*.

5.3.2 Em especial a Dação em Cumprimento Vs. Dação «Pro Solvendo»

Porém, é sabido que paralelamente a esta forma de extinção das obrigações emergem outras situações em que o vínculo obrigacional é diretamente afetado de uma maneira tal que impossibilita a sua manutenção, originando igualmente a extinção deste¹¹⁵. É o que sucede com a dação em

¹¹¹ Cfr. Martins, Andreia Marques, *ob. Cit.*, pág. 58 e 59.

¹¹² Cfr. Martins, Andreia Marques, *ob. Cit.*, pág. 55 e ss.

¹¹³ Sobre a matéria do cumprimento das obrigações veja-se Lima, Pires e Antunes Varela, *ob. Cit.*, comentário ao artigo 762.º, pág. 1 e ss.

¹¹⁴ Neste sentido, Costa, Mário Júlio de Almeida, *ob. Cit.*, pág. 991.

¹¹⁵ Cfr. Costa, Mário Júlio de Almeida, *ob. Cit.*, pág. 1092.

cumprimento – artigo 837.º e ss. – mas também com a dação «*pro solvendo*» (ou como é habitualmente designada *dação em função do cumprimento*¹¹⁶) – artigo 840.º CC.

Neste caso, o que acontece é que em vez da prestação inicialmente acordada, o devedor acorda com credor fazer uma prestação diferente daquela. Quando dessa prestação resulte a sua exoneração – do devedor –, dir-se-á tratar-se de uma *dação em cumprimento*. Quando essa exoneração não ocorra, falar-se-á em *dação «pro solvendo»*¹¹⁷. É esta distinção que está em causa muitas vezes na extinção dos contratos de mútuo para aquisição de habitação, quando os devedores se dirigem à instituição bancária impossibilitados de fazer face às suas obrigações e pretendem entregar a habitação que serve de garantia ao empréstimo. Infelizmente para estes, a instituição de crédito raras vezes aceita que se faça uma dação em cumprimento, uma vez que o imóvel no momento económico atual se encontra desvalorizado face ao valor inicial em que foi avaliado pela instituição de crédito. Assim o ora devedor, ficará não só sem a habitação que entregará «*pro solvendo*», mas ainda com a obrigação de pagar o valor remanescente, resultante da atual desvalorização ou da avaliação irreal levada a cabo pela instituição de crédito antes da constituição do mútuo.

É exatamente aqui que acaba o enquadramento já existente sobre a questão e começa a parte original deste estudo, procurando, face aos elementos ora recolhidos perceber se esta situação é ou não conforme ao direito.

¹¹⁶ Nas palavras de Costa, Mário Júlio de Almeida, *ob. Cit.*, pág. 1095.

¹¹⁷ Lima, Pires e Antunes Varela, *ob. Cit.*, pág. 124 e ss; Veja-se também a este respeito o Ac. STJ n.º SJ200610120023907, 12-10-2006 em que se distinguem perfeitamente as duas figuras:

I - A dação em cumprimento corresponde a uma das formas de extinção das obrigações e consiste na realização de uma prestação diferente da devida com o fim de, mediante acordo do credor, extinguir imediatamente a obrigação (art. 837.º do CC).

II - É distinta da dação em função do cumprimento (dação pró solvendo), pois nesta a prestação realizada, também diferente da devida, não tem como fim a extinção da obrigação, mas apenas facilitar o seu cumprimento (art. 840.º do CC).

6 – SENTENÇA DO TRIBUNAL JUDICIAL DE PORTALEGRE DE 04-01-2012: UM PASSO NA DIREÇÃO CERTA

6.1 Delimitação da Questão

Após tudo o que atrás ficou dito, cabe-nos explanar um acontecimento que, pela temática sob a qual versa e pela originalidade da solução proposta, nos parece tratar-se de um passo significativo na procura de uma solução que, efetivamente, seja justa e dessa forma sirva ao Direito.

Falamos aqui da mediática sentença proferida pelo Tribunal Judicial de Portalegre em 4 de janeiro de 2012¹¹⁸, e muita tinta e minutos fez correr na comunicação social, a qual nem sempre fez a melhor leitura do seu conteúdo o qual passamos a apresentar.

Em síntese, o que estava em discussão neste caso era um processo de inventário – nos termos do artigo 1404.º do Código de Processo Civil (doravante CPC) –, posterior à Ação de Divórcio por Mútuo Consentimento dos cônjuges¹¹⁹ e em que o único credor dos inventariados era o Banco.

Segundo consta da matéria assente na sentença, os inventariados celebraram com o Banco uma escritura de compra e venda e mútuo com hipoteca, *segundo o qual aquele credor [o Banco] emprestou a quantia de 117.500,00€ (cento e dezassete mil e quinhentos euros) aos inventariados para aquisição do imóvel*¹²⁰. Estamos pois aqui perante um contrato de mútuo para aquisição de habitação definido nos termos normais explanados *supra*, o qual se destinou à aquisição de uma habitação específica, tratando-se assim de um mútuo de escopo. Para além disso, e conforme resulta da imposição legal, foi constituída garantia hipotecária a favor do credor, sob o imóvel alvo do mútuo. Importa referir, que todos os contratos se constituíram devidamente, respeitando as exigências formais e de registo, e o mútuo em causa tinha um cariz, naturalmente oneroso, implicando a restituição do capital e dos respetivos juros. Assim sendo, até aqui não se levanta qualquer problema.

Para além deste contrato, foi ainda posteriormente celebrado um novo contrato de mútuo com hipoteca sobre o mesmo bem, no valor de 3.550,00€ (três mil quinhentos e cinquenta euros).

Computados os valores em dívida, foi aprovado no processo de inventário em análise um montante

¹¹⁸ Da qual se junta cópia obtida através do sitio *inverbis.net* via *asjp.pt*, como Anexo A e cujo teor se dá aqui por reproduzido para os devidos efeitos.

¹¹⁹ Cfr. Anexo A, pág. 1.

¹²⁰ Cfr. Anexo A, pág. 5.

total devido de 129.521,52€ (cento e vinte e nove mil, quinhentos e vinte e um euros e cinquenta e dois cêntimos)¹²¹.

Para fazer face à dívida, e perante a inexistência de liquidez na herança, foi então ordenada a venda judicial do imóvel, ao qual foi atribuído o valor patrimonial de 117.500,00€ (cento e dezassete mil e quinhentos euros) e tendo ficado estabelecida a admissão de propostas no valor de 70% do valor do bem. Tudo isto aconteceu sem que tivesse existido qualquer oposição por parte do credor Banco, muito embora lhe tenha sido dada a possibilidade de se pronunciar.

Feita a venda, o bem foi adjudicado ao Banco credor, por uma proposta pelo valor mínimo admitido, ou seja, de 82.250,00€ (oitenta e dois mil, duzentos e cinquenta euros), entendendo o credor que os inventariados continuariam devedores do remanescente.

Ora é exatamente neste ponto que se centra a discussão em pleito. Os inventariados entendem que a dívida se encontra saldada, atendendo ao valor patrimonial do bem e ao facto de este ter sido adquirido pelo credor. Já o Banco, entende que apenas foi saldado o valor relativo ao preço da compra do imóvel, mantendo-se em dívida o remanescente¹²².

6.2 O Direito

Do ponto de vista do direito, a situação tradicional nestes casos, tende a acompanhar o entendimento do credor, Banco. Passamos a explicar – obviamente em termos genéricos e abstratos, atendendo também à exposição já realizada anteriormente neste trabalho.

Como já tivemos a oportunidade de dizer, por norma, a obrigação extingue-se pelo cumprimento. É precisamente essa a solução que a lei consagra no artigo 762.º do CC e é também este o entendimento da doutrina e da jurisprudência¹²³. A isso acresce também que, em circunstâncias normais, deverá ser o património do devedor a responder pela dívida – artigo 601.º CC –, sendo que

¹²¹ Cfr. Anexo A, pág. 1 e 6.

¹²² Cfr. Anexo A, pág. 2.

¹²³ Neste sentido, Lima, Pires e Antunes Varela, *ob. Cit.*, comentário ao artigo 762.º, pág. 1 e ss; Costa, Mário Júlio de Almeida, *ob. Cit.*, pág. 991 *in fine*; e no mesmo sentido, Ac. STJ n.º 199632/11.5YIPRT.L1.S1, de 08-05-2013, *Resumindo, diz a lei, o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado (Art.º 766º, n.º 1 C.C.)*.

Portanto, o cumprimento assim definido, representa o meio normal de libertação do devedor, sendo, por conseguinte, uma das causas de extinção da obrigação.

quando esse património se torne inexistente, a prestação torna-se impossível.

Contudo, na situação do mútuo para aquisição de habitação, porque a lei obriga à constituição de hipoteca sobre o imóvel adquirido, o credor constitui assim, desde logo, um meio preferencial de recuperação do crédito¹²⁴ permitindo-lhe satisfazer o seu crédito preferencialmente pelo valor do bem hipotecado. Tudo isto já ficou referido *supra* pelo que não nos iremos alargar aqui muito com o tratamento desta questão.

Importa, no entanto, referir que este processo, normalmente, ocorre através da venda judicial do bem e da consequente afetação do produto da venda à satisfação do crédito e assim extinguindo a obrigação. Quando o produto da venda for superior ao valor em dívida, o remanescente reverterá a favor do devedor e quando suceda o contrário, a obrigação ter-se-á por extinta somente até ao valor efetivamente prestado, subsistindo a obrigação relativamente ao restante. Nesse caso e uma vez que o bem hipotecado já foi vendido, o credor, inicialmente privilegiado, terá que entrar no rateio com os demais credores – artigo 604.º CC.

Por este princípio, e tal como se pode observar, tem razão de ser a intenção do credor – o Banco – em pretender que lhe seja reconhecido o crédito do remanescente. Aliás, cabe-nos dizer, que embora em sede de processos porventura diferentes deste processo de inventário, essa é a situação paradigmática e é por norma dada razão ao credor. Para tornar a situação ainda mais dramática, resta-nos dizer que esta é a realidade de milhares de famílias atualmente. Vendo-se impossibilitadas de fazer face às suas obrigações, acabam privadas da sua habitação e ainda com a dívida restante a seu cargo.

6.3 A solução

Chegados aqui, e uma vez delimitada a questão, assim como explicada a situação normal de tratamento destas questões, cabe então apresentar a solução encontrada pelo Tribunal Judicial de Portalegre e cuja criatividade e desfecho a tornou famosa.

O que o Tribunal vem então dizer é que efetivamente o credor – Banco – não tem razão na sua pretensão. Considerando assim, não ser devida por parte dos inventariados a diferença entre o valor pago na adjudicação do imóvel e o valor patrimonial. Note-se porém, que conforme se refere na

¹²⁴ Costa, Mário Júlio de Almeida, *ob. Cit.*, pág. 843 e 844.

sentença, *O objeto desta decisão envolve somente o modo de exercício do direito de crédito pelo credor Banco ..., S.A. após a adjudicação em processo de inventário, pelo que não nos cabe sindicar a fonte da dívida e a adstrição dos inventariados ao seu cumprimento. O que vale por dizer que não vemos razão atendível para que a adjudicação do bem acarrete a extinção da obrigação por completo*¹²⁵.

Dito isto, importa então debruçarmo-nos sob a argumentação que fundamenta esta conclusão por parte do Tribunal.

O que se começa por dizer é efetivamente que, quer a CRP, quer a restante legislação nacional, garantem o livre acesso ao Direito e da mesma forma garante a possibilidade de efetivar e fazer valer os direitos de cada cidadão. Pela nossa parte, acrescentamos apenas o seguinte: essa é de facto uma prerrogativa de todo e qualquer cidadão. Todavia, e prosseguindo o encadeamento lógico da sentença, segue-se dizendo que esse direito tem os seus limites¹²⁶.

Esses limites são conforme se refere, essencialmente, três: desde logo a litigância de má fé, mas também o abuso do direito de ação e ainda a responsabilidade pela ação ou *culpa in agendo*¹²⁷. No que ao caso em apreço diz respeito, importa destacar em especial a figura do abuso de direito, vertida no artigo 334.º CC¹²⁸, para referir que essa norma funciona assim como a *válvula de escape* para as situações que embora possam ser admissíveis – quer do ponto de vista formal, quer de aparência –, *redundam em manifesta contrariedade à ordem jurídica*¹²⁹.

Dito isto explica-se que a figura do abuso de direito pode enformar várias tipologias, nomeadamente sob a forma de *venire contra factum proprium*, que exprime a reprovação social e moral que recai sobre aquele que assuma comportamentos contraditórios¹³⁰ e em particular, no domínio das

¹²⁵ Cfr. Anexo A, pág. 13.

¹²⁶ Cfr. Anexo A, pág. 3 e ss.

¹²⁷ Cfr. Anexo A, pág. 4 em que se diz, citando Menezes Cordeiro: *Uma ordem jurídica moderna estará, por certo, apetrechada para oferecer, aos interessados, vias de defesa e de compensação, nas hipóteses de indevido e danoso exercício do direito de ação judicial. Os remédios que se nos oferecem são fundamentalmente três: - a litigância de má fé; o abuso do direito de ação; a responsabilidade pela ação ou culpa in agendo.*

¹²⁸ Cfr. Anexo A, pág. 4, *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.*

¹²⁹ Cfr. Anexo A, pág. 4.

¹³⁰ Cfr. Anexo A, pág. 5, mas uma vez citando Menezes Cordeiro.

obrigações, chama-se a atenção para o *desequilíbrio no exercício de direito de crédito, aqui se compreendendo o exercício danoso inútil e fútil do direito*¹³¹.

Remetendo para os factos, afirma o tribunal, que em seu entender *a total procedência da pretensão do credor Banco ..., S.A. – obrigação de pagamento do simples remanescente da dívida após valor da 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 exequoriedade e reconhecimento judicial desencadearia resultados totalmente alheios ao que o sistema poderia admitir, em consequência do seu normal e regular exercício*¹³².

Para fundamentar a sua posição o Tribunal explica, que desde logo, em nenhum dos momentos negociais o credor se opôs à determinação do valor patrimonial do imóvel, tendo inclusivamente contribuído para a sua conformação. Sendo que, inclusivamente fruto da compra judicial do imóvel possui agora um ativo de valor superior ao que de facto pagou por ele. Acresce a isto, o facto de essa situação manter os inventariados adstritos a uma obrigação de restituição sob uma quantia destinada a um determinado fim – em função do mútuo de escopo – que não será concretizado por já não se encontrarem na disponibilidade do bem¹³³.

O que acontece aqui e parece resultar do entendimento do Tribunal é pois que o credor fica com uma vantagem patrimonial que consubstancia, ou pode consubstanciar, um duplo atentado ao direito. Primeiro, porque impede a realização do fim determinado pelas partes para o contrato. E segundo, porque coloca o banco numa posição de benefício patrimonial, que em última instância e conforme é esboçado mais à frente na sentença¹³⁴, pode gerar uma situação de enriquecimento sem causa por parte do credor. Assim, o que se sugere é que essa vantagem obtida por parte da instituição bancária seja deduzida para efeitos da restituição ainda devida pelos inventariados¹³⁵.

¹³¹ Cfr. Anexo A, pág. 5.

¹³² Cfr. Anexo A, pág. 6 e 7.

¹³³ Cfr. Anexo A, pág. 7 e 8.

¹³⁴ Cfr. Anexo A, pág. 8 e ss.

¹³⁵ Nas palavras do Tribunal (Anexo A, pág. 10 e 11), *Julgamos, pois, que, se a responsabilidade obrigacional dos inventariados deriva do mútuo de escopo para aquisição de habitação própria no valor de 117.500,00€; se o Banco ..., S.A. é credor dos inventariados em função de mútuo de escopo para aquisição de habitação própria no valor de 117.500,00€; se o incumprimento que funda a qualidade de credor do Banco ..., S.A.*

Acresce a tudo isto, que ainda segundo o Tribunal, e assumindo a existência no direito português de formas alternativas ao cumprimento para realizar a prestação, se entende que *no caso dos autos, o dever de prestar foi realizado através da ação creditória e da venda coativa, ainda que enxertada em processo de inventário*¹³⁶.

Por tudo isto, entende aquele Tribunal que se está aqui perante um caso nítido de desequilíbrio de posições, pendendo a balança claramente para o lado do banco/credor que se encontra numa posição privilegiada por ter a seu favor não apenas a restituição da espécie mutuada, como tendo ainda constituído a seu favor o imóvel objeto do mútuo, garantindo assim a sua satisfação preferencial em relação, não só ao património dos devedores, mas também relativamente aos demais credores¹³⁷. Esta situação é agravada pelo facto de, não obstante tudo o que foi relatado, o banco ter participado na determinação e conformação do valor patrimonial do ativo e ainda assim não ter hesitado em adquiri-lo por um valor inferior ao que foi por si coestabelecido e no final vir ainda exigir a restante prestação equivalente ao benefício por si obtido¹³⁸.

É pois com base neste argumentário que o Tribunal de Portalegre afirma existir por parte do banco uma posição abusiva e de má fé, que legitima o não reconhecimento do valor que estes alegam estar em falta por parte dos inventariados¹³⁹.

deriva de mútuo de escopo para aquisição de habitação própria no valor de 117.500,00€; então a perda desse resultado pelos inventariados e a aquisição dessa utilidade pelo credor deve ser considerada e contabilizada para o prosseguimento da dívida, abatendo-se ao passivo global.

¹³⁶ Cfr. Anexo A, pág. 11.

¹³⁷ Cfr. Anexo A, pág. 11 e 12.

¹³⁸ Cfr. Anexo A, pág. 12.

¹³⁹ Cfr. Anexo A, pág. 13 e ss.

7 - CONCLUSÕES

Chegados aqui cabe-nos reproduzir para os devidos efeitos o que foi dito *supra* e daí retirar as respectivas conclusões. Estamos certos de que sempre existirão opiniões diferentes e outras conclusões a tirar, assim como argumentos em sentido diferente daquele que iremos defender. A diferença de opiniões e conclusões é uma constante na ciência jurídica e é certamente isso que a torna apaixonante ao mesmo tempo que nos continua a ocupar sem sermos substituídos por um qualquer computador.

Em defesa do nosso trabalho e interpretação diremos somente o seguinte, antes de as apresentarmos: a nós preocupou-nos essencialmente a justiça, foi ela a bitola pela qual medimos os resultados obtidos e que orientou as conclusões retiradas dos mesmos.

A propósito do negócio, pensamos ter ficado provado e resultar de forma evidente, que a atividade das instituições bancárias se resume a retirar dividendos das operações de intermediação bancária em que intervém.

Deste modo, em traços muito genéricos diremos que em relação ao mútuo para aquisição de habitação esse negócio se traduziu no seguinte: o Banco, dono do capital, sindicando-se do seu poder por concentrar na sua pessoa o capital, pré-estabelecia contratos de mútuo – na maior parte dos casos com base em cláusulas contratuais gerais – apresentando-se aos seus clientes que tinham interesse em adquirir habitação própria – uma vez que como se sabe o mercado do arrendamento está a anos luz de ser competitivo – como estando dispostos a conceder crédito financiando a 100% - quando não era a 120% - as aquisições. Em contrapartida exigiam prestações baixas – uma vez que as taxas indexantes estavam também elas baixas e os *spreads* fruto da livre concorrência também acabaram por descer – e a constituição de uma hipoteca sobre o imóvel de forma a garantir o crédito.

Por sua vez, os clientes que apesar de não terem capital, tinham emprego e mesmo ganhando pouco conseguiam fazer face às suas despesas, aceitaram o negócio. E só podiam mesmo aceitar senão vejamos: o risco à partida era baixo, o preço dos imóveis crescia todos os dias e a procura por imóveis era igualmente elevada – em último caso, vendiam o imóvel e partiam para um novo, sendo que na grande maioria das vezes ainda obtinham lucro.

Como é óbvio, um cenário deste tipo – de grande confiança – levou a que o Banco baixasse a guarda, menosprezando os filtros por eles próprios desenvolvidos e concedendo milhares de créditos.

Aliás, neste período era inclusive habitual que o próprio banco incentivasse os seus clientes a contrair um novo crédito – e mais do que um – com base no valor da mesma garantia. Desta forma, o banco rentabilizava a garantia e como – achavam – o risco de incumprimento era baixo, o cenário estava controlado, tendo obtido durante esses anos lucros exorbitantes¹⁴⁰.

Perante um cenário tão favorável o investimento do Banco teve o seu correspondente retorno. Durante estes anos os lucros destas instituições dispararam para patamares acima dos píncaros.

Porém, com as notícias que chegaram do outro lado do Atlântico, a situação tremeu. As pessoas tiveram medo e retraíram o consumo. Consequentemente, e porque o valor das coisas é normalmente atribuído pelo mercado, estando dependente da procura e do que as pessoas estão dispostas a pagar por um determinado bem, quando a procura diminuiu, o preço dos imóveis foi atrás, deixando milhares de empresas ligadas ao mercado imobiliário numa situação difícil. Se a isto juntarmos o facto de vários bancos terem investido uma fatia significativa de capital em títulos de hipotecas *subprime*, as quais se vieram a tornar ativos “tóxicos”, no momento em que os americanos deixaram de as poder pagar e se juntarmos ainda o facto de a situação difícil das nossas empresas ter levado a uma redução significativa de postos de trabalho que redundou em desemprego. Se juntarmos tudo isto percebemos, que nos encontramos perante uma bolha especulativa que rebentou. E como deixámos claro em cima, nestes cenários a rentabilidade é altamente elevada e atrativa, no entanto, quando acaba isso acontece sempre de forma abrupta e particularmente nefasta.

Foi exatamente isso que aconteceu, deixando milhares de famílias em situação de incumprimento – aquela que anteriormente parecia impossível.

A questão que se coloca é, e agora? Pois, recorrendo à sabedoria popular – e como o diabo aprendeu com a idade –, agora é a doer!

Desde logo porque conforme se demonstrou, do ponto de vista legal, com a entrega da coisa transfere-se também o risco a ela associado. Como tal os particulares quando receberam o dinheiro para comprarem a sua casa – aquela que o banco viu e avaliou e lhes disse que o dinheiro era para comprar aquela casa – ficaram adstritos a efetivar a prestação desse valor – acrescido de juros – e ainda a suportar qualquer perecimento ou impossibilidade da prestação. Com uma particularidade,

¹⁴⁰ Cfr. a este respeito os resultados líquidos do setor e sua oscilação disponíveis no site da CMVM e da Associação Portuguesa de Bancos.

como estamos a falar de dinheiro ele nunca se torna impossível – em última análise pode é trocar de mãos, mas isso ainda assim não o torna impossível, sendo este o preço da *ultrafungibilidade*.

Ora, uma solução deste tipo tem consequências sociais extremamente nefastas e até aterradoras. Para já não falarmos da injustiça que se coloca, quando a parte que dita as regras do jogo ignora os deveres de zelo que devem estar associados à sua prática e no fim quando lhe dizem: “- Perdeste!”, retorque e diz: “Não, tu é que perdeste. Dá ca a tua casa que não vale nada e o dinheiro de diferença.”. Para além disso importa não esquecer que isto afeta diretamente a confiança, aquela que é a relação base da atividade bancária, e conforme refere a nossa melhor jurisprudência, implica diretamente com o interesse público e *indiretamente com o bom funcionamento da economia*¹⁴¹.

Pois bem, parece-nos que como se entendeu na sentença do Tribunal Judicial de Portalegre, também aqui manda a boa fé e, em particular, o instituto do abuso de direito que a situação seja travada e se não de *iuris constiuido* que seja de *iuris constituendo*, mas o importante é agir e travar este tipo de injustiça. O direito em caso algum se pode alhear e ser indiferente a este tipo situações, até porque em bom rigor é essa a sua função, ordenar a vida em sociedade de um prisma justo e imparcial.

Acabamos esta dissertação como começámos, questionando se *sendo o banco a parte forte deste contrato, a qual pode definir os termos do contrato a celebrar, e tendo o mesmo negligenciado a garantia dos contratos de crédito contraídos, como é que este pode agora vir imputar ao particular todo o custo resultante do incumprimento?*

Com uma única diferença, volvidas estas páginas e corrida toda esta tinta, somos perentórios em afirmar que “*não!*”. Em momento algum o Direito e a sua aplicação podem voltar as costas à realidade e à justiça permitindo situações de um tamanho desequilíbrio.

¹⁴¹ Neste sentido, o Ac. STJ nº 2/2008, de 13-02-2008: O segredo bancário pretende salvaguardar uma dupla ordem de interesses.

Por um lado, de ordem pública: o regular funcionamento da atividade bancária, baseada num clima generalizado de confiança, sendo o segredo um elemento decisivo para a criação desse clima de confiança, e indiretamente para o bom funcionamento da economia, já que o sistema de crédito, na dupla função de captação de aforro e financiamento do investimento, constitui, segundo o modelo económico adotado, um pilar do desenvolvimento e do crescimento dos recursos.

Bibliografia

Em Português:

- 1- Alpalhão, Rui M. e Pinho, Paulo Soares de, *Análise financeira das instituições de crédito portuguesas 1980-1989 1989: rentabilidade e risco*, Lisboa: Ed. do A. , 1990;
- 2- Antunes, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009;
- 3- Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *Crédito à habitação*, In: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*. - Coimbra, 2002, p. 153-164;
- 4- Athayde, Augusto de *Curso de direito bancário*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2009;
- 5- Aureliano, Nuno, *O risco nos contratos de alienação: contributo para o estudo do direito privado português*, Coimbra, Almedina, 2009;
- 6- Cordeiro, António Menezes, *Manual de direito bancário / António Menezes Cordeiro*. - 4ª ed. rev. e atualizada. - Coimbra: Almedina, 2010;
- 7- Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 11.ª ed., Almedina, 2008;
- 8- Ferreira, António Pedro de Azevedo, *A relação negocial bancária: conceito e estrutura*, Lisboa: Quid Juris, 2005;
- 9- Ferreira, Bruno, *Contratos de crédito bancário e exigibilidade antecipada*, Coimbra: Almedina, 2011;
- 10- Laureano, Raul e Soares, Helena Matos, *Perspetivas do crédito à habitação: 2008*, Lisboa: Edições Sílabo, 2008;
- 11- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Volume II – Transmissão e Extinção das obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 6.ª edição, Almedina 2007;
- 12- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Volume III – Dos Contratos em Especial*, 6.º edição, Almedina, 2009;
- 13- Lima, Pires e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1987;
- 14- Lima, Pires e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. II*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1986;
- 15- Lopes, J. M. Gameiro, *Introdução ao Direito Bancário*, in *Cadernos de Direito Bancário, Vol. 1*,

- 1.ª Edição, Vislis Editores, 2000
- 16- Madeira, Joaquim Luís, Mútuo Bancário, in *Temas de Direito Bancário*, Ed Autor, Maputo, 1999. Pág. 505-552.
- 17- Martinez, Pedro Romano, Garantias bancárias, pág. 265-288 in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. 2, Almedina, Coimbra.
- 18- Martins, Andreia Marques, Do crédito à habitação em Portugal e a crise financeira e económica mundial em especial: as garantias no crédito à habitação, Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídico-Empresariais (Direito das Sociedades Comerciais - Direito da Crise) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, orientado por António Menezes Cordeiro e Adelaide Menezes Leitão, Lisboa, 2011;
- 19- Matias, Armindo Saraiva, Obrigações hipotecárias e titularização de créditos hipotecários, *Revista da Ordem dos Advogados*, I/II, ano 69, 2009, p. 109-126.
- 20- Namburete, António Paulo, O mútuo bancário, Relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, orientado por Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, Lisboa, 2000;
- 21- Nogueira, Fernanda Araújo Couto e Melo, O decreto-lei 192/2009: uma resposta à crise económico-financeira 2007/2010 no âmbito do crédito à habitação, Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídico-Empresariais (Direito das Sociedades Comerciais) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2011;
- 22- Patrício, José Simões, *Direito Bancário Privado, Quid Iuris?*, 2004;
- 23- Pires, José Maria, *Direito Bancário – As operações bancárias*, Vol. II, Editora Rei dos Livros, 1995;
- 24- Rendinha, João, *Contrato de Mútuo*, in *Direito das Obrigações*, Vol. III, Lições coordenadas pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, AAFDL, 1991;
- 25- Silva, João Calvão da, *Banca, bolsa e seguros: direito europeu e português* / João Calvão da Silva. - 3ª ed. rev. aum. - Coimbra: Almedina, 2011;
- 26- Vasconcelos, Joana, *Sobre a repartição entre titular e emitente do risco de utilização abusiva*

do cartão de crédito no direito português / Joana Vasconcelos, In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles / org. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão, Januário Costa Gomes. - Coimbra, 2002. - Vol. 2, p. 487-517;

27- Vasconcelos, Pedro Pais de, Teoria Geral do Direito Civil, 4.^a edição, Almedina, 2007.

Estrangeira:

- 1- Ashcraft, Adam B., Understanding the Securitization of Subprime Mortgage Credit, Federal Reserve Bank of New York, Til Schuermann, Oliver Wyman, March 2008;
- 2- Bes, Fernando Trías de, O Homem Que Trocou A Casa Por Uma Tulipa, Editorial Presença, Lisboa, 2010;
- 3- Demyanyk, Yuliya S., Understanding the Subprime Mortgage Crisis, Federal Reserve Bank of Cleveland, Otto Van Hemert, New York University (NYU) - Department of Finance, December 5, 2008;
- 4- Krugman, Paul, Acabem Com Esta Crise Já!, Editorial Presença, Lisboa, 2012;
- 5- Mian, Atif R., The Consequences of Mortgage Credit Expansion: Evidence from the U.S. Mortgage Default Crisis, Princeton University - Department of Economics; Princeton University - Woodrow Wilson School of Public and International Affairs; NBER, Amir Sufi, University of Chicago - Booth School of Business; NBER, December 12, 2008;
- 6- Murphy, Austin, An Analysis of the Financial Crisis of 2008: Causes and Solutions, Oakland University - School of Business Administration, November 4, 2008;
- 7- Ritter, Lawrence S. e Silber, William, L., Principles of money, banking, and financial markets, New York: Basic Books , 1989.

Jurisprudência

- 1- Ac. STJ n.º 02B3286, de 09-10-2003;
- 2- Ac. STJ n.º SJ200311060034957, de 06-11-2003;
- 3- Ac. STJ n.º 03B3318, de 22-04-2004;
- 4- Ac. STJ n.º SJ200503170004997, de 17-03-2005;
- 5- Ac. STJ n.º SJ200610120023907, de 12-10-2006;
- 6- Ac. STJ n.º 2/2008, de 13-02-2008;
- 7- Ac. TRC n.º 278/08.1TBAVR.C1, de 17-12-2008;
- 8- Ac. STJ n.º 7/2009, de 05-05-2009;
- 9- Ac. STJ n.º 178/09.8YFLSB, de 26-05-2009;
- 10- Ac. TRC n.º 749/08.0TBTMR.C1, de 29-06-2010;
- 11- Ac. STJ n.º 509/08.8TBSCB-K.C1.S1, de 12-06-2011;
- 12- Ac. STJ n.º 199632/11.5YIPRT.L1.S1, de 08-05-2013.

Anexos

ANEXO A

1515766

CONCLUSÃO - 04-01-2012

(Termo electrónico elaborado por Escrivão de Direito Célia Costa)

=CLS=

O Requerente, **R...**, veio intentar os presentes autos de inventário, nos termos do art.º 1404.º do C.P.C. e em consequência do seu divórcio de E..., decorrente de Acção de Divórcio por Mútuo Consentimento n.º ..., a que os presentes se encontram apensos.

A 31 de Março de 2011 realizou-se conferência de interessados, sendo que o credor **Banco ..., S.A.** declarou que o montante actual em dívida é de 129.521,52€, e que nos termos e para os efeitos do artº 1357º do CPC, exige o pagamento imediato, não pretendendo receber em pagamento a única verba do activo da relação de bens constante de fls. 18. Pelo requerente foi dito que reconhece a dívida do passivo, tendo declarado que não pretender licitar na verba única do activo da relação de bens.

Considerando a posição assumida pelo credor e não havendo na herança dinheiro suficiente para pagamento do passivo, nos termos do artº 1357.º, n.º 2 do C.P.C., foi, assim, proferido despacho a determinar que se procedesse à venda da verba n.º 1 da relação de bens, notificando os interessados para se pronunciarem sobre a modalidade da venda.

Fixada a modalidade de venda em do bem imóvel por meio de proposta em carta fechada, com valor base de 117.500,00€ e preço a anunciar de 70% desse mesmo, designou-se dia para a abertura das respectivas propostas.

Declarada aberta a diligência constatou-se existir uma proposta apresentada pelo credor e interessado **Banco ..., S.A.** tendo a mesma o valor de 82.250,00€ (oitenta e dois mil, duzentos e cinquenta euros).

Compulsada a conformidade da venda por propostas em carta fechada, face à dispensa de pagamento do preço à isenção de pagamento de imposto sobre transmissões onerosas, nos termos dos artigos 894.º, 895.º, 889.º, 890.º e 897.º, n.º 1, e artigos, foi proferido despacho a adjudicar ao credor hipotecário **Banco ..., S.A.** o imóvel *prédio urbano, sujeito ao regime de propriedade horizontal, destinado a habitação, com lugar de garagem, sito na Rua ..., concelho de Portalegre, inscrito na matriz sob o artº ..., descrito na conservatória do registo predial de Portalegre sob o n.º ... da freguesia ..., adquirido mediante aceitação de proposta de 82.250,00€ (oitenta e dois mil e duzentos e cinquenta*

euros) em venda judicial de propostas sobre carta fechada, realizada no dia 10 de Novembro de 2011, no âmbito do processo de inventário/partilha de R... e E

Considerando o valor patrimonial do bem ora adjudicado – 117.500,00€; o valor da adjudicação – 82.250,00€; a posição do adquirente enquanto credor hipotecário de empréstimo concedido aos inventariados no valor de 117.500,00€ e o valor do passivo – 129.521,52€, designa-se o próximo dia 5 de Dezembro de 2011, pelas 9h.30min. neste Tribunal, para a realização de conferência de interessados com vista à deliberação de aprovação e pagamento do passivo.

Na conferência conseqüente, face ao valor patrimonial atribuído ao imóvel e ao valor da adjudicação, considerando que o bem foi adquirido pelo próprio credor hipotecário, o Requerente, ..., declarou que entende que a dívida designada sobre o passivo se encontra paga, pelo que requer que o Tribunal se pronuncie, declarando a mesma remida.

Nos termos do artigo 1355.º e 1356.º do C.P.C., com vista ao conhecimento do requerimento apresentado e da existência da dívida relacionada no passivo, foi determinado que o credor/interessado **Banco ..., S.A.** seja notificado para, querendo, se pronunciar.

Regularmente notificado, o credor **Banco ..., S.A.** veio alegar que, na qualidade de credor reclamante, apresentou a sua reclamação de créditos, à data de 21 de Dezembro de 2010, no valor global de 128.606,91€ (cento e vinte e oito mil, seiscentos e seis euros e noventa e um cêntimos); que o valor mencionado corresponde ao valor em dívida à mencionada data de 21 de Dezembro de 2010, e corresponde ao valor proveniente do incumprimento do contrato de mútuo com Hipoteca subjudice; que o imóvel foi adjudicado pelo valor de 82.250,00€, porquanto se verifica ainda a existência de um valor em dívida perante o Credor no valor de 46.356,91€ (quarenta e seis mil trezentos e cinquenta e seis euros e noventa e um cêntimos), pelo que não pode o ora Requerente considerar a dívida liquidada.

*

Lê-se no artigo 1355.º do C.P.C. que *se todos os interessados forem contrários à aprovação da dívida, o juiz conhecerá da sua existência quando a questão puder ser resolvida com segurança pelo exame dos documentos apresentados*, dispondo-se no artigo 1556.º que *havendo divergências entre os interessados sobre a aprovação da dívida,*

aplicar-se-á o disposto no artigo 1354.º à quota parte relativa aos interessados que a aprovem; quanto á parte restante, será observado o determinado no artigo 1355.º.

Não obstante a anterior aprovação da dívida em sede de conferência de interessados, face à tramitação do processo, mercê da posição do Requerente e da adjudicação ao próprio credor hipotecário do inventário, entendemos que a questão ora submetida merece o devido conhecimento de mérito, determinando e conformando o prosseguimento dos autos.

Na verdade, a aquisição do bem pelo próprio credor implica que os termos daquela aprovação se tenham, de certa forma, por minorados, não na valência do reconhecimento da dívida e do seu incumprimento, que se nos afigura impugnável, mas antes na subsistência do dever de prestar pelo devedor hipotecário após entrega do bem.

Esta circunstância demandou, inclusive, que fossem as partes notificadas para se pronunciarem após a adjudicação.

*

Pedra basilar do ordenamento jurídico é a proibição de autodefesa acompanhado, simetricamente, do princípio e garantia do acesso aos Tribunais, estruturado, em duplo sentido, no direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, fazendo corresponder, a todo o direito substantivo – e salvo quando a lei diga o contrário – uma acção.

Além dos artigos 1º e 2º do C.C., a garantia do acesso ao direito e tutela judicial efectiva merece consagração constitucional no art.º 20 da C.R.P., pedra-de-toque do regime fundamental de direitos, liberdades e garantias.

A possibilidade de aceder aos tribunais e, aí, desencadear acções de todo o tipo está, assim, totalmente ancorada no nosso Direito e no sentimento geral (MENEZES CORDEIRO, Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”, 2006, Almedina, pág. 11)

Defronte desta estrutura quase potestativa – invocada violação de direito deve o sistema judicial agir – está a sujeição à acção, que recai sobre qualquer sujeito de direitos, que assumirá a posição de demandado.

A sujeição à acção é o preço a pagar pelo direito de acção. Restringir uma é coarctar o outro: impossível. Todavia: terá de haver limites (MENEZES CORDEIRO, ob. supra citada, pág. 12).

Se a amplitude desta sujeição nasce como reflexo da garantia prevalente do direito à acção, *prima facie*, não pode ser afastado o seu accionamento por qualquer bagatela substantiva ou remota aparência de direito, a qual demandaria sempre a disponibilização do sistema judicial, a afectação de meios que conduzisse a uma decisão definitiva.

Uma ordem jurídica moderna estará, por certo, apetrechada para oferecer, aos interessados, vias de defesa e de compensação, nas hipóteses de indevido e danoso exercício do direito de acção judicial. Os remédios que se nos oferecem são fundamentalmente três: - a litigância de má fé; o abuso do direito de acção; a responsabilidade pela acção ou culpa in agendo (MENEZES CORDEIRO, ob. supra citada, pág. 13).

Prescreve, então e no que ora nos interessa, o artigo 334.º do C.C., primeira fonte do instituto do Abuso de Direito, que *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.*

Quer-se, pois, tutelar ou permitir uma válvula de escape perante um determinado modo de exercício de direito ou direitos, que, apresentando-se formal e aparentemente admissível, redunde em manifesta contrariedade à ordem jurídica.

Há abuso de direito quando um determinado direito – em si mesmo válido –, é exercido de modo que ofenda o sentimento de justiça dominante na comunidade social (Ac. RL, de 16 de Maio 1996, processo nº 0012472, sumário em dgsi.pt).

Se nos é permitido, é talvez o dispositivo legal que melhor acolhe a competência indefinível, mas de superior importância, que é o *bom senso*, a primazia do dever ser face ao ser positivado, reduto intransponível de qualquer aplicação ou apreciação jurídica.

A concepção geral do abuso de direito postula a existência de limites indeterminados á actuação jurídica individual. Tais limites advêm de conceitos particulares como os de função, de bons costumes e da boa-fé (MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, 2ª Edição, 2000, Almedina, pág. 249).

A doutrina, operando a indeterminação destes critérios operativos, têm vindo a desenvolver uma determinada tipologia de atitudes abusivas e lesivas da boa-fé que promovam alguma concretização do instituto, facilitando o seu recurso e subsunção da casuística.

Aponta-se, assim, a categoria do *venire contra factum proprium*, que exprime a reprovação social e moral que recai sobre aquele que assuma comportamentos contraditórios, (MENEZES CORDEIRO, ob. supra citada, pág. 251), fala-se ainda em *inalegabilidades formais* (impedir a invocação vícios propositadamente causados ou consentidos pelo próprio alegante – cfr. pág. 257 da obra supra citada); na *supressio* (supressão de faculdades jurídicas pelo não exercício); na *surrectio* (surgimento, por força da boa-fé de uma possibilidade não existente - cfr. pág. 262 a 264 da obra supra citada) ou o *tu quoque* (proibição de beneficiar da violação de uma norma jurídica).

Um tipo de maior abrangência no plano obrigacional tem que ver com o desequilíbrio no exercício de direito de crédito, aqui se compreendendo o exercício danoso inútil e fútil do direito; a exigência do *quid* que se deve restituir (*dolo agit qui petit quod statim redditurus*) ou a desproporcionalidade entre a vantagem auferida e o sacrifício imposto (neste sentido, MENEZES CORDEIRO, ob. supra citada, pág. 265).

*

Tentemos colocar a questão da forma mais depurada possível.

No exercício da sua actividade creditícia, os inventariados, **E...** e **R...**, e o **Banco ...**, **S.A.** celebraram, em 18 de Janeiro de 2006, acordo escrito epigrafado de Escritura de Compra e Venda e Mútuo com Hipoteca, segundo o qual aquele credor emprestou a quantia de 117.500,00€ (cento de dezassete mil e quinhentos euros) aos inventariados para aquisição do imóvel identificado nos autos.

Os inventariados confessaram-se devedores de tal quantia, constituindo-se direito real de hipoteca para *garantia e liquidação* da quantia mutuada a favor do credor, conforme resulta do requerimento de fls. 38 a 41, escritura de fls. 45 a 49 e documento complementar de fls. 50 a 55 dos autos.

Sem apelo de dúvida ou contestação, o empréstimo realizado configura um mútuo *oneroso de escopo*, no sentido em que a vantagem patrimonial auferida pelos inventariados se destinou à aquisição do mencionado imóvel. O que vale por dizer que a disponibilidade da quantia de 117.500,00€ pelos devedores se exauriu na aplicação dessa verba na compra de fracção destinada a habitação própria e permanente dos inventariados.

Foi ainda celebrado, entra as mesmas partes, escritura de mútuo com hipoteca no montante de 3.550,00€ (três mil e quinhentos e cinquenta euros) com constituição de

hipoteca sobre os mesmos bens, conforme escritura de fls. 57 a 60 e documento complementar de fls.61 a 67.

Aprovada dívida, no presente inventário, no valor de 129.521,52€ ao credor **Banco ..., S.A.**, foi determinada a venda do imóvel com atribuição de um valor patrimonial de 117.500,00€ (cento de dezassete mil e quinhentos euros), admitindo-se propostas correspondentes a 70% desse valor.

O credor **Banco ..., S.A.** não reclamou nem impugnou dos termos consignados no despacho determinativo da modalidade de venda, sendo que adquiriu, por adjudicação, o bem sobre o qual tinha garantia de hipoteca pelo valor de 82.250,00€ (oitenta e dois mil, duzentos e cinquenta euros), correspondente a 70% do valor patrimonial do mesmo imóvel.

Contraindo empréstimo para aquisição de habitação própria no valor de 117.500,00€, os inventariados, em razão das consequências do seu incumprimento, constituíram-se na dívida de 129.521,52€.

Por diligência executiva, volvidos cerca de cinco anos do contrato de mútuo celebrado, venderam o mesmo imóvel, com valor patrimonial de 117.500,00€, ao seu credor hipotecário e para garantia da sua dívida, pelo valor de 82.250,00€.

Por diligência executiva de cumprimento do seu crédito, o credor hipotecário adquiriu um bem pelo valor de 82.250,00€ para o qual havia mutuado a quantia de 117.500,00€.

Em acordo com a sua posição, por um mútuo de escopo de 117.500,00€, o credor entende que os inventariados permanecem na obrigação de pagamento de 46.356,91€ (quarenta e seis mil trezentos e cinquenta e seis euros e noventa e um cêntimos), remanescente da simples subtração de 82.250,00€ a 128.606,91€ (valor reclamado que desconsidera a actualização da aprovação da dívida em conferência).

Cotejado este enquadramento circunstancial, 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 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 *desencadearia resultados totalmente alheios ao*

que o sistema poderia admitir (MENEZES CORDEIRO, ob. supra citada, pág. 265), em consequência do seu normal e regular exercício.

Divisemos o porquê desta conclusão.

*

Em primeiro lugar, fundamos o nosso entendimento na operacionalidade do vector da tutela da boa-fé que é o princípio da primazia da materialidade subjacente.

Os inventariados contraíram uma dívida para dispor de habitação própria e permanente. A totalidade dessa dívida foi aplicada na aquisição de um bem imóvel. Não só os devedores se constituíram na obrigação de entrega remunerada da quantia mutuada como também foi constituída hipoteca a favor do credor.

Em dois momentos *negociais* e de exercício de autonomia – celebração da compra e venda com hipoteca e determinação da modalidade de venda executiva, o credor assentiu e conformou-se com o valor patrimonial do imóvel de 117.500,00€.

Em 2006, o **Banco ..., S.A.** ficou credor de 117.500,00€ mais juros por um mútuo de escopo e em 2010 não impugnou o valor patrimonial atribuído ao imóvel aquando da venda executiva.

Os juros contraídos e a suportar pelos inventariados e a hipoteca são imediatamente derivados do valor patrimonial do valor atribuído ao imóvel de 117.500,00€, no sentido em que aquele valor *acerta* o montante da remuneração do empréstimo e *determina* o funcionamento jurídico da garantia real.

O credor, mercê de um processo judicial executivo legítimo e válido, dispõe agora de um bem pela quantia de 82.250,00€, pretendendo manter-se na titularidade activa de um crédito funcionalizado ao valor do bem de 117.500,00€.

Entre a posição de mutuário e a posição de adquirente do **Banco ..., S.A.** subsiste uma diferença de 35.259,00€ (trinta e cinco mil e duzentos e cinquenta e nove euros) para um mesmo bem imóvel.

Este exercício, apesar de regular na aparência do Direito adjectivo – *aquisição por 70% do valor patrimonial*, afigura-se-nos que acarreta uma consequência iníqua ao nível do direito substantivo que seria a circunstância de os inventariados se obrigarem a um complexo de créditos em função de um valor da coisa (valor esse participado pelo credor no processo negociativo e em instância executiva), ficarem na indisponibilidade desse bem

e manterem-se na obrigação de pagamento por incumprimento de mútuo de escopo no valor total 117.500,00€.

Este desequilíbrio não decorre da simples diferença aritmética entre o valor de adjudicação e o valor patrimonial, mas antes no particular casuísmo (passe-se a redundância) de o credor hipotecário adquirir bem imóvel por 82.250,00€ em execução de incumprimento dívida de 117.500,00€, pretendendo manter-se credor do remanescente da dívida antes da venda.

Os inventariados são hoje devedores de uma determinada quantia para aquisição de um bem do qual já não dispõem e que *reverteu* ao credor da dívida por um valor substancialmente inferior àquele que configura a sua obrigação e que consubstanciou a materialidade subjacente da relação contratual: o valor patrimonial de 117.500,00€. **É a este valor do bem, mercê da aquisição pelo credor hipotecário, que deve ser dada primazia pela materialidade subjacente na tutela judicial.**

*

Em segundo lugar, o desequilíbrio no particular exercício deste direito de crédito encontra cobertura mediata num dos princípios basilares do Direito da Obrigações – o princípio do enriquecimento injustificado, de consagração jurídica oriunda da codificação Justiniana do Digesto, positivado no art.º 473.º, nº 1 do Código Civil, do qual se pode retirar *um princípio de proibição de enriquecimento injustificado, tutelado por uma acção destinada a reagir contra esse enriquecimento (...) consistindo num princípio em forma de norma* (MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, Volume I, 3.ª Edição, Almedina, pág. 54).

Genericamente, e sem prejuízo da concretização das modalidades de enriquecimento injustificado, prevê o preceito que sempre que alguém obtenha um enriquecimento à custa de outrem sem causa justificativa tem de restituir aquilo com que injustificadamente se locupletou.

Cotejando o art.º 473.º, nº 1, enunciam-se como pressupostos gerais e constitutivos do enriquecimento sem causa: a existência de um enriquecimento; a obtenção desse enriquecimento à custa de outrem e a ausência de causa justificativa para o enriquecimento.

Lê-se no artigo 473.º, nº 2 do C.C. que *a obrigação de restituir, por enriquecimento sem causa, tem de modo especial por objecto o que for devidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de efeito que não se verificou.*

Aparte considerações de índole dogmática, despiciendas para os presentes autos, acerca da configuração teórica do instituto, há que aferir das modalidades de enriquecimento sem causa com vista à sua proximidade analógica com a decisão em mãos.

A modalidade típica do enriquecimento por prestação, respeita a situações em que alguém efectua uma prestação a outrem, mas em que se verifica uma ausência de causa jurídica para que possa ocorrer por parte deste a recepção dessa prestação.

A variedade de abrangência desta categoria de enriquecimento sem causa implica uma certa discriminação que torne exequível o que seja *“incremento consciente e finalisticamente orientado de um património alheio”*.

Assim, o art.º 473.º, nº 2 inclui ainda no enriquecimento por prestação a hipótese de alguém realizar uma prestação *“em vista de um efeito que não se realizou.*

Trata-se da clássica conditio ob rem, que o BGB recebeu no §812, Abs. 1 e à qual a doutrina e jurisprudência alemãs tem apontados os seguintes pressupostos, que devem considerar-se igualmente como exigidos pelo art.º 473.º, nº 2, in fine, do Código Civil:

- a) a realização de uma prestação visando um determinado resultado;*
- b) correspondendo esse resultado ao conteúdo de um negócio jurídico;*
- c) sendo que esse resultado não se vem posteriormente a realizar.* (MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, Volume I, 3.ª Edição, Almedina, pág. 426).

O empobrecido realiza então uma prestação a que se encontra adstrito mas cujo resultado visado não se vem a concretizar, em relação ao *solvens*, por qualquer causa superveniente quer seja um acordo das partes sobre o fim da prestação quer seja a circunstância da prestação ser colocada ao serviço de uma específica relação causal.

Serão pressupostos de difícil frequência e verificação, não tanto quanto à alteração da condição de se verificar um determinado resultado certo pretendido pelas partes à altura da celebração do negócio jurídico, mas quanto ao nexu sinalagmático de alguns contratos

que pode obviar à aplicação da *condictio ob rem*, porque há que tutelar todas as partes do contrato.

Não obstante, entendemos que aplicação do juízo inerente à *condictio ob rem* pode servir de esteio à fundamentação da posição ora enunciada.

Repare-se.

O empréstimo celebrado entre os inventariados e o credor foi colocado ao *serviço de uma específica condição* – a aquisição de imóvel para habitação própria, sublinhando-se o nexo etiológico entre contracção de dívida e disposição de habitação ínsito a qualquer mútuo de escopo.

Essa contracção de empréstimo *visa um determinado resultado* que no caso mais não é do que ter, dispor e usufruir de habitação própria.

Prosseguindo, é o valor da coisa que conforma, nevrálgicamente, o complexo de obrigações principais e acessórias entre os inventariados – compradores e mutuários; e o credor – mutuante e titular de garantia real, ou seja, o resultado visado – aquisição de habitação, *corresponde ao conteúdo do negócio* – mútuo de escopo.

Por fim, com a venda executiva o resultado visado pelo negócio jurídico deixou de existir.

Ao contrário dos pressupostos típicos do enriquecimento sem justa causa, a frustração do resultado derivou do incumprimento da prestação sinalagmática – pagamento remuneratório do empréstimo. No entanto, se a não realização do resultado se terá por lícita e legítima – cobrança executiva de prestação; o alcance dos seus efeitos chama à colação a tutela da *condictio ob rem*, por via do abuso de direito, e em função de desencadear consequências alheias ao sistema jurídico na sua globalidade.

Os inventariados são devedores porque contraíram dívida para obtenção de casa própria, resultado que deixou de representar qualquer benefício ou utilidade após a venda executiva, sendo que, no entendimento do credor, devem permanecer obrigados a uma prestação sinalagmática dessa mesma utilidade e na sua absoluta integralidade.

Julgamos, pois, que, se a responsabilidade obrigacional dos inventariados deriva do mútuo de escopo para aquisição de habitação própria no valor de 117.500,00€; se o **Banco ..., S.A.** é credor dos inventariados em função de mútuo de escopo para aquisição de habitação própria no valor de 117.500,00€; se o incumprimento que funda a qualidade de

credor do **Banco ..., S.A.** deriva de mútuo de escopo para aquisição de habitação própria no valor de 117.500,00€; **então a perda desse resultado pelos inventariados e a aquisição dessa utilidade pelo credor deve ser considerada e contabilizada para o prosseguimento da dívida, abatendo-se ao passivo global.**

*

Em terceiro lugar, por tal exercício (entenda-se, sempre, o reconhecimento de dívida de 46.356,91€ após venda executiva ao credor hipotecário) uma descaracterização da correspondência entre o dever de prestar dos inventariados e o direito à prestação do credor.

É o cumprimento do dever de prestar que, satisfazendo o interesse do credor, extingue, em regra, o direito à prestação. Por outro lado, a satisfação do interesse do credor é o efeito normal do cumprimento do dever que recai sobre o obrigado. No entanto, a relação de correspondência entre um e outro pode falhar, reconhecendo o ordenamento jurídico Português várias formas de extinção do direito do credor, além do cumprimento do dever de prestar e outras em que o devedor pode ficar desonerado do dever de prestar sem que seja exercitado o direito do credor à prestação (ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, Vol. I, 10ª Edição, Almedina, pág. 128 e 129).

No caso dos autos, o dever de prestar foi realizado através da acção creditória e da venda coactiva, ainda que enxertada em processo de inventário.

É no momento da celebração do negócio jurídico que se há-de encontrar a pedra-de-toque do que seja a correspondência ou equilíbrio prestacional de um determinado negócio jurídico, o qual há-de servir de conformação da execução do programa prestacional, projectando não só os deveres e direitos das partes, os deveres acessórios da boa fé obrigacional mas fundamentalmente o equilíbrio entre o poder e a sujeição do sinalagma.

Esse equilíbrio no mútuo em debate está geneticamente marcado pela adstrição dos inventariados a um complexo obrigacional com vista à aquisição de um bem específico para um fim específico. E essa vinculação é sopesada não só pela assumpção do dever de retribuir em espécie o que foi mutuado e de forma remunerada, mas também concedendo aquele credor com um *privilégio* sobre a regra geral da responsabilização do património dos devedores, garantido o pagamento da dívida assumida pelo esforço coactivo do próprio

bem e à frente dos demais credores mediante um direito real de garantia, com todas as características dos direitos reais maiores.

Deste modo, a tutela do incumprimento e a faculdade do recurso à tutela executiva não podem ignorar ou desmerecer o particular equilíbrio como definido no momento da celebração do negócio.

Não pagando o mútuo, os devedores são responsáveis pelas prestações vincendas, pela mora remuneratória e eventualmente indemnizatória, submetendo-se ao accionamento da garantia real que *cauciona* o pagamento do crédito pela venda do bem à frente de outras dívidas.

Por conseguinte, se a tutela conferida pelo ordenamento jurídico subverte a correspectividade como foi alcançada pela autonomia privada, deve o aplicador intervir coligindo os devidos institutos jurídicos.

Julgamos que será o caso da questão de que nos cabe agora conhecer.

Permitir que os inventariados sejam responsabilizados pelo incumprimento da prestação, perdendo a disposição do bem por um valor marcadamente inferior ao valor referencial daquele mesmo incumprimento redundaria, cremos nós, na afirmação de que autonomia privada pode, para o sistema judicial, significar arbitrariedade privada.

De contrário, querendo ter um bem, para exercício de direito constitucionalmente garantido, de um certo valor, acordaram em vincular-se pelo mesmo valor, comprometendo-se à entrega remuneratória desse valor e ao pagamento dos danos do incumprimento, onerando o bem, os inventariados, após tutela executiva, ficariam sem esse mesmo bem, desvalorizado em 30%, sem que a dívida reflectisse essa desconsideração.

Como se sublinhou, o acento tónico deste desequilíbrio no exercício nem está tanto na aquisição por 70% do valor do bem, mas sim pela adjudicação por esse valor ao próprio credor hipotecário do mútuo de escopo, único credor do património comum dos inventariados; conjugado com a sua liberdade de estipulação desse valor no empréstimo e com a conformação desse valor em termos patrimoniais.

Atente-se que não se trata de afirmar que aquele valor se identifica com o valor real, mas sim de acentuar que aquele valor conformou o dever de prestar dos inventariados e, bem assim, o valor do incumprimento.

Ademais, a perpetuação de um *modus decidendi* na actividade jurisprudencial pode representar a própria negação daquilo que se deve ter por insofismável no Direito: *a atribuição do quid a cada qual*.

Negar novas perspectivas de aplicação dinâmica do Direito constituído simplesmente pela reiteração acrítica do *status quo* instituído pode ter a nefanda consequência de tornar o juiz num autómato decisório, e o conteúdo da sua decisão num factor imutável da equação jurídica, quaisquer que sejam os outros factores.

O respeito e obediência à Lei e à Constituição hão-de sempre exigir do Juiz a consciência da actualidade dos novos desafios com que se defronta a realidade judicial, a consciência da mudança dos tempos e a consciência do papel garantístico da magistratura, como reduto intransponível.

*

É também por este acervo de razões que a pretensão do Requerente, R..., não pode, proceder, tout court, desde logo pela natureza e estrutura do direito de crédito tal como se encontra positivado no art.º 397.º do C.C., através do qual a obrigação creditícia compreende um vínculo jurídico em virtude o qual uma pessoa fica adstrita para com a outra à realização de uma prestação.

Reconhecendo-se que o credor não tem qualquer direito sobre os bens do devedor, parece claro que tem que se reconhecer-lhe um direito subjectivo à prestação, uma vez que o devedor está vinculado ao seu cumprimento, sendo que a existência de um direito apenas depende do seu reconhecimento por uma norma, independentemente de ser garantido por uma sanção e muito menos por uma sanção com plena eficácia (GOMES DA SILVA, citado em MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, Volume I, 3.ª Edição, Almedina, pág. 91 e 92, após análise crítica das teorias realista, personalista e mistas da obrigação.).

O objecto desta decisão envolve somente o modo de exercício do direito de crédito pelo credor **Banco ..., S.A.** após a adjudicação em processo de inventário, pelo que não nos cabe sindicar a fonte da dívida e a adstricção dos inventariados ao seu cumprimento.

O que vale por dizer que não vemos razão atendível para que a adjudicação do bem acarrete a extinção da obrigação por completo.

Mais se diga que o passivo compreende o incumprimento do contrato de mútuo oneroso no valor de 3.550,00€, o qual, apesar de garantido com hipoteca sobre o bem

imóvel, não partilha da subsunção jurídica que ora se explanou quanto ao desequilíbrio no exercício do direito de crédito face ao contrato de mútuo oneroso pela quantia de 117.500,00€.

Assim, considerando o valor patrimonial do bem adjudicado nos autos – 117.500,00€; o valor da adjudicação – 82.250,00€; a posição do adquirente enquanto credor hipotecário de empréstimo concedido aos inventariados no valor de 117.500,00€ e o valor do passivo aprovado antes da adjudicação – 129.521,52€, considerando que não há divergência quanto ao incumprimento mútuo com hipoteca no montante de 3.550,00€ (três mil e quinhentos e cinquenta euros); entendemos que deve ser reconhecida a dívida dos inventariados, **E... e R...**, ao **Banco ..., S.A.** no valor de 12.021,52€ (doze mil e vinte e um euros e cinquenta e dois cêntimos), resultante da subtracção de 117.500,00€ – valor patrimonial do bem adjudicado, ao passivo anteriormente aprovado de 129.521,52€.

Note-se, porém, que o juiz, no processo de inventário limita-se, no caso considerado [rejeitadas por unanimidade], a reconhecer ou não a existência da dívida (...) reconhecida judicialmente (...), a declaração do juiz de que os credores ficariam com o direito a receber pelos meios comuns, quer significar que, não tendo os credores pedido o respectivo pagamento no inventário, lhes fica assegurado o direito de receberem os seus créditos, mediante execução (...) deve também entender-se que a tais dívidas se aplica a mesma doutrina que, para as aprovadas unanimemente, ficou declarada no art. 1554.º (LOPES CARDOSO, Partilhas Judiciais, Vol. II, Almedina, pág. 155 e 156).

A prova documental dos autos – *escritura de fls. 45 a 49; documento complementar de fls. 50 a 55; escritura de fls. 57 a 60 e documento complementar de fls. 61 a 67*, quanto à natureza solidária e quanto à exigibilidade da dívida não foi, minimamente, posta em crise louvando-nos do seu valor probatório.

*

Pelo exposto, nos termos das disposições legais e fundamentos enunciados, decide-se reconhecer a dívida vencida, solidária e remanescente de 12.021,52€ (doze mil e vinte e um euros e cinquenta e dois cêntimos) dos inventariados E... e R..., ao credor reclamante Banco ..., S.A.

*

Custas do incidente pelo Requerente e Credor, com taxa de justiça se fixa em **1UC**, na proporção dos respectivos decaimentos, $\frac{1}{4}$ para o Requerente e $\frac{3}{4}$ para o Credor, (nos termos do art.º 7º, nº 3 e Tabela II em Anexo ao R.C.P. aprovado pelo D.L. nº 34/2008, de 26 de Fevereiro).

*

Notifique.

*

Considerando que não existe activo a partilhar e que subsiste apenas uma verba do passivo, ora reconhecida nos termos acima consignados, tendo já sido realizada conferência de interessados nos termos do art.º 1353.º do C.P.C. e obtido o pagamento imediato possível, **após trânsito (art.º 1357.º, nº 4 do C.P.C.), notifique os interessados no presente inventário, nos termos e para os efeitos do art.º 1373.º, nº 1 do C.P.C. com vista à prolação de despacho sobre a forma à partilha.**

*

Portalegre ...